

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-graduação em Direito

Karol Araújo Durço

**O MODELO DE JUIZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO: uma  
investigação à luz da racionalidade comunicativa, dos  
modelos de Estado e das tradições jurídicas**

Belo Horizonte  
2018

Karol Araújo Durço

**O MODELO DE JUIZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO: uma  
investigação à luz da racionalidade comunicativa, dos  
modelos de Estado e das tradições jurídicas**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

Orientador Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes

Co-orientador Prof. Dr. Fernando Horta Tavares

Belo Horizonte  
2018

#### FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

D953m	<p data-bbox="453 1352 678 1382">Durço, Karol Araújo</p> <p data-bbox="453 1384 1332 1473">O modelo de juiz do estado democrático: uma investigação à luz da racionalidade comunicativa, dos modelos de estado e das tradições jurídicas / Karol Araújo Durço. Belo Horizonte, 2018.</p> <p data-bbox="480 1507 544 1536">256 f.</p> <p data-bbox="496 1570 882 1599">Orientador: Flávio Couto Bernardes</p> <p data-bbox="453 1601 1251 1659">Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito</p> <p data-bbox="453 1693 1332 1809">1. Estado democrático de direito. 2. Juízes - Brasil. 3. Jurisdição. 4. Democracia deliberativa. 5. Oralidade (Direito). I. Bernardes, Flávio Couto. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.</p> <p data-bbox="1177 1877 1332 1906">CDU: 347.962</p>
-------	--

Ficha catalográfica elaborada por Rosane Alves Martins da Silva – CRB 6/2971

Karol Araújo Durço

**O MODELO DE JUIZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO: uma  
investigação à luz da racionalidade comunicativa, dos  
modelos de Estado e das tradições jurídicas**

Tese apresentada ao Programa de  
Pósgraduação em Direito Processual da  
Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia  
Universidade Católica de Minas Gerais,  
como requisito parcial para obtenção do  
título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Público

---

Prof. Dr. Flávio Couto Bernardes PUC/MG – (Orientador)

---

Prof. Dr. Fernando Horta Tavares PUC/MG – (Co-orientador)

---

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz PUC/MG – (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira PUC/MG – (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Renato Lopes Becho PUC/SP – (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Carlos Vitor Muzzi Filho – Universidade FUMEC – (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 12 de julho de 2018.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu Orientador, Professor Flávio Couto Bernardes, especialmente por todos os ensinamentos que me transmitiu, por tornar essa caminhada tão mais fácil e me apoiar, incondicionalmente, todas as vezes que foram necessárias. Parabéns por ser referência profissional e pessoal! Muito obrigado.

Agradeço ao meu Co-orientador, Professor Fernando Horta Tavares, especialmente pelo incentivo e pela valorosa ajuda nessa caminhada. Muito obrigado.

Agradeço aos professores do programa, em especial aos que tive a honra de ser aluno, pelas insubstituíveis lições acadêmicas e de vida. Muito obrigado.

Agradeço aos Professores Álvaro e Dhenis pelas indispensáveis contribuições para o aperfeiçoamento do meu trabalho por ocasião da Pré-banca. Muito obrigado.

Agradeço aos meus colegas de curso, por tantas conversas e bons momentos que passamos juntos, embora fique a sensação de que foram tão poucos. Muito obrigado.

Agradeço aos meus colegas da UFJF e de escritório pela torcida e apoio. Muito obrigado.

Agradeço a minha esposa Dandara pelo apoio, carinho e compreensão durante essa fase complicada. Muito obrigado.

Agradeço aos meus pais Francisco e Sara, pelas orações e pela torcida. Muito obrigado.

Por fim, agradeço aos caminhoneiros, que fizeram o Brasil parar por uma semana, permitindo finalizar a minha Tese. Muito obrigado.

Peço que Deus abençoe todos com abundância!

## RESUMO

O presente trabalho realizou uma investigação a respeito do modelo de juiz que se alinha ao Estado Democrático. Para cumprir esse desafio, no campo dos tipos de investigação científica, adotou-se o modelo descritivo ou compreensivo, já que o objetivo da pesquisa foi tentar dissecar o tema, decompô-lo em partes com base nos métodos analítico e descritivo. Para atingir esse objetivo principal, partiu-se de um estudo a respeito das tradições jurídicas, a fim de compreender a influência das inspirações do sistema normativo sobre o comportamento do juiz. Em seguida, realizou-se uma breve análise sobre os precedentes jurisprudenciais e sua conformação nas tradições jurídicas da *common law* e da *civil law* e também no Brasil. Na sequência, foram estudados os modelos de Estado Liberal, Social e Democrático, com seus correspondentes juízes, Júpiter, Hércules e Hermes. Ademais, como a base filosófica da pesquisa é o contexto da virada linguística e a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, realizou-se uma investigação sobre o processo de racionalização da modernidade e da contemporaneidade, evidenciando os papéis da racionalidade instrumental e da racionalidade comunicativa. Por fim, na última parte, buscou-se elucidar as bases de um discurso processual democrático, a fim de contribuir para a estruturação de uma teoria processual da argumentação jurídica que possa subsidiar a postura do juiz Hermes. Nesse ponto, tratou-se da necessidade de efetiva participação dos consociados jurídicos na construção da decisão judicial; da superação de uma visão puramente instrumental de processo; da cooperação processual; e de um reenquadramento da oralidade como instrumento de democratização e legitimação da atividade jurisdicional.

**Palavras-chave:** Estado Democrático; modelo de juiz; racionalidade comunicativa; oralidade-participação.

## ABSTRACT

The present study carried out an investigation about the model of judge that aligns itself to the Democratic State. To accomplish this challenge, in the field of types of scientific research, the descriptive or understanding model was adopted, since the objective of the research was to dissect the topic, to break it down into parts based on analytical and descriptive methods. In order to achieve this main objective, a study was made of legal traditions in order to understand the influence of the normative system's inspirations on the judge's behavior. Next, a brief analysis was made of the precedents of jurisprudence and their conformity in the common law and civil law traditions, as well as in Brazil. Following, the models of Liberal, Social and Democratic State, with their corresponding judges, Jupiter, Hercules and Hermes, were studied. In addition, since the philosophical base of the research is the context of the linguistic turn and the theory of the communicative action of Jürgen Habermas, an investigation was carried out on the process of rationalization of modernity and contemporaneity, evidencing the roles of instrumental rationality and communicative rationality. Finally, in the last part, it sought to elucidate the bases of a democratic procedural discourse, in order to contribute to the structuring of a procedural theory of legal argumentation that can subsidize the position of Judge Hermes. At this point, it was a question of the necessity of effective participation of the legal partners in the construction of the judicial decision; of overcoming a purely instrumental view of process; procedural cooperation; and a reframing of orality as an instrument of democratization and legitimation of the jurisdictional activity.

**Keywords:** Democratic State; judge model; communicative rationality; orality-participation.

# SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS .....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 A <i>common law</i> .....</b>	<b>18</b>
<b>2.2 A <i>civil law</i> .....</b>	<b>34</b>
<b>2.3 Explicitando mais algumas diferenças fundamentais entre <i>common law</i> e <i>civil law</i> .....</b>	<b>52</b>
<b>2.4 O sistema jurídico brasileiro e suas características .....</b>	<b>62</b>
<b>3 OS PRECEDENTES NA <i>COMMON LAW</i>, NA <i>CIVIL LAW</i> E NO SISTEMA BRASILEIRO .....</b>	<b>70</b>
<b>3.1 Os precedentes na <i>common law</i> .....</b>	<b>70</b>
<b>3.2 Os precedentes na <i>civil law</i> .....</b>	<b>83</b>
<b>3.3 Os precedentes no sistema brasileiro .....</b>	<b>95</b>
<b>4 OS MODELOS DE ESTADO DE DIREITO E DE JURISDIÇÃO .....</b>	<b>100</b>
<b>4.1 O Estado Liberal e a pirâmide do juiz Júpiter .....</b>	<b>101</b>
<b>4.2 O Estado Social e o protagonismo do juiz Hércules .....</b>	<b>107</b>
<b>4.3 O Estado Democrático: a necessidade de intermediação por um juiz Hermes .....</b>	<b>112</b>
<b>4.4 O Neoconstitucionalismo no contexto do Estado Democrático: um diagnóstico desafiador .....</b>	<b>125</b>
<b>5 A VIRADA LINGÜÍSTICA E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA .....</b>	<b>135</b>
<b>6 AS BASES PARA UM DISCURSO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO: EM BUSCA DE UMA TEORIA PROCESSUAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PARA SUBSIDIAR A POSTURA DO JUIZ HERMES .....</b>	<b>161</b>
<b>6.1 A efetiva participação na construção da decisão judicial .....</b>	<b>168</b>



<b>6.2 Da necessária passagem de uma visão simplesmente instrumental do processo para um modelo de construção coparticipada das decisões judiciais.....</b>	<b>180</b>
<b>6.3 O dever de fundamentação: único instrumento de controle?.....</b>	<b>201</b>
<b>6.4 A oralidade como instrumento de democratização da atuação do juiz: um reenquadramento do debate processual como instrumento de controle democrático.....</b>	<b>205</b>
<i>6.4.1 O debate processual: uma valorização da dimensão dialógica do processo à luz da cooperação.....</i>	<i>205</i>
<i>6.4.2 A oralidade como instrumento de democratização da atuação do juiz.....</i>	<i>211</i>
<b>7 CONCLUSÃO .....</b>	<b>228</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>232</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Tem-se observado nos sistemas jurídicos ocidentais o crescimento da importância das manifestações judiciais, em paralelo ao aumento da participação do próprio Poder Judiciário no âmbito do Estado de Direito atual. Na verdade, após a Segunda Guerra Mundial, com o aflorar do constitucionalismo e dos direitos fundamentais como centro do sistema normativo, os países que adotaram esse modelo vêm passando por uma escalada institucional do Judiciário, tornando-se comum fazer referência a um Estado jurisdicional ou a um governo dos juízes.

Ademais, nesse contexto, a soma de diversos instrumentos de controle de constitucionalidade e a constitucionalização do direito fizeram com que as decisões judiciais, em especial dos Tribunais ou Cortes encarregados do controle concentrado de constitucionalidade, repercutissem por todo o sistema normativo. Muitos têm acreditado que o juiz, com sua balança de sopesamento de valores, seria capaz de estruturar verdadeira democracia judiciária, motivo pelo qual os julgadores vêm se tornando figuras de alta relevância nos sistemas jurídicos, não sendo exceção no Brasil.

Esse aumento de poder da jurisdição vem sendo acompanhado, igualmente, por mudanças legislativas que só atribuem ainda mais poder ao Judiciário, tornando-se comum a instituição de instrumentos de vinculação das decisões judiciais, reforçando seu prestígio e respeito, o que leva a necessidade de se realizar uma investigação sobre a legitimidade democrática desse movimento.

Logo, com esse deslocamento do poder soberano estatal para o Judiciário, aprofunda a preocupação de se investigar a atuação dos juízes, em especial de mecanismos de controle de seu poder. Nesse sentido, é importante lembrar que, para a concretização de um modelo democrático de Estado, não podem existir poderes impermeáveis ao controle, nem distantes da participação popular.

É nesse contexto, portanto, que se propõe investigar o modelo de juiz<sup>1</sup> do Estado Democrático.

---

<sup>1</sup> É importante fazer uma advertência no sentido de que quando se propõe realizar uma investigação a respeito do “juiz” não se está buscando realizar um estudo da pessoa física, mas do “juiz” enquanto cargo, função estatal. Adota-se a diferença entre a instituição “Poder Judiciário”, o cargo “juiz”, e a pessoa física que o ocupa ou exerce a função.

Importa salientar, que não existem estudos aprofundados sobre o tema em questão, motivo pelo qual a pesquisa que permitiu a elaboração da tese ora proposta exigiu busca bibliográfica e legislativa, de modo a sistematizar os pontos de conexão a partir das premissas filosófico-jurídicas escolhidas que permitam traçar a concepção desse modelo de magistrado. Para tanto, no campo dos tipos de investigação científica, adotar-se-á o modelo descritivo, que Gustin e Dias<sup>2</sup> entendem que deveria ser denominado “jurídico-compreensivo ou jurídico-interpretativo”, já que tais expressões se harmonizam melhor às finalidades apresentadas para esse tipo de investigação. Essa opção decorre do fato de que o objetivo da pesquisa foi tentar dissecar o tema, decompondo-o em partes pelos métodos analítico e descritivo.

Diante disso e com tais premissas metodológicas, partiu-se da hipótese de que o modelo de juiz do Estado Democrático exige participação dos consociados jurídicos na forma de construção das decisões jurisdicionais.

Ademais, adotaram-se, como premissas filosóficas, a racionalidade comunicativa, a virada linguística e a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas como instrumentos de enquadramento do atual paradigma democrático. Além disso, sob a concepção de que é necessário o entendimento a respeito do contexto institucional no qual se insere o Poder Judiciário, tornou-se fundamental investigar os modelos de Estado e de juízes que pudessem corresponder a eles, além de um estudo das tradições jurídicas do ocidente que definem os contornos dos sistemas jurídicos dos países ocidentais.

Assim, no primeiro capítulo do trabalho, abordar-se-ão os aspectos históricos e contemporâneos das tradições jurídicas que influenciaram e influenciam a conformação dos sistemas jurídicos dos Estados ocidentais, quais sejam, a *common law* e a *civil law*. A partir dessa abordagem, será possível verificar o atual enquadramento do sistema jurídico brasileiro e suas características, tudo para identificar os desafios a serem enfrentados por um juiz democrático. Ainda nesse contexto, relativo às tradições jurídicas, no capítulo seguinte serão estudados os chamados precedentes jurisdicionais, tanto no âmbito da *common law*, quanto no

---

2 GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 110 e seguintes.

âmbito da *civil law* para, mais uma vez, ser possível compreender como tais precedentes se fazem presentes no sistema brasileiro.

Superado esse estudo sobre as tradições jurídicas, o próximo aspecto sobre o qual irá se debruçar a pesquisa se refere aos modelos de Estado de Direito e de Jurisdição. Nessa parte, buscando inspiração na proposta de François Ost, identificou-se, no Estado Liberal, uma pirâmide normativa cujo juiz é Júpiter. No modelo de Estado Social, paternalista e prestacionista, observou-se o protagonismo solipsista do juiz Hércules. Já no Estado Democrático, para que a jurisdição possa cumprir os escopos que lhe são atribuídos, percebeu-se a necessidade de intermediação por um juiz Hermes. Ademais, frente à importância que a Constituição atingiu para a estruturação do Estado a partir do pós-guerra, nessa parte da investigação, tratou-se, ainda, do neoconstitucionalismo no contexto do Estado Democrático, apresentando os desafios decorrentes desse movimento.

No capítulo seguinte, foi a vez de se investigar a virada linguística e a racionalidade comunicativa, sob o foco da concepção de Jürgen Habermas. O objetivo foi evidenciar a necessidade de superação do paradigma racional moderno, fundado na razão individual e na concepção de que, pela razão, existiria a possibilidade ou a capacidade humana de explicar e justificar, por meio de juízos verdadeiros, a totalidade das coisas existentes no mundo objetivo, de forma que o próprio sistema normativo poderia se fundar em premissas e concepções absolutas, inalienáveis, imutáveis e irrefutáveis. Essa concepção deve ser substituída pela teoria do discurso habermasiana, que no âmbito do direito e, em especial, do processo, reflete a necessidade de efetiva participação e diálogo.

No capítulo final, ponto central na construção do texto, o estudo buscará definir as bases para um discurso processual democrático. Para tanto, a investigação passará pela caracterização de uma teoria processual da argumentação jurídica que possa ser capaz de subsidiar a postura do juiz Hermes. Na definição dos contornos dessa teoria, ganha destaque a necessidade de efetiva participação dos envolvidos na construção da decisão judicial; a passagem de uma visão simplesmente instrumental do processo para um modelo de construção coparticipada das decisões judiciais; além de um estudo sobre o papel do dever de fundamentação como instrumento de controle democrático e de legitimidade das decisões judiciais; para, por fim, identificar, na oralidade, instrumento de

democratização da atuação do juiz. Quanto à oralidade, a proposta será de um reenquadramento do debate processual como instrumento de controle democrático. Para cumprir tal objetivo, irá se sustentar a necessidade de valorização da dimensão dialógica do processo à luz da cooperação, identificando, na oralidade, mecanismo apto a ampliar a democratização da atuação do juiz e o controle de legitimidade da decisão. Não se buscará defender, contudo, o estabelecimento ou o retorno de procedimentos puramente ou prevalentemente orais, a concepção adotada será de inserção da oralidade em momentos processuais específicos, também no momento de construção da própria decisão judicial, tudo na busca por uma construção cooperativa e legítima do provimento jurisdicional.

## 2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEMPORÂNEOS DAS TRADIÇÕES JURÍDICAS

Justifica-se iniciar a investigação proposta com uma análise das tradições jurídicas, tendo em vista que uma das premissas centrais do presente estudo é a de que a postura do julgador é decorrência de todo contexto político-normativo no qual está inserido, restando indispensável compreender os contornos gerais da concepção de tradição jurídica como base de construção do sistema normativo e, conseqüentemente, como uma das influências centrais no agir dos juízes.

Por outro lado, como o estudo é voltado para o sistema jurídico brasileiro, dar-se-á prioridade a compreensão das tradições jurídicas da *civil law* e da *common law* que são aquelas que, mais diretamente, tem influenciado a conformação do sistema jurídico nacional, com prevalência da primeira, já que há controvérsia quanto ao papel da *common law* sobre o sistema normativo nacional, conforme restará demonstrado oportunamente.

Nesse sentido, para realizar uma investigação sobre as tradições jurídicas, um primeiro passo é definir o que se entende por “tradição jurídica”, para os contornos do presente trabalho. Para tanto, adota-se a concepção de John Henry Merryman<sup>3</sup> segundo o qual uma tradição seria “[...] um conjunto de atitudes profundamente enraizadas e historicamente condicionadas acerca da natureza da lei, acerca da função do direito em uma sociedade”. Portanto, tradição não se confunde simplesmente com “[...] um conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de associações ou de atos ilícitos, embora tais normas sejam, quase sempre, um reflexo da tradição”.

Fica evidente, então, que para o autor e também nesse estudo os conceitos de tradição e de sistema jurídico não se confundem, já que: “[...] um sistema jurídico, como se usa o termo aqui, é um corpo operativo de instituições, procedimentos e normas jurídicas [...]”<sup>4</sup> e a tradição, como se apontou, está associada a função do

---

3 “Una tradición, como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delito, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición. Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad [...]” MERRYMAN, John Henry. **La tradición juridical romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 13.

4 “Un sistema jurídico como se usa el término aquí, es un cuerpo operativo de instituciones, procedimientos y normas jurídicas” [...]. MERRYMAN, John Henry. **La tradición juridical romano-**

direito na sociedade, tratando-se de expressão mais profunda.

Por outras palavras, as tradições jurídicas não são simples conjuntos normativos ou um amontoado de instituições, mas revelam aspectos historicamente sedimentados em relação à natureza da norma, do modo como o direito é criado, desenvolvido, aperfeiçoado, aplicado e da função que desempenha em determinado Estado ou comunidade, relacionando-se, dessa forma, ao âmbito histórico-cultural do fenómeno jurídico<sup>5</sup>.

Nesse sentido, todas as vezes que se percebe certa ordenação normativa e a existência de institutos jurídicos organizados, pode-se identificar um sistema jurídico, mas não uma tradição jurídica. Como aponta Antônio Menezes Cordeiro<sup>6</sup>, o entendimento a respeito de sistema jurídico pressupõe o seu reconhecimento como uma ordenação de realidades jurídicas, que devem ser compreendidas como as conexões e instituições que a ele são imanentes. Em outros termos, a concepção de sistema jurídico compreende uma forma ordenada, racionalmente concebida, pela qual a autoridade estatal organiza determinados institutos jurídicos em torno de princípios que lhes conferem harmonia e unidade<sup>7</sup>, ao passo que tradição jurídica envolve, mais propriamente, um conjunto de hábitos e costumes profundamente cravados nas comunidades que corresponde a uma parte da cultura que lhes é intrínseca.

Justamente por esse motivo e por representar um ponto de vista mais abrangente do fenómeno jurídico, a tradição jurídica não exige uma correspondência estrita de ordenamentos jurídicos, envolvendo, na realidade, uma sistematização mais ampla de conceitos e institutos jurídicos de várias ordens jurídicas. Em decorrência desse aspecto, caberá a cada sistema normativo regular e conceituar o que se entende por família, sociedade, obrigação, ato ilícito etc., dentro da tradição

---

**canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 13.

5 MERRYMAN, John Henry. **La tradición juridical romano-canónica.** México: Fondo de Cultura Económica, 1971. p. 13.

6 CORDEIRO, Antônio Menezes. Introdução *In*: CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 4. ed. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

7 “Em Wolff encontramos aquele conceito de sistema que marca definitivamente o uso moderno do termo, cujos caracteres foram analisados expressamente por Johann Heinrich Lambert, em obra datada de 1787. Lambert, contudo, estabelece um conceito geral e abstrato de sistema, independente de qualquer conteúdo concreto: trata-se de um todo fechado, onde a relação das partes com o todo e das partes entre si estão perfeitamente determinadas segundo regras lógicas da dedução”. FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O conceito de sistema no direito:** uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 12.

jurídico-cultural a que pertence que, por sua vez, não dita o conteúdo específico de tais institutos, mas a conformação dos mesmos em um contexto cultural mais amplo.

Assentadas essas premissas, vale advertir, que a existência de diferentes tradições jurídicas, decorrentes dos aspectos comuns existentes nos variados sistemas jurídicos presentes no mundo, é fato incontestável<sup>8</sup>. Não há dúvidas de que existe acentuada variação na conformação jurídica de vários países que se associa a distintas tradições jurídicas. René David<sup>9</sup> ensinou que

Cada Estado possui, no nosso mundo, um direito que lhe é próprio e muitas vezes diversos direitos são aplicados concorrentemente no interior de um mesmo Estado. Certas comunidades não estatais têm igualmente o seu direito: direito canônico, direito hindu, direito judaico. Existe também um direito internacional que visa regular, num plano mundial ou regional, as relações entre Estados e as do comércio internacional.

De uma forma ou de outra, é importante pontuar que as diferentes tradições jurídicas diferenciam-se entre si em decorrência de diversos fatores. Dentre eles os principais fatores para essa distinção seriam o idioma, a cultura, o costume a economia e a estrutura político-administrativa do Estado<sup>10</sup>.

Em relação ao idioma, que abarca questões de ordem gramatical e semântica, tem-se forte fator na conformação das diferentes tradições jurídicas. Pode-se afirmar que idiomas mais objetivos, mais diretos, de menor complexidade na estrutura gramatical favorecem sistemas jurídicos com as mesmas características, sendo o contrário também verdadeiro.

A cultura, por sua vez, é igualmente determinante para o estabelecimento das diferentes tradições jurídicas, considerando-se que as crenças, as tradições e a história de determinado povo ou país são verdadeiros condicionantes do sistema normativo. O direito é uma das espécies de manifestação cultural. Tal fator resta mais evidenciado quando se recorda aquelas tradições jurídicas fundadas na religião como ocorre com o direito canônico, o direito muçulmano e o direito hindu.

Já o costume é apontado como fonte do direito. Mesmo nos sistemas nos

---

8 “A multiplicidade dos direitos é um fato”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 20.

9 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 19.

10 “Os diversos direitos exprimem-se em múltiplas línguas, segundo técnicas diversas, e são muito variados; sua própria multiplicidade torna difícil operar, num número limitado de páginas, uma síntese satisfatória”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 19.



quais o costume é exceção, já que não podem ser *contra legem*, fato é que aparecerem como fonte subsidiária do sistema normativo. Em outras tradições os costumes são apontados como a própria essência da tradição, formando-se verdadeiros sistemas consuetudinários.

Quanto à influência da economia sobre as tradições jurídicas, se por longo período tais influências foram negadas ou relegadas a um segundo plano, fato é que, em especial a partir da década de 1920, com o aparecimento dos direitos sociais, e depois da década de 1960, com o desenvolvimento da escola da “análise econômica do direito”<sup>11</sup>, a economia passou a ser vista como fator de destaque na conformação das tradições jurídicas. Afastou-se a concepção de que uma ciência humana, como é o direito, hoje classificado como ciência social aplicada, não poderia sofrer influxos de ciências naturais ou mesmo de outras ciências sociais, como a economia.

Dentre os fatores de distinção anteriormente apontados tem-se, ainda, a estrutura político-administrativa estatal. Defende-se, neste estudo, que o sistema jurídico é reflexo do modelo de Estado no qual está inserido e, nesse sentido, entende-se também que, a depender da forma como o Estado se organiza, o ordenamento jurídico tende a se enquadrar em uma ou outra tradição jurídica. O mencionado fator possui viés tão relevante em alguns casos que em certos Estados a organização político-administrativa do Poder confunde-se com o próprio sistema normativo. A tradição jurídica socialista, ainda que não seja objeto do presente estudo, é um dos melhores exemplos de profunda união do modelo normativo com a forma de organização político-administrativa do Estado.

Em decorrência das relações existentes entre todos esses mencionados fatores e o sistema normativo do Estado é importante destacar que a realização de estudo sobre as tradições jurídicas é excelente instrumento para verificação da estrutura do sistema jurídico em vigor em cada Estado, sendo instrumento efetivo de análise normativa, permitindo, ainda, a explicitação das relações existentes entre os diferentes sistemas. De outro modo, compreendendo-se as tradições jurídicas, resta

---

11 É possível fixar o começo da escola moderna de Análise Econômica do Direito no ano de 1961, com a publicação dos artigos “*The Problem of Social Cost*” e “*Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” de Ronald Coase e Guido Calabresi, respectivamente. Todavia, o nome em inglês do movimento, “*Law and Economics*”, somente foi dado por Henry Manne (estudante de Coase) na década de 70 [...]. WIKIPEDIA. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1lise\\_econ%C3%B4mica\\_do\\_direito](https://pt.wikipedia.org/wiki/An%C3%A1lise_econ%C3%B4mica_do_direito) Acesso em 10 de novembro de 2017.

possível identificar suas influências sobre os sistemas normativos dos Estados, observando em que medida um determinado sistema se identifica ou se enquadra em determinada tradição jurídica.

Pois bem, nesse horizonte de multiplicidade de tradições jurídicas, decorrentes da combinação dos diferentes fatores mencionados, para os fins propostos nessa análise, desponta a necessidade de investigação de duas das maiores tradições jurídicas presentes no mundo que são responsáveis pela conformação dos sistemas jurídicos de quase a totalidade dos Estados Ocidentais, quais sejam, a *civil law* e a *common law*.

## 2.1 A *common law*

A origem da tradição jurídica da *common law* representa importante etapa do desenvolvimento histórico do sistema jurídico inglês. Trata-se de tradição que se desenvolveu de forma autônoma, sujeitando-se a pouca influência do direito Europeu continental<sup>12</sup>.

Atualmente, vinculam-se a esta tradição os ordenamentos jurídicos da Grã-Bretanha, Irlanda, Irlanda do Norte, Estados Unidos da América<sup>13</sup>, Canadá, Austrália e Nova Zelândia, além de ter exercido grande influência sobre diversos ordenamentos africanos e asiáticos<sup>14</sup>.

Voltando às suas origens, os estudiosos das raízes do sistema normativo inglês, em geral, dividem a trajetória desse sistema em quatro grandes momentos. Nesse sentido, embora os movimentos históricos não sejam tão claramente definidos, é possível a identificação de certo marcos ou pontos de ruptura. Sendo assim, o primeiro momento, conhecido como *período do direito anglo-saxônico*, tem

---

12 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355.

13 É interessante observar que para Guido Soares: “Os EUA, salvo o Estado de Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas, países de sistema misto, pertencentes à família romano-germânica). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

14 MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law** – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. bras. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009, p. 24.

seu início associado à conquista Romana do território inglês e tem seu fim apontado com a conquista Franca ou Normanda, no século XI; o segundo, denominado *período de formação da common law*, vai da conquista Franca até o fim da Guerra das Duas Rosas, no século XV (1485); o terceiro, indicado pelos historiadores como *período de conflito entre a common law e a equity*, inicia-se com o final da Guerra das Duas Rosas que se estende daí até o século XIX (1832), com o *Reform Act*; e o quarto e último momento, denominado *período do moderno direito inglês*, vai desta data até os dias atuais, estando ainda em curso<sup>15</sup>. É importante registrar que Ernest Glasson<sup>16</sup>, em relevante estudo no final do século XIX, promoveu essa divisão em seis grandes períodos, quais sejam: período anglo-saxônico, período da conquista normanda, período da fusão dos francos e saxões, período de Eduardo III a Henrique VIII, período da reforma religiosa e período atual, embora seja mais comum e aceita a divisão nos quatro períodos citados anteriormente.

Percebe-se, de uma forma ou de outra, que a *common law* esteve presente na formação do sistema normativo inglês desde o final século XII até os dias atuais, e como recebeu influências também do período anterior a sua formação, ou seja, do direito anglo-saxão, é também conhecida na Europa continental como tradição anglo-saxã<sup>17</sup>. Assim, conforme exposto, é possível afirmar, com certo grau de precisão, que o marco histórico de surgimento de um direito inglês comum e, consequentemente, a origem da tradição jurídica da *common law* se deu a partir da conquista do território inglês pelos normandos, por volta do ano de 1.066<sup>18</sup>.

Na realidade, antes da mencionada conquista, o que atualmente é a Inglaterra compunha-se de várias tribos de origem germânica que possuíam costumes, organização social e até mesmo linguagem distintas, não sendo possível se identificar entre elas sequer um início de sistema jurídico comum. Por isso, Guilherme, Duque da Normandia, ao conquistar as terras inglesas em 1066, deparou-se com um território dividido (ducados, condados, senhorios feudais,

---

15 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356

16 GLASSON, Ernest Désiré. **Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles ET Judiciaires de L'Angleterre**. Comparé au Droit aux Institutions de la France, Depuis Leus Origine Jusqu'a nos Jours. Vols. 1-6 Paris: Pedone-Lauriel, 1882-1883.

17 Convém fazer a advertência de que embora comum na Europa continental a associação da *common law* a tradição anglo-saxã, na própria Inglaterra trata-se de associação sem qualquer sentido, tendo em vista que a *common law* representou um rompimento com o direito consuetudinário das tribos anglo-saxãs que ocupavam seu território até a conquista normanda.

18 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356.

pequenas vilas), que tinham seus próprios costumes e suas próprias cortes ou tribunais. Tal fragmentação não favorecia o controle do poder pelo novo rei. Diante disso, visando fundar um verdadeiro reino, o soberano iniciou unificando os costumes e foi, paulatinamente, assumindo o poder de resolução de conflitos, que estava nas mãos dos senhores feudais, estabelecendo uma jurisdição vinculada ao Rei, após superar uma natural resistência dos mencionados senhores feudais, uma vez que a administração da justiça era fonte de recursos<sup>19</sup>.

Nesse sentido, conforme leciona René David<sup>20</sup>:

A história do direito começa, para os historiadores do direito inglês, na época em que, tendo cessado este domínio, diversas tribos de origem germânica – saxões, anglos, dinamarqueses – partilharam entre si a Inglaterra. [...] A conquista normanda constitui, na realidade, um acontecimento capital na história do direito inglês, porque traz para a Inglaterra um poder forte, centralizado, rico de uma experiência administrativa posta à prova no ducado da Normandia. Com a conquista pelos normandos, a época tribal desaparece e o feudalismo instala-se na Inglaterra.

Essa reorganização e centralização da administração da justiça levada a efeito por Guilherme, o Conquistador, também são apontadas por Adriano Cavanna<sup>21</sup> como “momento mais significativo do processo construtivo do aparato institucional anglo-americano”.

É importante pontuar, que embora tenha conquistado o território inglês, Guilherme não se mostrou um tirano, tendo em vista que, no momento da sua coroação, jurou manter as leis e os costumes anglo-saxões, respeitar os direitos feudais que concedeu aos seus aliados locais, bem como temia e venerava a Igreja. Desse modo, seu reinado não pode ser caracterizado como uma monarquia absoluta<sup>22</sup>. Ademais, é bom recordar ainda, que “os homens da Idade Média nem mesmo imaginam o que poderia ser um Estado no sentido moderno da palavra; o equilíbrio do país parece-lhe assegurado, não por uma chave de abóbada central, mas por um travejamento de direitos locais que se completam e se sustentam uns

---

19 JÁUREGUI, Carlos. **Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés**. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 36.

20 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 356 - 358.

21 CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 493.

22 MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959, p. 67.

aos outros<sup>23</sup>”. Nesse contexto, de um entrelaçamento de direitos, embora muito poderoso, o Rei normando nunca poderia violar seu juramento de suserano, “mas, se ele violasse o juramento de suserano, os seus vassalos julgar-se-iam autorizados a desligar-se e a denunciar o juramento de feudalidade<sup>24</sup>”.

Vale enfatizar, desse modo, que a *common law* enquanto tradição jurídica possui forte influência histórica, já que se outro tivesse sido o destino do território inglês, muito provavelmente, outra teria sido a conformação jurídica de seu sistema normativo. A referida constatação reforça a ideia, antes prenunciada, das profundas relações do direito com o modelo político-estatal, social e religioso no qual está inserido ou que busca regular. Por conseguinte, fica claro que a remissão histórica do tema não é informação a ser desprezada ou vista como mera curiosidade, trata-se de conhecimento fundamental para o entendimento da tradição jurídica da *common law*<sup>25</sup>.

Têm-se, fundamentalmente, duas razões, intrinsecamente conectadas, para se sustentar o viés histórico da *common law*, a saber: a) a inexistência de um direito comum antes da conquista normanda; b) o que levou a tradição ser baseada na experiência, nos costumes e na razão prática da sociedade anglo-saxônica<sup>26</sup>.

Cumpre advertir, por mais uma vez, que a fragmentação política do território inglês, que antes da conquista normanda constituía-se de um emaranhado de diversas tribos com língua e costumes distintos, impedia a centralização do poder e, com isto, a imposição de uma ordem jurídica. Em decorrência desse contexto, mostrou-se inviável impor um corpo de leis escritas, em especial pela diversidade de línguas existentes, sendo igualmente inviável legitimar-se o poder por meio de uma doutrina religiosa, ante à coexistência de tribos com costumes e culturas variadas. A

---

23 MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959, p. 67.

24 MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959, p. 67.

25 “O jurista inglês – que subestima a continuidade dos direitos continentais, convencido de que a codificação provocou uma ruptura com a tradição destes direitos – gosta de valorizar a continuidade histórica de seu direito; este surge-lhe como sendo produto de uma longa evolução que não foi perturbada por nenhuma revolução; orgulha-se desta circunstância, da qual deduz, não sem razão, a prova da grande sabedoria da *common law*, das suas faculdades de adaptação, do seu permanente valor, e de qualidades correspondentes nos juristas e no povo inglês”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 355.

26 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 572.

única possibilidade, como aponta o comparatista Patrick Glenn<sup>27</sup>, era a imposição de uma ordem jurídica por meio de um corpo de juízes nos quais o monarca poderia confiar. Vejam-se seus apontamentos:

Os normandos, juntamente com as lideranças locais do estado da Inglaterra, reuniram os ingredientes básicos do direito comum em cerca de um século e meio após a conquista de 1066. Se você se colocasse no lugar deles, pense no que você teria feito em tais circunstâncias, você poderia ter obtido os mesmos resultados. [...] A única via para uma ordem jurídica normanda, comum ao reino, era através de um judiciário leal. Isso marca imediatamente a tradição da *common law* em relação a todas as outras. Não havia pessoas leais, nenhuma revelação disponível, nenhum *corpus* de doutrina a ser apreendida. Então, como monarca, você não podia confiar em Deus, nas pessoas ou em sua própria legislação. Você precisava de um corpo de juízes leais, capaz de trazer uma nova, eficiente e moderna paz real, para as diferentes partes do reino.

A partir dessa concepção, começa a fazer sentido a própria expressão que designa tradição, tendo em vista que *common law* refere-se justamente a um direito comum de toda a Inglaterra, em oposição aos costumes e normas locais das várias tribos que ocupavam o seu território<sup>28</sup>. A expressão *common law* tem origem na ideia da “*law common to the whole of England*” ou seja, o direito “comum” ou “geral” da Inglaterra, em contraposição ao direito consuetudinário local<sup>29</sup>.

De todo modo, grande parte desse direito comum foi retirado daquilo que já ocorria nessas tribos, motivo pelo qual a *common law* é, em parte, uma tradição

---

27 “The Norman, francophone heads of state of England, put together the basic ingredients of the common law in about a century and a half after the conquest of 1066. If you put yourself in their place, and think about what you would have done in the circumstances, you might have brought about the same results. (...) The only avenue for a norman legal order, common to the realm, was through a loyal judiciary. This immediately marks off a common law tradition from all others. There was no loyal chthonic people, no available revelation, no corpus of learned, indigenous doctrine. So, as monarch, you could not rely on God, the people, or your own legislation. You needed a corps of loyal adjudicators, able to bring a newer, more efficient and modern king’s peace to the different parts of the realm”. GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 238-239.

28 “A *comune ley* ou *common law* é, por oposição aos costumes locais, o direito comum a toda Inglaterra. Este direito, em 1066, não existe. A assembleia dos homens livres, chamada *County Court* ou *Hundred Court*, aplica o costume local, isto é, limita-se, de acordo com este costume, a decidir qual das partes deverá provar a verdade de suas declarações, submetendo-se a um meio de prova que não tem nenhuma pretensão de ser racional”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359.

29 CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 67. No mesmo sentido Guido Fernando Silva Soares que ensina: “[...] após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que os Tribunais de Westminster criavam era denominado *common law* (corruptela da expressão dita na língua do rei: *commune ley*) em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pelas *County Courts*, e que logo seriam suplantados”. SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

jurídica fundada nos costumes, tradições e experiências da sociedade anglo-saxônica<sup>30</sup>. Pode-se afirmar, desse modo, que usos locais não foram totalmente abandonados, “mas como que fundidos no cadinho da Lei Comum<sup>31</sup>”.

Tais costumes e tradições, porém, foram se sistematizando a partir da atuação dos juízes<sup>32</sup> e tribunais que foram os responsáveis pela fixação de um direito comum a todo o reino, o que ocorreu, gradativamente, a partir da análise de casos concretos. Quer dizer, o sistema jurídico inglês surgiu, em especial, da atuação jurisdicional a partir da análise dos costumes e tradições. Na verdade, a ideia de que o direito inglês é consuetudinário deve ser abandonada, vez que a *common law* gerou o abandono do direito consuetudinário da Inglaterra<sup>33</sup>, sendo que o direito inglês “[...] proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*) [...]”<sup>34</sup>.

Conforme aponta Adriano Cavana<sup>35</sup>, o processo de centralização da jurisdição pelo Rei, após a conquista normanda, impedindo a particularização local e a feudalização da justiça, se completou em menos de dois séculos e se desenvolveu, progressivamente, sobre três planos: em primeiro lugar pela criação, em Westminster, de um complexo unitário e permanente de Cortes judiciárias ligadas ao

---

30 Nesse sentido “Os Tribunais de Westminster foram levados, nestas condições, a elaborar um novo direito. Este novo direito, comum a toda a Inglaterra, é a *comune ley* ou *common law*. Ele tira muitos dos seus elementos de diversos costumes locais da Inglaterra”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369

31 MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959, p. 90.

32 O “costume” que é apontado como fonte desse direito não nasceu do comportamento popular, mas, sim, dos juízes. LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei**. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 263. No mesmo sentido, Adriano Cavana ensina que “[...] o primeiro núcleo da *common law* (se excluirmos o pouco material legislativo de derivação régia que se sustentava de julgados de costumes judiciais) foi um amálgama pouco discernível de usos anglosaxões (aqueles dos lugares visitados pelos juízes centrais) e de costumes feudais normandos, com a inserção sobre esse fundamental substrato germânico de algumas formas trazidas da tradição romano-canônica, da assimilação dos quais falaremos mais adiante. Tudo isso, porém, vem como unificado, misturado e remodelado nas praxes judiciais adotadas pelas três Cortes, isto é, entre esquemas procedimentais a sua volta concebidos segundo a mentalidade centralizadora dos conquistadores normandos”. CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico**. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 526.

33 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 441.

34 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 408. “O direito inglês não é um direito consuetudinário. O costume geral imemorial do reino, sobre o qual teoricamente está fundada a *common law*, sempre foi simples ficção. A *common law* pôde retirar algumas das suas regras dos vários costumes locais outrora em vigor, porém o processo em si de constituição da *common law* consistiu em elaborar um direito jurisprudencial, fundado sobre a razão, que substituiu o direito da época anglo-saxônica, fundado sobre o costume”. (p. 437)

35 CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico**. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 494.

Rei cujo objetivo era congregar toda atividade processual do reino<sup>36</sup>; em segundo lugar pelo estabelecimento de instituições encarregadas de controlar e, também, reportar às jurisdições reais a atividade jurisdicional desenvolvida nas Cortes feudais; e, em terceiro lugar, pela adoção de mecanismos processuais de intervenção do Rei no desenvolvimento da atividade processual popular ou feudal, ou seja, pelo estabelecimento de *writs*, dos quais se tratará logo à frente.

Pode-se dizer, dessa forma, que depois de 1.100, com Henrique I e Henrique II, a aplicação do direito foi passando a ser uniforme por toda a Grã-Bretanha (a exceção da Escócia) e teve lugar por meio dos juízes itinerantes, que em nome do Rei faziam justiça, inicialmente civil e, posteriormente, também penal<sup>37</sup>. Anos mais tarde, tem-se o primeiro livro da Lei comum, cujo título é *Tractatus de legibus et consuetudinibus rege Anglice*, provavelmente escrito entre 1187 e 1189, e é, tradicionalmente, atribuído a Ranulf Glanvill, juiz chefe de Henrique II<sup>38</sup>.

Há que se concluir, portanto, que os modelos de julgamento têm uma importância muito grande para a formação da *common law*. Ora, com um sistema normativo se estruturando a partir da atuação judicial, as formas de julgamento não têm apenas um papel de mecanismos de aplicação do direito, mas de criação do sistema normativo.

Na realidade, pode-se dizer que a *common law* é uma tradição jurídica voltada para o julgamento, fazendo com que em seu sistema os remédios precedam

---

36 A *Curia Regis*, gradativamente, foi dividindo-se em seções especializadas destinadas a tratar de certas matérias: o Tribunal do Tesouro (*Scaccarium, Court of Exchequer*) criado desde a primeira metade do século XII para as finanças e os litígios fiscais; o Tribunal das Queixas Comuns (*Court of Common Pleas*) que ganhou sede em Westminster com a Carta Magna de 1215, abrangendo a competência para julgar a generalidade das controvérsias entre os particulares, especialmente os conflitos relativos à posse da terra; e o Tribunal do Banco do Rei (*King's Bench*) para julgar o vasto campo dos danos e dos atos ilícitos, pressupondo uma violência e, portanto, uma turbação à paz do reino. O *Scaccarium* e a *Court of Common Pleas* tinham assento em Westminster, perto de Londres, enquanto o *King's Bench* era um tribunal itinerante que seguia o rei nos seus deslocamentos. A denominação desta Corte se deve, inclusive, à presunção que os seus membros deliberariam com a presença do rei. Foi somente no século XV que a *Court of King's Bench* passou a ter sede em Westminster. GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 210. CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico**. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 496-498.

37 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 267.

38 FIFOOT, Cecil Herbert Stuart. **History and sources of the common law: tort and contract**. London: Stevens & Sons, 1949, p. 4



os direitos (*remedies precede rights*<sup>39</sup>). Na mesma linha de entendimento, René David<sup>40</sup> para quem:

É necessário que fique clara a importância primordial que as questões de processo tiveram, nestas condições, na Inglaterra. Enquanto no continente os juristas concentravam a sua atenção principalmente na determinação dos direitos e obrigações de cada um (regra substantiva de direito), os juristas ingleses concentravam a sua atenção nas questões de processo.

É importante observar que essa vinculação do sistema jurídico a processos rígidos e formais que permitiam a construção de decisões sobre quem tem direito em determinado conflito e, em consequência, do próprio direito substancial é apontado como uma das razões que impediram a utilização dos conceitos do direito romano como base de estruturação do sistema jurídico, tal qual ocorria, amplamente, no direito continental Europeu<sup>41</sup>.

Em contrapartida, é, certamente, em decorrência dessa característica peculiar e antagônica com o que ocorre em outras tradições jurídicas que os processos desenvolvidos perante a justiça inglesa tinham peculiar formação, conforme será demonstrado a seguir.

Inicialmente, porém, para compreensão da importância do processo na formação do sistema normativo inglês, é importante entender, em primeiro lugar, que, na Inglaterra, uma ordem escrita do Rei ordenando algo a algum subordinado, era conhecida como *King's writ*, que tem origem na organização política do Reino Inglês, sendo instrumento de execução das ordens reais. Dessa tradição vem a afirmação de que o Rei governa por *writs*. Tais atos, que no começo tinham apenas um viés administrativo, com o Rei Henrique II, transformaram-se em “autos” ou “mandamentos” dos juízes dos Tribunais da Coroa<sup>42</sup>. Os *writs* de viés judicial eram espécies de ações judiciais sob a forma de ordens do Rei<sup>43</sup>.

---

39 Como será exposto logo a frente, os remédios, no sistema da *common law*, nada mais são do que regras procedimentais cuja finalidade é estabelecer a forma de se pleitear em juízo, apresentando o caso para apreciação do julgador.

40 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363. Nesse sentido conferir, ainda, RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63.

41 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 369.

42 RABASA, Oscar. **El Derecho Anglo-Americano: Estudios Expositivo y Comparado del Common Law**. México: Fondo de Cultura, 1944, p. 91

43 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 211.

Logo, as ações e recursos judiciais do sistema jurídico inglês surgiram com o que se pode denominar *writs* dos magistrados ou, mais especificamente, nos *writs* do Chanceler (*Chancellor*), que era o primeiro ministro do Rei<sup>44</sup>. Alguns autores apontam o nascimento do sistema de *writs* como, talvez, o fator mais decisivo para a centralização da justiça na Inglaterra<sup>45</sup>.

Tanto é assim que, segundo Giovanni Criscuoli<sup>46</sup>,

[...] o índice seguro do forte incremento quantitativo do emergente 'direito comum' é fornecido pelo sensível multiplicar-se do número dos *writs*, elaborados e concedidos pela Secretaria de Estado ou Chancelaria, para permitir o exercício de outras tantas ações.

Segundo o mesmo autor, entre o reinado de Henrique III (1216-1272), de um número aproximado de cinquenta e seis *writs* registrados, passou-se para cerca de quinhentos, já no reinado do seu sucessor Eduardo I (1272-1307)<sup>47</sup>.

Esse processo de judicialização dos *writs* remonta a uma ordem real, por meio do Chanceler ao chefe político e juiz (*Sheriff*) do tribunal local (*county court*), a fim de que fosse chamado o demandado a comparecer ao Tribunal do Rei para que pudesse se defender<sup>48</sup>. "Apresenta-se, tecnicamente, como uma ordem dada pelo rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandado agir de acordo com o direito"<sup>49</sup>. Em linhas gerais, o *writ*, na sua forma mais antiga, representava uma ordem com a qual o Rei se dirigia a um funcionário local, o Xerife, com o objetivo de que este agisse para a satisfação do direito daquele que tivesse procurado o *writ*<sup>50</sup>.

Simplificadamente, um *writ* referia-se a expedição de uma ordem, de natureza mandamental, proveniente do poder real (*the Crown*) a uma autoridade real (normalmente o Xerife), que lhe apontava quais deveriam ser os atos a serem tomados a fim de desenvolver determinada investigação: envolviam atos de

---

44 RABASA, Oscar. **El Derecho Anglo-Americano**: Estudios Expositivo y Comparado del Common Law. México: Fondo de Cultura, 1944, p. 81 e 83.

45 JÁUREGUI, Carlos. **Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés**. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 36-37.

46 CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese**: le fonti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 101.

47 CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese**: le fonti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 101.

48 RABASA, Oscar. **El Derecho Anglo-Americano**: Estudios Expositivo y Comparado del Common Law. México: Fondo de Cultura, 1944, p. 82.

49 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 368.

50 MATTEI, Ugo. **Common law**: il diritto anglo-americano. Torino: Utet, 2001, p. 26

comunicação dos atos processuais, como citação do réu, adoção de medidas de natureza cautelar como o confisco de propriedade, gerenciamento do procedimento como a determinação para que se formasse um júri, entre outras<sup>51</sup>.

Nesse sistema, todas as ações propostas nos Tribunais do Rei eram endereçadas ao Chanceler com a finalidade de se obter um *writ* que correspondesse à pretensão. Essa possibilidade (*writ* judicial) foi estabelecida, inicialmente, no século XII, mas especificamente em 1.166, tendo como objetivo inicial tratar das ações possessórias entre os senhores feudais. Anos depois, em 1.179, surge um segundo *writ* judicial, tratando da propriedade entre os mesmos senhores feudais, o que leva a conclusão que sua gênese está associada ao direito das coisas<sup>52</sup>.

Ademais, conforme a espécie de pretensão a ser vindicada, restava a necessidade de adotar um determinado tipo de queixa ou petição (querela ou *billa*)<sup>53</sup> perante o tribunal, tudo para que fosse possível ser concedido ao autor o respectivo *writ* (ordem). Nessa perspectiva, o *writ* podia ser requerido e obtido para iniciar qualquer tipo de ação, sendo os precursores, como já se apontou, os relativos ao exercício das “ações reais” (*real actions*) referentes à titularidade dos imóveis e dos terrenos<sup>54</sup>. Tais ações, desenvolvidas especialmente no reinado de Henrique II, eram, a princípio, adaptadas a cada caso, sendo o Rei, na realidade, livre para configurar os *writs* como melhor entendesse<sup>55</sup>. Justamente por tais fatores, diversos litígios que antes eram direcionados às cortes feudais, passaram a ser formulados perante as cortes reais<sup>56</sup>, pois estas eram muito mais efetivas, consolidando, dessa forma, o domínio do soberano.

Essa consolidação do poder real era tão eloquente que o excesso na concessão dos *writs* fez com que os senhores feudais se revoltassem<sup>57</sup> e, num

---

51 GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 242-243.

52 RABASA, Oscar. **El Derecho Anglo-Americano**: Estudios Expositivo y Comparado del Common Law. México: Fondo de Cultura, 1944, p. 79 e 84.

53 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 362.

54 CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese**: le fonti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 101.

55 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 211.

56 JÁUREGUI, Carlos. **Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés**. Buenos Aires: Depalma, 1990, p. 36-37. LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei**. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 267.

57 CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese**: le fonti. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 141.

momento de preponderância sobre a Corte central, obrigaram Henrique III a emanar as Provisões de Oxford (*Provisions of Oxford*), ficando os *writs*, em decorrência dessa emenda, limitados aqueles existentes antes de 1258, de forma a fazer prevalecer a exigência de certeza sobre o ideal de flexibilidade<sup>58</sup>. Desse modo, o caminho para que o sistema continuasse a funcionar foi dado pelo *Statute of Westminster II* (1258), “documento capital na história da *common law*, que visava conciliar os interesses dos reis com os dos barões”<sup>59</sup>. A partir desse *Statute* o Chanceler poderia utilizar-se apenas dos *writs of course* que já estavam registrados no *Registrum Brevium*. A edição de novos *writs* “atípicos” não era mais permitida sem a prévia e expressa aprovação do Rei e de seu Grande Conselho (*Magnum Concilium*).

Em decorrência dessa limitação, fez-se necessário encontrar o *writ* aplicável ao caso concreto<sup>60</sup>, exigindo o estabelecimento de certa correspondência entre o tipo de *writ* e o pedido, o que pode ser entendido fazendo uma analogia com as espécies de ações típicas do direito romano formulário<sup>61</sup>. Tal situação, em última análise, fazia com que se não existisse determinado *writ* para ser utilizado na solução de algum conflito, tornaria inviável a propositura da ação. Essa questão era tão emblemática e relevante que passou a ser representada pelo brocardo *no writ, no remedy*<sup>62</sup>. Seguindo a linha do que já se afirmou em relação à importância dos modelos de julgamento, resta evidente que eles eram mais importantes que as regras do direito positivo material (*remedies precede rights*), prevalecendo uma estrutura diferente daquela dos direitos dos países do continente europeu<sup>63</sup>.

Nessa linha de entendimento, Adolfo di Majo elucida que enquanto na *civil law* o sistema de tutela de direitos é estruturado pela união de direito subjetivo e pelo direito de ação, a *common law* predispõe adequados instrumentos de reação à lesão

---

58 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 267.

59 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 210.

60 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 211.

61 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 267. CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979, p. 498.

62 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 267.

63 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 211.

de direitos, privilegiando a necessidade da existência de remédios ao invés da previsão de direitos subjetivos<sup>64</sup>.

De uma forma ou de outra, não obstante tal limitação à edição de novos *writs*, o que perdurou por longo período, é possível sustentar que para cada *writ* concedido pelo julgador existia um processo com peculiaridades individuais, havendo diversidade na sequência da marcha processual, na representação das partes, na admissão e produção de provas, na forma como alguns incidentes eram regulados e, ainda, nos instrumentos de execução das decisões proferidas<sup>65</sup>.

Ora, esse elaborado sistema processual, que levava a possibilidade da concessão de um *writ* pelo juiz, é instrumento de criação jurídica absolutamente estranha aos juristas de outras tradições jurídicas. Na realidade, trata-se de sistema tão intrincando e repleto de formalismos que mesmo aqueles juristas que atuam na *common law* apontam-no como sendo um sistema complexo e até mesmo enfadonho<sup>66</sup>. “A complexidade e a tecnicidade dos seus processos eram tais que não podiam ser apreendidos, senão pela prática”<sup>67</sup>.

De fato, “O direito inglês não é um direito de universidades, nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos”<sup>68</sup>. O principal jurista na Inglaterra não é um catedrático, saído de uma universidade, mas é o juiz decorrente da atuação prática, sendo certo, ainda, que “todos estes juízes são recrutados entre os advogados para os quais a elevação à dignidade de *Justice* de Sua Majestade

---

64 DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1993, p. 12-13. A propósito, parte da doutrina nacional aponta que o direito brasileiro, ao prever o mandado de segurança, ação popular, e o habeas corpus, que já se encontrava incorporado na Constituição de 1988, acaba abarcado reflexos da doutrina de que as ações precedem os direitos. Sob essa perspectiva, em especial, ver ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

65 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 363.

66 GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010. p. 242.

67 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 370. “Uma formação universitária, baseada no direito romano, poderia ajudar a encontrar a solução justa para um determinado litígio; no entanto, não permitirá ganhar um processo. Juristas e juízes, na Inglaterra, continuaram, até hoje, a ser formados essencialmente pela prática; diferentemente dos países do continente europeu, jamais lhes será exigida uma formação universitária e só excepcionalmente um advogado ou jurista terá recebido uma tal formação”.

68 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 404.

constitui o coroamento do sucesso profissional e social”<sup>69</sup>. No mesmo sentido John Gilissen afirma que a *common law* é um direito judiciário<sup>70</sup>.

Deve ficar claro, portanto, que por diversas razões históricas, políticas e culturais, a *common law* é uma tradição jurídica composta por diversas regras procedimentais, também conhecidas como remédios (*remedies*), cuja finalidade é estabelecer a forma de se pleitear em juízo, apresentando o caso para apreciação do julgador.

O entendimento prevalente nessa tradição é que os remédios precedem os direitos (*remedies precede rights*), sendo questão que marcou profundamente o desenvolvimento da *common law*<sup>71</sup>.

Como afirma René David<sup>72</sup>:

*Remedies precede rights*: em primeiro lugar o processo. A *common law*, nas suas origens, foi constituída por um certo número de processos (*forms of action*) no termo dos quais podia ser proferida uma sentença; qual seria, quanto à substância esta decisão, era algo incerto. O problema primordial era fazer admitir pelos Tribunais Reais a sua competência e, uma vez admitida, levar até o fim um processo cheio de formalismo. [...] Toda a atenção dos juristas concentrou-se, durante muito tempo, sobre os variados processos, muito formalistas, que correspondiam aos diferentes writs. Estes processos tinham uma única finalidade: formular as questões de fato que seriam submetidas ao júri.

Em síntese, e conforme já afirmado, o que se observa é que a *common law* é composta por um direito jurisprudencial (*case law*)<sup>73</sup>. A jurisprudência é a principal fonte de seu sistema normativo e o processo é sua disciplina fundamental. “O direito inglês, proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); suas regras são, fundamentalmente, as regras que se

---

69 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 418. “Os juristas ingleses nunca foram formados pelas universidades e, ainda hoje, quando é obrigatória uma licenciatura para se tornar advogado ou *solicitor*, esta licenciatura pode ser outra que não em direito. Foram tradicionalmente formados pela prática, na qual não ouviam falar em direito romano, mas em que a sua atenção era constantemente chamada para as questões de processo e de prova, da quais dependiam o sucesso e a própria admissibilidade de uma ação”. (p. 387)

70 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 256.

71 Nesse sentido conferir: RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 63. E também: DAVID, René. **O Direito Inglês**. Trad. bras. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

72 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 364

73 SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado I: O que é a “*common law*”, em particular, a dos EUA. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 92 São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997. p. 180 e seguintes.

encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra<sup>74</sup>.

Apenas para antecipar um contraponto, enquanto na tradição jurídica da *civil law* a jurisprudência, tradicionalmente, desempenha um papel secundário, voltado para interpretação das normas previamente estabelecidas pelo Poder Legislativo, sendo inclusive estabelecida a máxima de que *non exemplis sed legibus judicandum est* (a decisão não deve vir de precedentes, mas da lei), a lógica de formação da tradição inglesa é a formação do sistema jurídico pelas decisões judiciais. Georges Abboud destaca essa concepção nos seguintes termos: “na tradição jurídica romano-germânica, a jurisprudência possui uma maior autolimitação em relação à legislação”, de modo que “a jurisprudência encontra seu limite direto na lei, na medida em que prevalece o sistema do direito escrito”<sup>75</sup>.

Por outras palavras, a estrutura da *common law*, baseada no sistema de *writs*, nunca se conformou aos conceitos do direito privado romano, já que se fundou no estabelecimento de ordens vindas do poder real, e, portanto, com um viés de direito público<sup>76</sup>. Ademais, trata-se de sistema ajustado à própria nação inglesa, a qual possui notável estima pela *common law* e, em consequência, verdadeira fidelidade a ela<sup>77</sup>, o que certamente contribuiu, senão impediu, eventual recepção do direito romano em terras inglesas.

Nesse sentido, Mario Losano<sup>78</sup> sustenta que:

[...] a unidade jurídica, a centralização judiciária e a homogeneidade da classe forense explicam a falta da recepção na Grã Bretanha do direito romano. Enquanto na Alemanha a divisão em pequenos Estados tornava indispensável acatar o direito romano como denominador comum jurídico, a Grã Bretanha tinha já o seu direito comum. Neste sentido se costumam contrapor o *Common Law* ao *Civil Law*, entendendo com este último termo o direito europeu continental de origem romanística.

---

74 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 408.

75 ABOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 505-506.

76 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 211.

77 SELDEN, John. **Johannis Seldeni ad feltam dissertativo**. Trad. D. Ogg. Cambridge, 1925. p. 165 *apud* CAENEGEM, Raoul Charle van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Trad. Luiz Carlos Borges. Revisão Técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 84.

78 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 266.

Na mesma linha de pensamento, Roscoe Pound<sup>79</sup> que aponta a recepção do direito romano na Europa como decorrência de uma série de direitos locais e provinciais contraditórios que se chocavam, ao passo que, na Inglaterra, existia um direito geral unificado e harmonioso, sendo possível dizer que o direito se conservou graças a um sistema judicial forte e centralizado.

De todo modo, não se pode confundir a formação do direito pela jurisprudência com a existência de decisões vinculantes. É importante advertir que a regra do precedente obrigatório é bem mais recente que a *common law*, não sendo da essência do sistema inglês como muitos autores acreditam. Na realidade, se por um lado a *common law* é baseada em direito jurisprudencial, por outro a regra de vinculação aos precedentes é relativamente recente, já que “só depois da primeira metade do século XIX é que a regra do precedente (*rule of precedent*), impondo aos juízes o recurso às regras criadas pelos seus predecessores rigorosamente se estabeleceu”<sup>80</sup>. A questão dos precedentes será aprofundada em outra parte do texto.

Sob outro aspecto, convém destacar, ademais, que a Lei, conhecida na Inglaterra como *Statute* ou *Act of Parliament*, também é fonte do direito na *common law*. Originalmente, tratava-se de fonte secundária, cujo objetivo era somente de promover correções e adjunções à *common law*, já que, tradicionalmente, não era considerada uma forma de expressão normal do direito inglês. Na verdade, só era definitivamente admitida, incorporando-se ao sistema normativo, depois de aplicada e interpretada pelos tribunais já que era na medida dessa aplicação e interpretação que passava a ser aceita. Rapidamente, abandonava-se o texto da Lei e passava-se a admitir o teor das decisões que com base nela foram proferidas como sendo a norma jurídica<sup>81</sup>.

Da mesma forma, nos Estados Unidos, o Poder Legislativo também faz Leis, as quais são hierarquicamente superiores aos precedentes (*judge-made laws*). Entretanto, as normas legisladas serão aplicadas apenas nas lacunas deixadas pelo

---

79 POUND, Roscoe. **El espíritu del common law**. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, p. 31.

80 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 428.

81 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 433-434.



sistema de precedentes. Nesse sentido, apesar de gozarem de primazia, elas são residuais, pois apenas vão completar os vácuos deixados pela ausência de julgado relativo a determinado caso. Com bem ensina Guido Fernando Silva Soares: “Embora seja o *case law* a principal fonte do direito, pode ele ser modificado pela Lei escrita que, nos EUA, lhe é hierarquicamente superior; diz-se, então, que um case foi ‘*reversed by statute*’”<sup>82</sup>.

Na contemporaneidade, a Lei desempenha no sistema inglês um papel que não é inferior ao da jurisprudência, embora a *common law* continue sendo um direito jurisprudencial, em especial por duas razões: em primeiro lugar porque muitos temas ainda são integralmente regulados pela jurisprudência e, em segundo lugar, porque seu caráter histórico não é facilmente abandonado, já que o secular domínio da jurisprudência, em grande medida, condiciona a forma como os juristas ingleses interpretam o sistema, ou seja, presos à tradição<sup>83</sup>. Um bom exemplo de um aumento da importância da Lei como fonte do direito inglês foi a promulgação, em 1965, pelo Parlamento inglês, do *Law Commissions Act*, alterado em 2009, cujo objetivo envolve a realização de estudos para realização de reformas naquele sistema.

Ainda é bom pontuar, por tudo o que já foi dito até aqui, que a *common law* é marcadamente uma tradição jurídica voltada aos fatos concretos, ao casuísmo e à prática. Trata-se, evidentemente, de situação particular dessa tradição que decorre de sua própria história e evolução, que sempre empregou maior atenção ao processo, ao procedimento, à valoração de provas e à forma segundo a qual se ensina e aprende a ciência jurídica.

Uma última advertência a ser feita é que todas essas peculiaridades fazem com que a própria estrutura da *common law* seja diferente da estrutura da *civil law*, tornando-se verdadeiro obstáculo a sua compreensão. Essa diferença é total. Não existem ramos do direito na *common law*, não há distinção entre direito civil, comercial, previdenciário ou administrativo. Ao invés disso, encontra-se a distinção de *common law* e *equity*<sup>84</sup>. Já no nível dos conceitos fica-se igualmente sem

---

82 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38.

83 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 436.

84 “Até 1875, a *equity* opôs-se por cinco traços fundamentais à *common law*. As regras de *equity*, desenvolvidas pelo Tribunal da Chancelaria, tinham uma origem histórica diferente das da *common*

referências claras, vez que, a título de exemplo, não se encontram conceito de poder familiar, reconhecimento dos filhos, usufruto, dolo, força maior e, ao revés, encontram-se conceitos novos de *trust*, de *bailment*, de *estoppel*, de *consideration*, de *trespass* que, enquanto termos jurídicos, são intraduzíveis na *civil law*<sup>85</sup>. Na verdade, essa diferença estrutural se mostra até no nível mais básico de formação do sistema. Na *common law*, a regra legal (*legal rule*), que é elaborada pela jurisprudência, encontra-se em um grau de generalidade inferior do que regras previstas na legislação da *civil law*, ou seja, são regras mais específicas, mais concretas, o que faz com que a ideia de codificação seja inconcebível na Inglaterra<sup>86</sup>.

## 2.2 A *civil law*

A tradição jurídica da *civil law*, também conhecida como “romano-germânica” em decorrência de suas principais influências de formação, surgiu, do ponto de vista científico, no século XIII. Até essa época já existiam elementos sobre os quais a tradição iria se fundar, mas não existia a necessária sistematização. O resgate do direito romano se iniciou com o renascimento dos estudos e pesquisas a seu respeito nas universidades<sup>87</sup>. Cumpre advertir, porém, que existem estudiosos que apontam ser essa tradição, cronologicamente, mais antiga que a tradição jurídica da *common law*. Esses autores indicam o marco inicial da *civil law* na publicação da Lei das XII Tábuas<sup>88</sup>, que ocorreu por volta do ano de 450 a.C.<sup>89</sup>.

---

*law*, elaboradas pelos Tribunais de Westminster. A sua aplicação era feita exclusivamente pelo Tribunal da Chancelaria. O processo da *equity*, não comportando nunca um júri, diferente do da *common law*. As soluções de *equity*, isto é, as soluções que se podiam pedir ao Tribunal da *equity*, eram diferentes daquelas que um tribunal de *common law* podia ordenar: o Tribunal de *equity*, por exemplo, nunca pronunciava a condenação de pagamento de perdas e danos (*damages*). A outorga de uma solução de *equity*, finalmente, tinha um caráter discricionário”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 393.

85 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 382-383.

86 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 383.

87 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

88 *Lex Duodecim Tabularum* ou simplesmente *Duodecim Tabulae*, em latim

89 MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 16; e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 149 e seguintes.

Mais detalhadamente, é importante registrar que as dez primeiras tábuas foram preparadas em 451 a.C. por um conjunto de dez homens. No ano seguinte, 450 a.C., um segundo grupo concluiu as duas últimas, permitindo a promulgação das XII Tábuas, que haviam sido, literalmente, inscritas em doze tabletes de madeira, com o objetivo de serem afixadas no Fórum romano permitindo amplo conhecimento das leis, afastando o período anterior, no qual as leis eram guardadas em segredo pelos pontífices e por outros representantes da classe dos patrícios, sendo executadas com especial severidade contra os plebeus, que não tinham acesso à legislação.

Importante esclarecer, de todo modo, que as XII Tábuas não eram uma reunião ampla e sistemática de todo o direito da época. Nesse sentido, não podem ser consideradas um “código”, na acepção atual do termo. Representavam, na realidade, uma série de definições de diversos direitos privados e de procedimentos. Em síntese, pretendiam levar ao conhecimento geral dos cidadãos algumas instituições como a família e vários rituais para negócios formais. Vale lembrar, ainda, que o texto original das XII Tábuas perdeu-se quando os gauleses incendiaram Roma em 390 a.C. De fato, nenhum texto oficial sobreviveu, mas somente versões não oficiais. Nos dias atuais, tem-se acesso apenas a fragmentos e citações por outros autores, que demonstram que as XII Tábuas foram redigidas em latim, muito embora com uma linguagem arcaica e lacônica, evidenciando uma construção gramatical do latim primitivo.

Não obstante, o que parece mais adequado é apontar a Lei das XII Tábuas apenas como um antecedente histórico de surgimento da *civil law*, isso porque, na realidade, as XII Tábuas apenas indicavam, ainda que fosse por escrito, a existência de fórmulas, ou em termos atuais, de espécies de ações, pelas quais se poderia instaurar procedimentos orais de solução dos conflitos e estabelecimento do direito<sup>90</sup>. Outrossim, não existe uma continuidade entre as legislações primitivas e o renascimento dos estudos no século XIII. Aliás,

Durante cinco séculos o sistema vai ser dominado pela doutrina, sob a influência principal da qual a própria prática do direito evoluirá nos diferentes Estados. A doutrina preparará [...] o despertar do período

---

90 Quanto ao período das *legis actiones* conferir: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 54-63.

seguinte, aquele em que ainda atualmente nos encontramos – período no qual o sistema será dominado pela legislação<sup>91</sup>.

Nesse sentido, para melhor compreensão das origens e desenvolvimento dessa tradição, três aspectos chamam atenção e merecem ser destacados e explicitados em relação à sistematização da *civil law*. Inicialmente, a recepção, pelos estudiosos medievais, do *Corpus Iuris Civilis* do direito romano, cujos estudos de exegese e sistematização levaram ao fenômeno da codificação do direito. Adiante, a concepção de que o direito deveria ser criado por órgãos legislativos. E, finalmente, como conjugação desses dois primeiros fatores, a busca por uma racionalização absoluta do fenômeno jurídico compondo a base da *civil law*<sup>92</sup>. Pois bem, enunciados tais elementos, resta a importância de se compreender melhor de que forma foram estruturados e associados, o que se passa a apresentar a seguir.

Conforme já afirmado, alguns autores apontam a Lei das XII Tábuas como sendo a origem histórica da *civil law*, o que já se afastou pelos argumentos acima mencionados. A Lei das XII Tábuas pode ser pensada, porém, como o embrião histórico do que posteriormente viria a ser denominado *civil law*, já que se trata de uma primeira intenção de se registrar alguma norma escrita, ainda que indicassem apenas uma referência a existência de fórmulas orais de solução de conflitos<sup>93</sup>. Todavia, antecedente histórico tão ou mais importante foi o movimento de compilação do direito romano. A partir de 528 d.C. o imperador romano Justiniano I<sup>94</sup>

---

91 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35.

92 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 571.

93 Como ensina Dhenis Cruz Madeira, não existia uma clareza na legislação como se poderia imaginar. “Tinha-se um misto de atos privados, atos públicos e sacramentalidade. Nesse período, talvez pela grande influência da religião no Direito, as palavras eram dotadas de divinização e o rito bastava-se a si mesmo. Caso o demandante, ao direcionar sua pretensão, não se preocupasse com a dicção precisa das legis actiones, não veria uma decisão favorável. Nesse sistema, era comum a utilização de expressões verbais e mímicas que, além de solenes, eram imprescindíveis à instauração do procedimento”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 56-57.

94 Justiniano (Flávio Pedro Sabácio Justiniano) foi imperador bizantino desde 1º de agosto de 527 até o seu falecimento em 565. Nascido em Constantinopla em 11 de maio de 483, sucedeu seu tio Justino I no trono, após ter sido nomeado cônsul. Trata-se de ambicioso imperador romano, pois pretendia resgatar o momento de maior esplendor de Roma, por meio de um projeto de expansão e unificação territorial para o Ocidente. A grande ambição de Justiniano era o restabelecimento do Império Romano como um só. Para tanto, dedicou-se bastante às campanhas de recuperação de território do Império. Com apoio do general Belisário, conquistou a cidade de Cartago, a Sicília, as ilhas Baleares e parte da costa levantina peninsular. Com maior dificuldade, devido à resistência ostrogoda, também conseguiu conquistar Roma e Ravenna. Tal expansão, embora prejudicada com a grande peste que assolou as cidades do Mediterrâneo e com a resistência oferecida no restante do

promoveu a compilação do direito romano, por meio do que ficou conhecido, posteriormente, como *Corpus Iuris Civilis*<sup>95</sup> (em português, Corpo de Direito Civil).

Esse movimento de reunião de normas, que foi empreendido em um período relativamente curto, já que se materializou, principalmente, entre 529 d.C e 534 d.C, produziu importantes documentos, a saber: o Código intitulado *Novus Justinianus Codex* (Código Novo de Justiniano), que representava uma coleção das leis romanas; o *Digesto* (do latim *digerere*, que significa pôr em ordem) ou *Pandectas* (do grego *pandékoma*, que significa “recolho tudo”), que representava o conjunto das opiniões doutrinárias dos juristas romanos; as *Institutas*, resumo de toda doutrina do direito romano, tratando-se de manual escolar que servisse aos estudantes como introdução ao direito compendiado no *Digesto*; o Código Novo (*Codex Justinianus repetitae praelectiones*), que representou uma reforma do Código como decorrência da promulgação do *Digesto*, tendo sido publicado em 16 de novembro de 534; e as *Novelas*, reformas realizadas por meio de leis posteriores, cuja a competência era exclusiva do imperador, que se iniciaram em 535 se estendendo até a morte de Justiniano no ano de 565<sup>96</sup>.

Ocorre que, embora tenha vigorado no Império Romano do Oriente até 1453, no Ocidente, permaneceu desconhecido durante quase toda a Idade Média, tendo ficado despercebido por séculos nas bibliotecas de alguns mosteiros. O Ocidente veio a redescobrir o *Corpus Iuris Civilis* no século XI, quando as compilações presentes nessa obra passaram a ser estudadas nas universidades recém-formadas. Portanto, foi somente com o aparecimento da primeira universidade europeia, em Bolonha, já no final do século XI, que o estudo do direito voltou-se ao *Corpus Iuris Civilis* em especial porque os autores descobriram em seus textos um trabalho de alta qualidade intelectual. John Henry Merryman aponta essa questão com propriedade:

Existiam várias razões para dar atenção ao *Corpus Iuris Civilis* e deixar de lado outros corpos jurídicos disponíveis: primeira a concepção do Sacro

---

território italiano, liderada pelo rei ostrogodo Totila, se consolidou com a atuação do general Narses, que após vinte anos, suplantou as forças ostrogodas e, com a conquista da região do sul da atual Espanha chegou ao ápice de expansão territorial.

95 A denominação *Corpus Iuris Civilis*, para designar as compilações de Justiano, não existia originariamente, só tendo sido usada pela primeira vez na edição de Dionísio Gotofredo editada em 1583. BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1956, p. 38.

96 Wikipedia, enciclopédia livre. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Corpus\\_Juris\\_Civilis](https://pt.wikipedia.org/wiki/Corpus_Juris_Civilis) Acesso em 28 de outubro de 2017.

Imperio Romano era muito forte e vivida na Itália do século XII; [...] Segunda, os juristas reconheciam a alta qualidade intelectual do *Corpus Juris Civilis*. Davam-se conta que esta obra, que eles chamavam “razão escrita” era superior as compilações bárbaras que foram colocadas em uso durante a dominação germânica<sup>97</sup>.

Importante destacar, mais uma vez, o fato de que a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis* foi doutrinária. O aparecimento de centros de estudos na Europa medieval possibilitou o aflorar de um renascimento em todas as áreas e também no direito. De fato, “A criação da família de direito romano-germânica está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII, no Ocidente Europeu. Este renascimento se manifesta em todos os planos; um de seus aspectos importantes é o jurídico”<sup>98</sup>.

Nesse período, reiniciou-se o estudo do direito nas universidades<sup>99</sup>, que voltaram sua atenção para o direito romano que, como se apontou, havia sido compilado no *Corpus Iuris Civilis*<sup>100</sup>, por Justiniano, mais de quinhentos anos antes. Justamente por esse motivo é que, mais tarde, os estudiosos desse período, que passaram a realizar anotações (glosas) à margem da legislação justinianeia, ficaram conhecidos como glosadores.

---

97 “Existían varias razones para darle atención preferente a este *Corpus Juris Civilis* y desatender otros cuerpos jurídicos disponibles: Primera, la concepción del Sacro Imperio Romano era muy fuerte y vivida en la Italia del siglo XII; (...) Segunda, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del *Corpus Juris Civilis*. Caían en la cuenta de que esta obra, que ellos llamaban ‘razon escrita’, era superior a las compilaciones barbarizadas que se pusieron en uso durante la dominación germánica”. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 26

98 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39. No mesmo sentido: MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

99 “No final da Idade Média, especialmente nos séculos XII e XIII, com a maior organização econômico-social da Europa, surge um movimento de tentativa de resgate do sistema romano de julgamento. A Escola dos Glosadores, a Escola dos Comentadores e a Escola Culta encarregaram-se de estudar o Direito Romano, especialmente, as compilações realizadas por Justiniano”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 85.

100 O direito justinianeu, isto é, aquele que enfeixa toda a legislação própria do imperador Justiniano, compreendendo a compilação por ele feita das leis e da jurisprudência anteriores, é o que constitui o direito romano propriamente dicto, que Savigny denominou direito romano actual, quando vigente no imperio germanico. Neste sentido restricto é que se toma hoje geralmente a expressão direito romano, visto ser a obra de Justiniano aquella que, imorredoura, atravessou os seculos, e se liga intimamente a quase todas as legislações civis modernas. Essa obra se acha toda condensada no *Corpus Juris Civilis*, que póde ser definido – o conjunto do direito romano que foi compilado e decretado no seculo VI pelo imperador Justiniano. (ortografia original). PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937, p. 35.

Efetivamente, Bolonha e outras instituições de ensino do norte da Itália despontaram-se como o centro legal do mundo ocidental, acolhendo pessoas de todos os cantos da Europa, que visavam estudar o direito ensinado, ou seja, o *Corpus Juris Civilis*, fazendo com que o direito civil romano e também obra dos Glosadores, acabassem por se constituírem a base de um direito comum Europeu<sup>101</sup>.

Cumprе ressaltar que a Escola dos Glosadores, iniciada por Irnério, representa verdadeiro marco de grande relevância na história do Direito, tanto em relação ao conhecimento do pensamento jurídico como em sua teoria. Com os glosadores, que promoveram um estudo específico, o Direito assume, em definitivo, uma posição autônoma no conhecimento. Os professores utilizavam trechos do *Corpus Iuris Civilis* em suas aulas, preponderando os aspectos teóricos. Quanto ao ponto, Franz Wieacker<sup>102</sup> leciona que “[...] através da exegese, da harmonização da construção de regras, constitui-se um edifício doutrinal de princípios harmônicos, talvez a primeira dogmática jurídica autônoma da história universal”.

É importante pontuar, ainda, que o direito local, a prática e os demais aspectos ligados à prática não eram conhecidos pelo ensino universitário. O direito conhecido pela *praxis* era considerado como direito dos incultos, ao passo que o ensinado nas Universidades era voltado aos eruditos<sup>103</sup>. Até porque, como lembra Dhenis Cruz Madeira<sup>104</sup>, nos primeiros séculos da Idade Média “A *publicidade* imperava no sistema judicacional germânico, porém, essa se resumia à realização de atos judiciais em praça pública”. E completa que “o procedimento germânico [...] baseava-se na oralidade”.

Como ensina Lacombe Camargo<sup>105</sup>:

---

101 PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**: an introduction to the legal system of Europe and Latin America. Standford: Standford University Press, 2007, p. 27.

102 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 53.

103 “As universidades não são escolas práticas de direito. O professor dedica-se a ensinar um método apto a destacar as regras de fundo consideradas as mais justas, as mais confırmes à moral, as mais favoráveis ao bom funcionamento da sociedade. Não se concebe a sua função como sendo a de descrever práticas existentes, nem de dizer como na prática se poderá dar eficácia às regras que declarou conformes à justiça. [...] O direito é, tal como a moral, um *Sollen* (o que é necessário fazer), não um *Sein* (o que se faz na prática)”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 41-42.

104 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012, p. 83.

105 LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 79.

[...] o pensamento conceitual elaborado pelos juristas e professores, nas universidades, provocará o surgimento de um novo racionalismo ou intelectualismo jurídico tão anti-histórico como o direito natural, mas que se move em plano diferente, qual seja, o da lógica e da dogmática jurídica. O pensamento conceitual lógico-abstrato será, assim, aquele capaz de explicitar a totalidade representada pelos institutos jurídicos. E, dessa forma, a doutrina termina por ganhar posição superior à da práxis, conforme anota Legaz y Lacambra.

Tudo isso ocorre num contexto de abandono do ideal de se construir, na terra, a cidade de Deus, fundada sobre a caridade cristã. É a aceitação de que existe uma sociedade laica, que precisa ser regulada, a par de uma sociedade religiosa. Nesse período, a sobreposição da religião sobre a moral é desfeita, passando a serem vistas como ordenações distintas, assim também ocorrendo com a ordem civil e o direito que se afirmam independentes da religião. Evidencia, perfeitamente, esse momento uma decisão do IV Concílio de Latrão, em 1.215, que proibiu os clérigos de participarem de processos nos quais fossem utilizados critérios ordálicos de julgamento ou juízos de Deus<sup>106</sup>. Tal decisão é marcante porque processos solucionados por apelo sobrenatural eram incompatíveis com uma sociedade regida pelo direito<sup>107</sup>.

Embora a concepção de que a sociedade deva ser regida pelo direito não fosse, naquele momento, uma ideia nova, a retomada dessa ideia representou verdadeira revolução. Buscou-se um direito novo fundado sobre a justiça acessível pela razão, afastando o sobrenatural das relações civis. De fato, “O movimento que se produz nos séculos XII e XIII é tão revolucionário quanto será no século XVIII o movimento que procurará substituir a regra do poder pessoal pela democracia [...]”<sup>108</sup>.

Assinala-se, ainda, que nesse renascimento não estava presente nenhuma forma de direito legislado. Ora, não existia coesão jurídica pela própria inexistência dos Estados nacionais. O direito, na maioria dos territórios europeus, estava caótico, incerto e retalhado. Como lembra Hilário Franco Júnior o regime feudal imperava

---

106 SANTOS, José Eduardo Marques dos. **O Processo Penal Português no período medieval**. Lisboa: Edições Ecopy, 2012, p. 137-138.

107 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49.

108 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.



sem que houvesse a afirmação de um soberano incontestado<sup>109</sup>. Nesse período, os Reis eram, no máximo, chefes de uma coligação contra invasões de outros povos. Foi justamente por esse motivo que, para não se tornarem “[...] escolas locais de processo, sem prestígio, sem irradiação e sem meios, as universidades deviam ensinar algo diferente do direito local”<sup>110</sup>. Como ensina René David<sup>111</sup>

Nenhuma universidade europeia vai tomar como base do seu ensino o direito local consuetudinário; este, aos olhos da Universidade, não exprime a justiça, não é verdadeiramente direito. “*Non est proprie jus, sed fex*”, diz sem reserva um autor alemão.

Dessa forma, o ensino nas universidades tomará por base o direito romano, juntamente com o direito canônico, surgindo a análise do direito nacional apenas em momento posterior, na verdade séculos depois<sup>112</sup>. O que ocorreu é que, ante a ausência de Estado nacional, em um sentido forte ou moderno do termo, fato é que a autoridade ainda estava centrada no direito romano, o que só será superado com a visão jusracionalista, segundo a qual a autoridade do direito positivo é decorrente do comando soberano do monarca e da vontade política geral da nação<sup>113</sup>.

Tal questão é relevante ser mencionada uma vez que evidencia a grande importância e influência do renascimento dos estudos do direito romano para a construção da *civil law*<sup>114</sup>.

---

109 Nesse sentido conferir: FRANCO JÚNIOR, Hilário. **O Feudalismo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 41 e seguintes.

110 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

111 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42.

112 “O direito sueco é ensinado em Upsala desde 1620, e uma disciplina de direito francês é criada na Sorbonne, em Paris, em 1679, mas na maior parte dos países o direito nacional só vem a ser ensinado nas universidades no século XVIII: em 1707, em Wittenberg, primeira universidade do Império que ensina o Deutsches Recht, em 1741 na Espanha, em 1758 em Oxford e em 1800 em Cambridge, na Inglaterra, em 1772 em Portugal. Até o século XX e o período das codificações nacionais, o ensino do direito romano continuará, em todas as universidades, a ser o ensino básico, ocupando o ensino do direito nacional, em relação a ele, um lugar inteiramente secundário”. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44.

113 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 49-50.

114 “O renascimento dos estudos de direito romano teve por consequência, antes de mais nada, restabelecer na Europa o sentimento do direito, da sua dignidade, da sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso da sociedade. [...] o renascimento dos estudos de direito romano é [...] o renascimento de uma concepção que vê no direito o próprio fundamento da ordem civil. [...] O renascimento dos estudos de direito romano é o principal fenômeno que marca o nascimento da família de direito romano-germânica.” DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 52.

Após séculos de evolução desses estudos do direito romano, a ascensão da ideia de soberania nacional, em especial no continente europeu, proporcionou o surgimento do Estado com a centralização do poder.

Por outras palavras, a teoria do direito que foi construída nos séculos XVII e XVIII, nomeada de direito natural<sup>115</sup>, despontou-se num contexto histórico-econômico-social no qual se formava o Estado nacional, desenvolvia-se uma economia de mercado, afluía a reforma protestante e consolidava-se a conquista da América, após sua descoberta pelos países europeus<sup>116</sup>. Essa fase é marcada, conforme os ensinamentos de Giovanni Tarello, por três vertentes doutrinárias que foram responsáveis, diretamente, pelo movimento de codificação: a primeira é o jusnaturalismo de Pufendorf, que embora de origem germânica, difundiu-se por toda a Europa, em especial pelos estudos feitos por Samuel Cocceius e Thomasius chegando a influenciar, também, a cultura iluminista francesa, muito em decorrência dos trabalhos dos divulgadores Barbeyrac e Burlamaqui. Além disso, o jusnaturalismo de Pufendorf, exerceu forte influência sobre a primeira tentativa de codificação prussiana, sobre a codificação austríaca e, ainda, sobre a construção de

---

115 Sobre o jusnaturalismo, João Maurício Adeodato apresenta a seguinte classificação, que merece destaque: “Fase da indiferenciação: nela não há consciência de uma separação entre o direito que efetivamente acontece na comunidade e o direito criado pela ‘natureza’, pela ‘física’, pela divindade. [...] Fase irracionalista: embora esteja claro que o direito de Deus não se confunde com o direito dos homens, não é dado a estes perceber os desígnios superiores. Assim é que, para Agostinho, todos os seres humanos estão condenados ao fogo do inferno por força do pecado original; mas Deus, em sua infinita misericórdia, escolhe alguns e os salva para si. Jusnaturalismo teológico: representado sobretudo pela Escolástica, com a visão de um direito imutável, inserido na harmonia medieval, estabelecido por Deus. A Igreja é o elo entre o direito divino e natural e o direito empírico, real, efetivo, em suma. Na prática, a hierarquia eclesiástica determinava a interpretação genuína da vontade de Deus, fonte de todo direito. [...] A passagem do direito natural teológico para o chamado racional, secular, antropológico, não separa ontologicamente o jurídico do religioso, pois não nega a fonte divina para o direito. Trata-se da mesma ideia advogada por Lutero e o protestantismo: Deus fala diretamente ao coração de todos e de cada um dos homens, sem que seja necessário um porta-voz oficial. Nem o jusnaturalismo antropológico nega Deus, nem o teológico, a razão. Só que, agora, a razão não é apenas o meio para conhecer o direito emanado da divindade, mas passa a ser também a fonte de todo direito. A tradição e a autoridade cedem lugar ao que é, em uma palavra, “racional” (129). A imutabilidade do direito racional começa a ser questionada por Immanuel Kant [...] A linha aqui denominada jusnaturalismo democrático parte dessa historicidade do direito e do princípio de que, por divergiem os homens sobre questões cruciais e ‘por serem todos iguais’, a maioria detém a legitimidade do direito e deve decidir sobre os conflitos. Na prática, o triunfo é do jusnaturalismo democrático, que já configura o positivismo, pois a maioria é um dado empírico, enquanto a “Vontade Geral”, não. Esse jusnaturalismo democrático representa uma passagem para o positivismo porque não tem, a rigor, conteúdo: o que a maioria decide é legítimo, pois legitimidade é a igualdade de capacidade dos cidadãos. E o jusnaturalismo de conteúdo variável pretende ser empiricamente observável, mudando no tempo e no espaço, permanecendo problemáticos os critérios dessa mudança e como detectar o justo”. ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 125-130.

116 LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 160.

algumas cartas constitucionais francesas. A segunda vertente doutrinária de grande relevância, que também é prevalentemente germânica, funda-se na obra jurídica de Leibniz, tendo sido difundida principalmente pela obra de Wolff. Tal vertente influenciou, diretamente, a codificação prussiana e, de forma geral e sob um perfil técnico, muitas outras codificações, principalmente por sua teoria da formulação das normas jurídicas como proposições coligadas. A terceira vertente, erradicada na França, foi construída por Domat e Pothier, os quais têm seus ensinamentos baseados na busca pela elaboração de um sistema coerente de conceitos, que fosse capaz de descrever os institutos do direito privado, levando em conta suas diferenças, mas realizando uma espécie de unificação descritiva dos diversos regimes jurídicos particulares<sup>117</sup>.

Ademais, é bom ressaltar que o pano de fundo desse contexto histórico-econômico-social era o compromisso da modernidade com o valor segurança, com a matematização e racionalização das investigações científicas. Esse compromisso, sobre o direito, teve como consequência sua transferência do campo cultural para o campo das ciências experimentais, mais especificamente para as ciências lógicas<sup>118</sup>. Em relação a esse mesmo aspecto, António Castanheiras Neves<sup>119</sup> sustenta que a idade moderna não só não conseguiu superar a dualização objetiva do universo jurídico, mas também aprofundou tal perspectiva. A ideia de autonomia do ser humano, como produto da razão, passou a ser apontada como o fundamento decisivo para a construção do sistema normativo. Em última análise é o abandono da visão teocêntrica medieval e a adoção da visão antropocêntrica, racional, da modernidade<sup>120</sup>. Afastou-se da transcendência teológica que prevaleceu por séculos, voltando-se para o racionalismo cartesiano com consequências em todos os campos: o individualismo contratualista e abstrato; o intelectualismo técnico da ciência; o realismo conceitual do idealismo metafísico; o transcendentalismo formal

---

117 TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 97-98.

118 SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 7.

119 CASTANHEIRA NEVES, António. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72. p. 58-59.

120 "A Modernidade emerge como a ruptura entre o homem e o Todo, o que provoca uma inversão da situação anterior: ao invés de o homem experimentar o sentido a partir do Todo maior, a natureza, agora, aparece como destituída de qualquer sentido e o homem como a fonte última de sua determinação. Com esta reviravolta, surgiu a ciência moderna, através da qual o homem articula o sentido de tudo e tenta impô-lo, por sua ação, ao real". OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Tópicos sobre dialética**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997, p. 204.

kantiano<sup>121</sup> etc. Habermas destaca que estes “tempos modernos” ou “novos tempos” tiveram seu aflorar pela “[...] descoberta do ‘Novo Mundo’ assim como o Renascimento e a Reforma, os três acontecimentos por volta de 1500, constituem o limiar histórico entre a época Moderna e a Medieval”<sup>122</sup>. E, ainda, sobre a passagem para subjetividade afirma: “Os acontecimentos-chave históricos para o estabelecimento do Princípio da Subjetividade são a Reforma, o Iluminismo e a Revolução Francesa”<sup>123</sup>.

Para o direito, esse racionalismo levou a busca por uma construção geométrica de sistema. A justiça passou a ser buscada e fundada num sistema lógico-racionalmente deduzido, amparado na racionalidade humana, e, portanto, com todas as características típicas de um sistema teórico, ou seja, axiomático, fechado, estático, a-histórico e meramente dedutivo-abstrato.

Sendo assim, a solidez dos ensinamentos jurídicos unida ao contexto de formação dos Estados, permitiu, no século XVIII, dar um passo a frente no movimento de racionalização jurídica. Começou-se a ver no soberano um legislador, “[...] atribuiu-lhe a função de reformar o direito de modo a rejeitar os erros do passado e a proclamar a autoridade de regras plenamente conformes à razão”<sup>124</sup>. Surge, então, a ideia de codificação.

A codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda a obra empreendida desde há séculos nas universidades. Há seis séculos, as universidades ensinavam um direito que elas apresentavam como um modelo de justiça. Dera-se prova de bastante paciência para fazer penetrar esta ideia nos juristas. [...] Por que não realizar, sob o signo da razão, que a partir de agora brilha intensamente e governa o mundo, a etapa decisiva, que se impõe de um modo tão evidente depois de ter esperado tanto, e por que não fazer do modelo de direito das universidades, completado e

---

121 “O pensamento da idade moderna, que tem como pontos de referência Descartes e Kant, coloca o Sujeito como fundamento sobre o qual se pode estruturar cognitivamente a realidade e proceder a sua plasmação racional-prática. Contra a mera continuidade da tradição e a acentuação da passividade cognitiva afirma-se a liberdade do sujeito autônomo que se auto-põe, liberdade que deve ser socialmente implementada num horizonte universalista. Eis, em poucas palavras, o núcleo da Filosofia da Consciência, como é emblematicamente impostada em Kant”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 07.

122 HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 09.

123 HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 26.

124 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 64.

clarificado pela escola de direito natural, o direito “positivo”, que será aplicado pela prática das diferentes nações?<sup>125</sup>

As codificações dirigiam-se a uma “planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”<sup>126</sup>. Nessa linha, a codificação apresentava-se com o objetivo de romper e superar o passado além de conferir certeza jurídica aos cidadãos. Como afirmam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo “[...] somente um exagerado racionalismo poderia explicar a convicção de que a história poderia ser abolida por um estatuto que a rechaçava”<sup>127</sup>.

De todo modo, em boa parte da Europa esse movimento de codificação iniciou-se como um projeto desenvolvido pelo despotismo esclarecido<sup>128</sup>. Deste projeto, são bons exemplos a Prússia e a Áustria, cujos movimentos de codificação não decorreram de transformações da ordem social, mas foram levados a efeito, respectivamente, por Frederico II e Maria Teresa, bem como pelo próprio sucesso das codificações iluministas da parte final do século XVIII, também na Prússia e na Áustria<sup>129</sup>.

Sob outra perspectiva, como aponta Franz Wieacker<sup>130</sup> “[...] foi a ligação do jusracionalismo com o iluminismo que produziu nos primeiros Estados absolutos do centro e do sul da Europa e depois na Europa ocidental após o processo revolucionário francês, uma primeira grande onda das codificações modernas”.

Logo, se o direito ensinado nas universidades já era fundado na análise de Leis escritas, fruto da influência que o *Corpus Iuris Civilis* exerceu na construção desses estudos, com a codificação a influência das regras escritas, cuja origem

---

125 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 66.

126 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 49-50, p. 366.

127 MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition: an introduction to the legal system of Europe and Latin America**. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 47.

128 Afirma Franz Wieacker que “[...] apenas na França e nas áreas do seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido”. WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 49-50, p. 367.

129 Confere com: TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 223-258; 485-535.

130 WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 49-50, p. 366

remonta à época do direito romano, passou a ser tão profunda que chegou a provocar verdadeira confusão entre a ideia de direito e a ideia de Lei<sup>131</sup>.

Os códigos representam o ápice da *civil law* e, ao contrário do que acontecia com as compilações, ao mesmo tempo em que colocam fim à multiplicidade dos costumes e à fragmentação do direito, atribuem coerência e sistematização ao direito que se pretende constituir. Na verdade, a codificação e a formação dos Estados na Europa são fatores cooriginários que se complementaram. Como instrumento de sistematização e coerência da ordem normativa, os códigos corroboraram para a centralização do poder e o surgimento dos Estados modernos, já que, de certa forma, conferiam legitimação à nova ordem que o soberano estabelecia aos seus súditos:

Por um lado, era necessário que ela [a codificação] fosse a obra de um soberano esclarecido, desejoso de consagrar – mesmo em detrimento dos privilégios da antiga ordem – os novos princípios de justiça, liberdade e de dignidade do indivíduo. Por outro, era preciso que a nova compilação fosse estabelecida num grande país, exercendo sobre os outros uma influência sobre a qual eles não saberiam esquivar-se<sup>132</sup>.

É nesse contexto que surgem as grandes codificações na Europa, despontando-se como expoentes o Código Napoleônico (*Code Civil*) de 1804 e o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1900. Resta evidente, assim, que os códigos têm papel central na formação do sistema normativo dos países de tradição romano-germânica, como atualmente são conhecidos. Como ensina Rosa Maria de Andrade Nery<sup>133</sup>, a codificação “[...] oferece uma estrutura sistemática, um arcabouço estrutural indispensável para revelar os princípios do ordenamento jurídico e os valores fundamentais de uma sociedade”.

Naquela época, a confiança na codificação era tão exacerbada que se chegou a pensar que todo o direito poderia ser contemplado em um único Código. Nesse sentido ensina Julie Bonnetcase<sup>134</sup>:

---

131 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 34.

132 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 67.

133 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 75.

134 No original: “Año de 1804: su significado en la evolución moderna del derecho civil. 1804 no es únicamente una fecha perteneciente a la cronología jurídica: no todo se ha dicho al hacer constar que 1804 es la fecha de nacimiento del código civil o código de Napoleón, para emplear una terminología

Ano de 1804: seu significado na evolução moderna do direito civil. 1804 não é unicamente uma data pertencente à cronologia jurídica; nem tudo foi dito ao se fazer constar que 1804 é a data de nascimento do código civil ou código de Napoleão, para empregar uma terminologia mais da moda e que, como veremos, foi oficial por um tempo. Devido à importância que se reconheceu ao código civil, 1804 representa uma nova era da história jurídica. Com efeito, considera-se que o código estabilizou as conquistas da revolução francesa; para seus contemporâneos foi algo mais que uma mera coleção de leis privadas, pois consideravam que dominava o direito em sua totalidade. (tradução livre)

Nessa construção codificada, os códigos são fruto dos órgãos legislativos, aos quais o poder soberano de cada Estado concede competência para editar, a fim de que sejam constituídos sistemas ordenados em leis escritas. Nesse modelo de construção racional do direito, as normas surgem das leis, não sendo possível seu estabelecimento primário pela doutrina ou a partir de decisões judiciais (*denial of judicial law-making*), como ocorre na tradição jurídica da *common law*.

Essa vedação da criação e da inovação do sistema normativo por decisões judiciais é fruto da tentativa de racionalização absoluta do fenômeno jurídico na tradição da *civil law*. Justamente por esse motivo, o juiz era visto como uma simples boca da lei<sup>135</sup>.

Portanto, também por razões de ordem histórica, o fim do absolutismo na Europa continental materializou a pretensão de substituir o Rei por outro poder soberano, a saber, o Poder Legislativo, formado por representantes do povo<sup>136</sup>.

Na verdade, o Estado Liberal Clássico começou a ser idealizado nesse contexto histórico, qual seja, da passagem de um governo fundado na vontade

---

más a la moda y que como veremos, fue oficial por un tiempo. Debido a la importancia que se ha reconocido al código civil, 1804 representa una nueva era de la historia jurídica. En efecto, se considera que el código estabilizó las conquistas de la revolución francesa; para sus contemporáneos fue algo más que una mera colección de leyes privadas, pues consideraban que dominaba al derecho en su totalidad". BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Parte A. Trad. esp. de Enrique Figueroa Alfonzo. México: Harla, 1997, p. 37.

135 Nas palavras de Montesquieu, "Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. [...] Os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor". MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997, p. 116 e 208.

136 Conforme ensina Carlos S. Fayt, no Estado Absolutista, "[...] os valores vinculados à ordem e à segurança eram considerados mais importantes que a liberdade. A burguesia reclamava estabilidade de proteção para realizar suas atividades. A ordem somente poderia lograr-se mediante a concentração do poder nas mãos do rei ou do parlamento, porém esses poderes deveriam ser, por natureza, ilimitados. Sem autoridade ilimitada o governante estava impedido de impor a paz e assegurar a ordem. Os valores supremos são, assim, a paz, a segurança, a ordem. Os desvalores, por conseguinte, a guerra, a anarquia, a desordem". FAYT, Carlos S. **El absolutismo**. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967, p. 21.

discricionária de um Soberano, cujo poder, geralmente, era baseado numa justificação divina, para um governo da razão, da soberania da vontade geral materializado no Parlamento por meio de normas gerais e abstratas e de direitos fundamentais<sup>137</sup>. Convém recordar que a ideia por traz do modelo de Estado Liberal, idealizado pela classe burguesa, era conceber limites à atuação estatal, já que a ausência de limites do Estado Absolutista foi o que incentivou essa classe, que era economicamente dominante, a reagir e buscar erguer uma barreira às arbitrariedades do Poder, ou, ao menos, amansar uma administração cujos atos eram potencialmente discriminatórios e, desse modo, não se alinhavam à liberdade e à igualdade de oportunidades dos agentes econômicos, essenciais para o desenvolvimento das bases econômicas burguesas<sup>138</sup>. A essa altura dos acontecimentos, o Estado era visto como um adversário, promotor de desigualdades de direitos em favor da nobreza e do clero, classes que, aliás, não pagavam qualquer tipo de tributos<sup>139</sup>, ao mesmo tempo em que tinha total ingerência sobre a autonomia dos cidadãos e da economia. Em síntese, mostra-se indispensável o estabelecimento de um sistema indefectível de garantias a se contrapor à onipotência do Rei<sup>140</sup>.

Justamente por esse motivo, uma das ideias políticas que orientavam a noção de Estado burguês era a limitação do governo (Estado mínimo), já que as instituições políticas de uma sociedade só poderiam ser justificadas se fossem suficientemente permissivas para que todos pudessem ter liberdade e fossem

---

137 NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 44. No mesmo sentido, as lições de Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli: “Contra o tirânico modelo de Estado (Estado Absolutista) eclodiu na França (no final do século XVIII) o Estado Liberal de Direito (de corte burguês), que constitui um novo paradigma de Estado, de Direito e de Justiça (sistema jurídico legalista, do juiz Júpiter)”. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 20.

138 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44-45.

139 STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45. Este foi um dos fatores determinantes para se ter na igualdade um dos pilares da Revolução Francesa, a qual, no entanto, visou apenas estabelecer uma igualdade formal, uma igualdade de direitos, sem preocupar-se com as desigualdades reais entre as pessoas. Nesse sentido, José Maria Rodriguez Paniagua, afirma que “antes da revolução, os franceses eram muito mais desiguais em direito que na realidade, enquanto que com a revolução se suprime a desigualdade em direitos, porém não na realidade”. PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. **Historia del pensamiento jurídico: De heráclito a la revolución francesa**. Vol. I. 8. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1996, p. 304.

140 BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 45.



capazes de direccionar suas vidas<sup>141</sup>. O outro aspecto dessa concepção política burguesa era a ideia dos direitos fundamentais como barreira à interferência estatal (esfera de proteção individual), que também se impunha como limite ao Estado<sup>142</sup>.

Nesse sentido, ao menos em relação ao ideário da Revolução Francesa, tem-se uma tentativa de colocar fim ao modelo de Estado jurisdicional que existia ao tempo do antigo regime<sup>143</sup>. O conceito moderno de Lei representa uma ruptura com a estrutura do Estado Absolutista e estabelece um novo espaço institucional no qual as decisões públicas passam a ocorrerem em um ambiente parlamentar que expressa o conteúdo da vontade geral: “não mais uma única pessoa representaria a personificação do poder, mas um corpo legislativo de representantes de um novo ator político chamado povo (que, no contexto da revolução francesa, serão os burgueses)”<sup>144</sup>.

Conforme António Castanheira Neves<sup>145</sup>,

[...] a particular intenção axiológico-normativa que o direito, identificado à lei, se propunha realizar era justamente uma bem marcada intenção de justiça. A justiça do liberalismo ou da ordem liberal, de início, e a justiça da democracia ou da ordem democrática, depois. A primeira, era aquela que a burguesia triunfante na Revolução de 1789 pretendia realizar mediante leis que garantissem (que preservassem e regulamentassem, mas não afetassem e muito menos restringissem) os ‘direitos naturais’ ou ‘originários’ da liberdade e da propriedade, com todos os seus corolários, éticos, culturais, políticos económicos. A segunda podemos dizê-la aquela que,

---

141 ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a la edición en castellano. *In*: ACKERMAN, Bruce. **La justicia social en el Estado liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 11. No mesmo sentido ensina Franz Neumann que “[...] segundo esta ideologia, o Estado deve funcionar de modo imperceptível e tem que ser realmente negativo. Sem embargo, quem identificasse ‘negação’ com ‘debilidade’ resultaria vítima de uma falácia histórica. O Estado Liberal mostrou sempre a fortaleza que lhe exigiram as situações políticas e sociais e os interesses da sociedade. [...] Foi um Estado forte precisamente naquelas esferas de ação em que devia e quis sê-lo. Este Estado, no qual haviam de governar as leis e os homens [...] se baseia na força e no direito, na soberania e na liberdade” NEUMANN, Franz. **El Estado democrático y el Estado autoritario**: ensayos sobre teoría política y legal. Buenos Aires: Paidós, 1968, p. 30.

142 ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a la edición en castellano. *In*: ACKERMAN, Bruce. **La justicia social en el Estado liberal**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 12.

143 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 471. Conforme Lenio Luiz Streck, “Estado jurisdicional este que estava centrado na figura do monarca que concentrava os poderes do gubernaculum e da jurisdictio. O gubernaculum representava o poder de declarar a guerra e celebrar a paz, enquanto a jurisdictio era a manifestação da vontade do governante na resolução dos conflitos de interesses que aconteciam no interior de seu território”.

144 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 471.

145 CASTANHEIRA NEVES, António. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: J. Abrantes, 1971-1972, p. 70-71.

propondo-se afirmar a emancipação, não apenas da burguesia proprietária, mas de toda a massa do povo, reduz os direitos originários a um único e fundamental direito, o direito de voto (o direito de participar na organização e no exercício do poder político) e vê na lei a decisiva realização da justiça, não porque veja nela o instrumento de garantia de uma pressuposta ordem material (como ainda era próprio da intenção jurídica liberal), que justamente nega, e sim porque a lei na sua mesma forma racional, geral e abstrata, realizaria os princípios da universalidade (generalidade) e uniformidade (igualdade), pelos quais a democracia se dizia coincidir com a razão – pois a justiça democrática em sentido estrito é a justiça forma da universalidade e da igualdade puramente racionais-abstratas. Compreendemos, pois, agora que reconhecer uma rígida separação de poderes (só o legislador pode criar direito, nas suas leis) e postular uma neutra e objetiva obediência à lei (o jurista só teria de conhecer o seu conteúdo prescritivo e aplicá-lo logicamente) era um modo indireto de afirmar que só assim o direito se desempenharia da sua intenção de justiça: a justiça racional da universalidade e igualdade.

E partir da entrega do poder de criação do direito ao Parlamento, os países de *civil law* buscaram criar sistemas jurídicos lógicos e racionais, almejando a mais ampla completude a medida em que tinham a pretensão de prever todas as situações da vida em regras substantivas. É justamente por esse motivo que a *civil law* é apontada como a tradição jurídica que busca a máxima racionalização do direito, acompanhando o processo de expansão da própria racionalidade na era moderna. Evidente, porém, que tal pretensão não torna a *civil law* um sistema normativo perfeito. Ora,

O sistema dos direitos românicos é um sistema relativamente racional e lógico, porque foi ordenado, considerando as regras substantivas do direito, graças à obra das universidades e do legislador. Subsistem nele, sem sombra de dúvida, numerosas contradições e anomalias, devidas à História ou que se explicam por considerações de ordem prática. Os direitos romano-germânicos estão longe de uma ordenação puramente lógica, mas realizou-se um grande esforço neste sentido para simplificar o seu conhecimento<sup>146</sup>.

De uma forma ou de outra, o que merece destaque nesse ponto, é que a Lei é a fonte do direito, por excelência, da tradição jurídica romano-germânica. Nessa lógica, tradicionalmente nos países de *civil law*, a melhor maneira de se chegar a soluções de justiça era por meio da consulta às disposições legais. A Lei materializava a pretensão de justiça e de correção do direito. É importante advertir, de todo modo, que a jurisprudência, entendida como o conjunto de decisões emanadas dos tribunais, também é considerada fonte do direito na tradição romano-

---

146 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 385.

germânica, embora ocupe um papel secundário e subsidiário em relação à Lei escrita. Aliás, nem poderia ser diferente, já que conforme lembra Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] o direito dito pelos magistrados é experiência própria do direito romano, principalmente quando se tem em vista que foi com o trabalho complexo dos juristas romanos, de interpretação das leis e das outras fontes do direito, que permitiu a formulação e elaboração da norma jurídica”<sup>147</sup>.

Não obstante, embora a jurisprudência também possa ser considerada fonte da *civil law*, tradicionalmente, nunca poderia criar o direito ou vincular futuras decisões. A relevância da jurisprudência é como fonte integrativa do sistema, além de representar o poder de interpretação que os juízes dão às Leis escritas à luz dos casos concretos sem, contudo, modificar a Lei. A tarefa de modificação e criação da Lei é do legislador. Mas como aponta John Henry Merryman<sup>148</sup>, tal constatação tem maior viés teórico do que prático: “Do ponto de vista ortodoxo, conseqüentemente, é que nenhum tribunal está obrigado pela decisão de outro tribunal em uma jurisdição de direito civil. [...] Esta é a teoria, porque na prática é diferente”.

Conforme será melhor abordado em momento posterior, o que se observa é que a valorização da jurisprudência nos países voltados para a *civil law* está no fato de que as decisões dos tribunais superiores, para além de criar direito, têm sido aplicadas pelos tribunais e juízes inferiores, especialmente sob o fundamento de uniformização das decisões e economia processual<sup>149</sup>, mas em total desacordo com a própria natureza da *civil law*, o que tem gerado incongruências e fortes desafios.

Por fim, não se pode deixar de destacar o elevado e relevante papel que a doutrina desempenha, enquanto fonte do direito, na tradição jurídica da *civil law*. Aliás, nem poderia ser diferente, tendo em vista que na própria gênese dessa tradição o papel doutrinário foi determinante com os estudos nas universidades e o papel dos glosadores, como já foi apontado. Na realidade, em uma tradição baseada na Lei escrita, é natural que a doutrina acabe ficando responsável pelo

---

147 NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 85.

148 “El punto de vista ortodoxo consuevenamente es que ningún tribunal está obligado por la decisión de otro tribunal en una jurisdicción de derecho civil. [...] Esta es la teoría, pero en la práctica es diferente”. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 85-86.

149 Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 120-189.

estabelecimento daquilo que Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>150</sup> chama de “*standarts jurídicos*”, ou seja, fórmulas interpretativas gerais resultantes de valorações capazes de conferir uniformidade a conceitos vagos ou ambíguos. Por outras palavras, é à doutrina que cabe delimitar conceitos indeterminados presentes na Lei.

### 2.3 Explicitando mais algumas diferenças fundamentais entre *common law* e *civil law*

Apresentados os contornos gerais da *common law* e da *civil law*, resgatando, também, seus antecedentes históricos, é importante explicitar que ambas as tradições originaram-se em contextos em que existia uma prevalência da concretude sobre a abstração. Segundo Caenegem, durante toda a Idade Média inicial e até meados do século XII, era possível reconhecer o Direito Inglês e o Direito Continental Europeu como pertencentes a uma mesma família jurídica, germânica e feudal na substância e no processo<sup>151</sup>.

No mesmo sentido, Mário Losano<sup>152</sup> ensina que

[...] antes de 1000 d.C. sobre o território britânico coexistiam normas de origem germânica (ligadas ainda à dominação dinamarquesa sobre parte oriental da ilha), e normas de direito romano e canônico, introduzidas no momento do cristianismo (664 d.C.) e destinadas a permanecer em vigor até os nossos dias para as matérias matrimoniais e sucessórias. A estes direitos e aos heterogêneos usos locais em vigor nos vários Estados das duas maiores ilhas britânicas se sobrepôs, em 1066, o direito introduzido pela conquista normanda.

Nessa mesma linha, demonstrando uma origem próxima de ambas as tradições, Roscoe Pound<sup>153</sup> leciona que:

[...] os primeiros juízes do *common law* aplicaram materiais germânicos. Ideias procedentes do Direito germânico serviram para construir as bases do sistema jurídico anglo-americano. Tão decididamente o fizeram e tanta vantagem encontrou o Direito na existência de vigorosos tribunais de justiça

---

150 FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 247.

151 CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Trad. Luiz Carlos Borges. Revisão Técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 80.

152 LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici**. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei. Roma-Bari: Laterza, 2000, p. 262

153 POUND, Roscoe. **El espíritu del “common law”**. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954, p. 30-31.

centralizados que administravam o Direito para todo o reino como Direito comum, que na atualidade resulta que nosso Direito é mais germânico que o próprio Direito da Alemanha. A conquista normanda introduziu em nossa linguagem um elemento românico, porém, ao contrário, aportou a nosso Direito muito pouca coisa que fora romano.

Mesmo contemporaneamente há quem faça advertência no sentido de que não sejam exageradas as distinções entre ambas as tradições. Assim também, são as lições de Caslav Pejovic<sup>154</sup>, que adverte:

As diferenças que existem entre *civil law* e *common law* não devem ser exageradas. É também importante notar que diferenças em vários temas existem tanto entre países de *civil law* quanto entre países de *common law*. As diferenças entre sistemas de *civil law* e *common law* são mais nos estilos de argumentação e metodologia do que em conteúdo das normas jurídicas. Usando diferentes meios, tanto *civil law* como *common law* visam ao mesmo objetivo e resultados similares são frequentemente obtidos por diferentes raciocínios. O fato de que *common law* e *civil law*, não obstante o uso de diferentes meios, chegam à mesma ou a similares soluções não é surpreendente, já que o assunto da regulação jurídica e os valores básicos em ambos os sistemas jurídicos são, mais ou menos, os mesmos. (tradução livre)

De outro lado, mesmo a *civil law*, que se consolidou com um modelo legislado e codificado, não possuía o grau de abstração e generalidade que adquiriu a partir da modernidade. Sendo assim, nesse tópico, pretende-se evidenciar alguns aspectos desse movimento que ainda não foram expostos e que se mostraram de grande relevância para o entendimento central desse estudo, conforme restará apontado mais a frente.

Pois bem, na realidade, em um contexto anterior ao domínio do direito pelo Soberano, por conseguinte antes da formação dos Estados nacionais, prevalecia na aplicação prática do direito, tanto da *common law* quanto da *civil law*, a tópica<sup>155</sup> e o

---

154 PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: two different paths leading to the same goal. In: **Victoria University of Wellington Law Review** (VUWLR). Nº. 32, 2001, p. 817-841. Obj. de citação p. 840. No original: "The differences which exist between civil law and common law should not be exaggerated. It is also important to note that differences on many issues exist both among civil law and among common law countries. The differences between civil law and common law systems are more in styles of argumentation and methodology than in the content of legal norms. By using different means, both civil law and common law are aimed at the same goal and similar results are often obtained by different reasoning. The fact that common law and civil law, despite the use of different means arrive at the same or similar solutions is not surprising, as the subject-matter of the legal regulation and the basic values in both legal systems are more or less the same".

155 Nos termos dos ensinamentos de Theodor Viehweg, tópica nada mais é do que a técnica do pensamento problemático, o qual é desenvolvido pela retórica e se distingue do pensamento sistemático da modernidade. Portanto o raciocínio tópico demonstra-se para o jurista como "[...] um pensamento que opera por ajustes concretos para resolver problemas singulares, partindo de diretrizes ou de guias que não são princípios lógicos dos quais se extraem raciocínios dedutivos

procedimento argumentativo. É com a modernidade que se consolidou um afastamento no campo probatório que iria culminar com a integral separação e delimitação dessas duas grandes tradições jurídicas do ocidente, as quais também iniciaram um movimento de distanciamento no modo de conceber seus discursos jurídicos e no modo de utilizarem a tópica<sup>156</sup>.

Conforme demonstra Alessandro Giuliani<sup>157</sup>, a partir do século XIII a *common law* (na época, direito inglês) seguiu o método tópico-argumentativo no âmbito probatório-processual, se dedicando, desse modo, à busca de uma verdade provável; ao passo que a tradição romano-germânica iniciou um percurso de “cientifização” da verdade, partindo na busca de uma verdade real, o que se intensificou com o aflorar da modernidade<sup>158</sup>. Nesse sentido, a *civil law* foi gradativamente perdendo a discursividade em seu modo de ser, ou seja, paulatinamente abandonou uma lógica dialética adotando uma lógica formal, matemática e sistemática. Segundo ensina Nicola Picardi<sup>159</sup>, esse período restou caracterizado por profundas transformações processuais, viveu-se uma grande reviravolta no modo de conceber o fenômeno processual, uma mudança na lógica processual: de uma lógica do provável, dialética e argumentativa; para uma lógica do real, apodítica e demonstrativa<sup>160</sup>.

---

como resolução, mas sim simples *loci communes* de valor relativo e circunscrito, revelados pela experiência”. VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madri: Taurus, 1964 (Reimpressão 1986), p. 15.

156 Como atesta Luiz Guilherme Marinoni “O *civil law* e o *common law* surgiram em circunstâncias políticas e culturais completamente distintas, o que naturalmente levou à formação de tradições jurídicas diferentes, definidas por institutos e conceitos próprios a cada um dos sistemas”. MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 533.

157 GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla lógica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971, p. 186-189.

158 Quanto à cientifização do direito na Modernidade, Ovídio A. Baptista da Silva atesta: “O Iluminismo pretendeu que o direito fosse construído com o mesmo “material” com que se constroem a geometria e a álgebra”. SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420. Obj. de citação p. 404.

159 PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118.

160 “Como se sabe, Aristóteles distingue a ‘apodítica’, ou ciência demonstrativa e verdadeira, da ‘dialética’, ou argumentação discursiva e provável. Nos *secondi analitici* ele apresenta o problema do silogismo ‘apodítico’ ou científico, ou seja, do silogismo que, não somente coliga corretamente as premissas com a conclusão, mas que parta igualmente de premissas verdadeiras para alcançar conclusões verdadeiras. O critério é constituído da verdade objetiva, as conclusões que daí decorrem não são somente lógicas, mas também verdadeiras e, portanto, este é o único silogismo que tem valor do ponto de vista da ciência. Nos *topici* Aristóteles estuda, ao contrário, os silogismos ‘dialéticos’, isto é, aqueles procedimentos lógicos que têm como ponto de partida e chegada opiniões.

Como ensina Hermes Zaneti Júnior<sup>161</sup>:

Sinteticamente, o pensamento da época pode ser resumido pela rejeição da *silogística clássica* (aristotélica – silogismo dialético), que parecia ter passado a ser um jogo de vazios verbalismos, difusão da lógica metodológica cartesiana e imposição dos temas e das características típicas da moderna lógica formal.

Portanto, nos Estados de matriz romano-germânica, o aflorar da racionalidade subjetiva moderna, com a valorização das ciências exatas e de seu raciocínio apodítico (do tipo matemático), afastou a ideia de discussão e participação no processo da *civil law*<sup>162</sup>, adotando-se a sistematização das formas processuais, acusando a retórica de sofística, a qual ainda passou a ser vista como mecanismo do falso silogismo, contrapondo-se à razão moderna vista como modo mais eficaz de resolver os problemas judiciais, notadamente no que diz respeito ao tempo de duração dos processos<sup>163</sup>, marcando tanto a jurisdição do Estado Liberal quanto do Estado Social. Sendo assim, no âmbito do processo e da jurisdição, restou a prevalência de uma racionalidade instrumental, abandonando-se uma concepção discursiva (racionalidade comunicativa)<sup>164</sup>, com todas as consequências que serão apresentadas mais adiante.

---

A dialética é essencialmente a arte do diálogo, da discussão e da persuasão; a verdade que se consegue alcançar é apenas uma verdade 'provável' (que portanto pode ser verdadeira ou falsa). O critério fundamental é constituído, pois, de opinião e de consenso." PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 107.

161 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, pp. 77-78 e 226.

162 Nesse mesmo contexto Dierle José Coelho Nunes atesta a decadência do princípio do contraditório: "Esse é realmente o momento no qual começa a ocorrer a decadência do princípio do contraditório eis que se tende a um abandono do diálogo genuíno e a uma supervalorização da razão, que torna o contraditório uma mecânica contraposição de teses (dizer e contradizer), ou mesmo uma prova força". NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 151-173. Obj. de citação p. 155.

163 Nesse ponto Nicola Picardi chama a atenção para o fato de que as chamadas *lites immortales* (lides imortais), fenômeno que se tornou bastante comum no direito da época ante a um abuso da tradição dialética, teriam contribuído sobremaneira para a adoção dessa nova espécie de raciocínio. PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987, pp. 101-118. Obj. de citação p. 113.

164 Quanto ao ponto conferir: DURÇO, Karol Araújo. **Tensões entre discursividade e eficácia no processo civil**: aplicação da contraposição habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa ao direito. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo em 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=79585](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=79585). Acesso em 01 de julho de 2017.

Já na *common law*, a Lei escrita, editada pelo legislador, nunca foi pensada nesse viés absoluto. Naquela tradição, as normas editadas pelo legislador só serão plenamente assimiladas quando forem retomadas, reafirmadas ou até mesmo alteradas pelos tribunais, sujeitando-se, assim, ao típico modo de elaboração das normas na *common law*, geradas a partir dos casos concretos nas discussões processuais<sup>165</sup>. Nas lições de René David<sup>166</sup>:

A observação é muito importante porque impossibilita, de fato, senão em teoria, uma codificação à maneira francesa na Inglaterra. Constataremos também que, em diversos países da *common law* em que a fórmula de codificação, segundo o exemplo francês, foi adotada (Estados Unidos, Índia), os códigos que foram promulgados não conseguiram tornar-se base do direito, tal como são para nós os códigos napoleônicos.

Sob outro aspecto, não é demais mencionar que a *common law* se desenvolveu a partir de tribunais reais fortemente centralizados, enquanto no continente europeu nada disso era observado. A *civil law* começa a se afirmar numa época em que não existia unidade política na Europa<sup>167</sup>. Nesse período, a própria ideia de que a Europa pudesse ter alguma unidade política parecia quimérica, já que se trata de uma “[...] época em que se torna evidente que os esforços do papado ou do Império não bastarão para reconstruir, num plano político, a unidade do Império Romano”. Vale lembrar que “O sistema de direito romano-germânico foi fundado sobre uma comunidade de cultura” e que “Ele surgiu e continuou a existir, independentemente de qualquer intenção política: este é um ponto que é importante compreender bem e sublinhar”<sup>168</sup>.

Ademais, é bom esclarecer que o direito ensinado nas universidades, embora se utilizando do *Corpus Iuris Civilis*, não está ligado ao passado nem a um território. O direito passou a ser visto como obra da razão, motivo pelo qual está acima das tradições ou contingências locais e passa ser apto a regular novas relações, sendo capaz de fornecer regulamentação aceitável por todos. Em síntese,

---

165 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 411.

166 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 412.

167 FRANCO JÚNIOR, Hilário. **O Feudalismo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 41 e seguintes. No mesmo sentido: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40.

168 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 40-41.



“Os costumes eram o direito de sociedades tradicionais e fechadas; o direito das universidades é o de uma sociedade universal, aberta para o futuro”<sup>169</sup>.

Outro ponto de reflexão envolve interessante constatação feita por Lawrence M. Friedman<sup>170</sup> no sentido de que:

[...] ninguém fora do círculo da dominação inglesa de fato adotou o *Common Law*. Em tempos modernos, alguns países não ocidentais procuraram importar modelos jurídicos do ocidente, os quais (segundo eles pensaram) funcionariam melhor para os impulsionar no mundo contemporâneo do que seus sistemas nativos. Japão e Turquia são exemplos famosos. Em nenhum caso país como tal escolheu o modelo americano ou inglês. Por quê? Uma resposta é que se trata de sistemas codificados. Suas regras básicas assumem a forma de Códigos – megaleis racionalmente estruturadas, as quais estabelecem as regras do ordenamento, os conceitos básicos e doutrinas. Teoricamente, os juízes não têm poder para acrescentar ou subtrair a lei, a qual é inteiramente contida nos Códigos. O *Common Law*, por outro lado, foi essencialmente criado pelos juízes, à medida que decidiam os casos. O *Common Law* cresceu, alterou-se, evoluiu e mudou de prisma, ao longo dos anos, à medida que confrontava litigantes de fato e situações reais. Porém, como resultado, tornou-se difícil se encontrar e identificar “o direito”. O *Common Law* estava, de certo modo, em todos os lugares e em lugar nenhum – uma abstração, espalhada entre milhares de páginas de livros sobre os casos. Não foi, em suma, empacotado para exportação”. (tradução livre)

Ora, tais ensinamentos merecem reflexão. O autor deixou claro que a *common law* não é um “dado”, um sistema que possa ser estabelecido ou copiado do “dia para a noite” como, num primeiro momento, parece ser possível com o sistema codificado típico da *civil law*. Ficou claro que a *common law* está em todos os lugares e em lugar nenhum especificamente, justamente porque reflete o cotidiano dos tribunais com a construção gradativa de entendimentos jurisprudenciais, abalizados pela influência cultural sobre os temas. Nesse sentido, a

---

169 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 54.

170 No original: “Nobody outside the circle of English domination in fact has ever adopted the Common Law. In modern times, a number of non-Western countries have shopped around for a Western legal system, which (they thought) would do a better job of catapulting them into the contemporary world than their indigenous systems. Japan and Turkey are famous examples. In no case did such a country choose the American or English model. In every case, what was chosen was Civil Law, continental European law. Why? One answer is that these are codified systems. Their basic rules take the form of Codes – rationally arranged mega-statutes, which set out the guts of the Law, the essential concepts and doctrines. In theory, the judges have no power to add or subtract from the law, which is entirely contained within the Codes. Their only task is to interpret these rules. The core of the Common Law, on the other hand, was essentially created by judges, as they decided actual cases. The Common Law grew, shifted, evolved, changed prismatically, over the years, as it confronted real litigants, and real situations. But as result, it became hard to find and to indentify ‘the law’. The Common Law was, in a way, everywhere and nowhere – it was an abstraction, scattered among thousands of pages of case reports. It was not, in short, package for export”. FRIEDMAN, Lawrence M. **Law in America: a short history**. New York: A Modern Library, 2002, p. 8.

grande característica da *common law*, como já se afirmou, é sua construção jurisprudencial, além da utilização dessas regras extraídas de julgamentos anteriores a outros casos iguais ou semelhantes, com objetivo de assegurar estabilidade ao sistema, diante da previsibilidade das decisões oriundas do Poder Judiciário.

Como ensina René David<sup>171</sup>:

A *legal rule* inglesa coloca-se ao nível do caso concreto em razão do qual, e para cuja resolução, ela foi emitida. Não se pode colocá-la a um nível superior sem deformar profundamente o direito inglês, fazendo dele um direito doutrinal; os ingleses são bastante avessos a uma tal transformação e apenas adotam, verdadeiramente, em particular as regras formuladas pelo legislador, por menor que seja a interpretação que elas exijam, quando forem efetivamente interpretadas pela jurisprudência; as aplicações jurisprudenciais tomam então o lugar, no sistema de direito inglês, das disposições que o legislador editou.

Em linhas gerais, poder-se-ia apontar como uma das principais diferenças entre ambas as tradições o próprio método usado para se alcançar à regra de direito aplicável ao caso. Na *civil law* prevalece o método dedutivo (geral para o particular), ao passo que, na *common law*, utiliza-se o método indutivo (particular para o geral), para o estudo e solução de casos concretos. Tal aspecto possui grande repercussão no papel do juiz e da jurisdição.

Interessante pontuar que:

A regra de direito inglês é uma regra apta a dar, de forma imediata, a sua solução a um litígio; não a compreendemos verdadeiramente e não podemos apreciar o seu alcance sem conhecer bem todos os elementos do litígio, a propósito do qual ela foi afirmada. A regra de direito continental, mais ligada à teologia moral do que ao processo, é uma regra, enunciada pela doutrina ou enunciada pelo legislador, apta a dirigir a conduta dos cidadãos, numa generalidade de casos, sem relação com um litígio particular. As duas regras, visando pela sua origem uma finalidade diferente, não podem ter o mesmo nível de generalidade; a regra de direito francês é inevitavelmente mais abrangente do que a regra inglesa. A tradução de *legal rule* por *regra de direito* corresponde, nestas condições, a uma aproximação bastante grosseira; deforma nos nossos espíritos a verdadeira concepção da *legal rule* inglesa. [...]

A concepção inglesa de *legal rule*, mais restrita do que a nossa concepção de regra jurídica, encontra a sua explicação histórica no fato de a *common law* se ter formado por obra dos juizes; ela está intimamente ligada à técnica das *distinctions* que, por oposição à da interpretação, continua a ser o método do direito inglês<sup>172</sup>.

---

171 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409.

172 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 409-411.

A título de exemplo dessa diferença, observe-se o sistema norte americano. Em matéria de controle de constitucionalidade, a regra é retirada do caso *Marbury v. Madison* (1803). Em relação à liberdade de expressão, *Brandenburg v. Ohio* (1969); quanto ao tema de separação de poderes, regras fundamentais são encontradas no caso *Morrison v. Olson* (1988); para separação entre Igreja e Estado, *Lee v. Weisman* (1992) e assim por diante. Todos esses foram casos decididos pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a qual, por ato discricionário, define quais os casos serão por ela julgados, levando em consideração a importância deles para a nação estadunidense.

Portanto, ao contrário do que ocorre na *civil law*, na *common law* a doutrina acaba ocupando uma posição secundária, já que a interpretação do ordenamento (*dictum*) encontra-se nos próprios fundamentos da decisão, cuja razão de decidir (*ratio decidendi*) tem força de Lei, ao passo que na *civil law* a doutrina atua direcionando a interpretação da legislação, de acordo com os princípios de direito.

Em tema de diferenças das duas tradições, outro aspecto digno de nota é a distinção entre as teorias unitária e dualista do ordenamento jurídico. Segundo a teoria unitária, sustenta-se que direitos e obrigações poderiam ser criados pelas decisões judiciais, não existindo diferença substancial entre direito material e direito processual. Já para a teoria dualista, existiriam esferas bem definidas, cabendo ao direito material estabelecer, de forma abstrata, as normas gerais, regulando os fatos sociais juridicamente relevantes, de forma que o direito processual serviria para conferir concretude aos mandamentos legais, havendo, assim, perfeita distinção entre direito material e direito processual. Conforme aponta Cândido Rangel Dinamarco<sup>173</sup>, enquanto a teoria dualista é corrente nos países de *civil law*, a teoria unitária embasa o sistema da *common law*<sup>174</sup>.

---

173 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136.

174 Nas palavras do autor: “Trata-se das teorias segundo as quais o escopo do processo seria a *justa composição da lide* ou a *atuação da vontade concreta do direito*. A primeira delas identifica-se com a *teoria unitária* do ordenamento jurídico (CARNELUTTI) e a segunda, *dualista* (CHIOVENDA; LIEBMAN). O ordenamento jurídico seria unitário se processo e direito material se fundissem numa unidade só e a produção de direitos subjetivos, obrigações e concretas relações jurídicas entre sujeitos fosse obra de sentença e não da mera ocorrência de fatos previstos em normas gerais. A corrente *dualista* afirma que no universo do direito de origem romano-germânica (*civil law*) a ordem jurídica divide-se em dois planos muito bem definidos, o substancial e o processual, cada qual com funções distintas. O direito material é composto por normas gerais e abstratas, cada uma delas consistente numa tipificação de fatos (*fattispecie* – por exemplo, causar dano a outrem) e fixação da

Efetivamente, prevalece na *common law* a ideia da teoria unitária em decorrência da característica de criação do direito naquela tradição. Como já se afirmou, o sistema da *common law* pode ser entendido como um sistema jurisprudencial, já que a partir do julgamento de casos concretos são definidas regras que vão integrar o sistema, conferindo-lhe uma feição especial. Nesse sentido, percebendo ser impossível adequar a *common law* à pirâmide kelseniana, Guido Soares<sup>175</sup> confessa:

Inútil buscar uma imagem de figura geométrica, pelo menos na geometria cartesiana, que permita descrever o *common law*; se existe uma figura que se possa aproximar à mesma, seria a de uma colcha de retalhos, que cumpre, à perfeição, sua finalidade, que é dar abrigo à sociedade, e pensar os seus ferimentos, representados em violações da paz social.

Na *civil law*, por outro lado, predomina o caráter dualista do sistema. De toda forma, em virtude do neoconstitucionalismo, essa tradição vem passando por uma transformação, já que os juízes, com a possibilidade de proferirem decisões com base em valores constitucionais, têm, em muitos casos, passado à atividade de verdadeira criação do direito, assemelhando-se sua função aquela típica do legislador. No Brasil, Luis Roberto Barroso chegou a sustentar que está ocorrendo uma “americanização do direito constitucional”<sup>176</sup>. Tratar-se-á, porém, de mais detalhes sobre o sistema brasileiro no tópico seguinte.

---

consequência jurídica desses fatos (v.g., a obrigação de indenizar): sempre que ocorre na vida concreta algum fato que se enquadre no modelo definido naquela previsão legal, automaticamente se desencadeia a *sanctio juris* estabelecida no segundo momento da norma abstrata. Direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas constituem criação *imediata* da concreta ocorrência dos fatos previstos nas normas: a sentença não os cria nem concorre para a sua criação”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 136-137.

175 SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law: introdução ao direito dos EUA**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 54.

176 O autor explica: “As décadas que se seguiram ao fim da 2ª Guerra Mundial foram marcadas pela americanização da vida em múltiplos domínios. Um deles, certamente, foi o direito constitucional. De fato, em países distantes cultural e geograficamente, de um extremo a outro do globo, disseminou-se o modelo que teve seu marco inicial em *Marbury v. Madison* e seu apogeu nos anos da presidência de Earl Warren na Suprema Corte: centralidade da Constituição, controle de constitucionalidade com supremacia judicial e judicialização das grandes controvérsias em torno da realização dos direitos fundamentais. No curso do processo de incorporação desse modelo de constitucionalismo, os países da tradição romano-germânica passaram por transformações extensas e profundas. Dentre elas é possível destacar o fenômeno referido como constitucionalização do direito, no qual se inserem a aplicação direta e imediata da Constituição às relações jurídicas em geral, o controle de constitucionalidade e a leitura do direito infraconstitucional à luz dos princípios e regras constitucionais. No mesmo contexto, juízes, tribunais e, especialmente, os tribunais constitucionais tornaram-se mais atuantes e ativistas, potencializando o desenvolvimento de novas categorias de interpretação constitucional”. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 344-345.

Outra distinção entre as tradições jurídicas em questão, que merece destaque, diz respeito à própria formação do profissional de direito. A cultura jurídica da *common law*, estruturada com base em decisões judiciais, possui um método de ensino a partir da discussão de casos, para a correta aplicação do precedente. Desse modo, os estudantes de direito são ensinados a analisar os casos com o propósito de identificação dos fatos e das questões relevantes que foram utilizados pelos Tribunais na decisão. Além disso, são orientados a sempre indicarem, de forma precisa, os fundamentos apropriados para resolução das questões jurídicas apresentadas<sup>177</sup>.

Isso tudo ocorre pois:

A técnica do direito inglês não é uma técnica de interpretação das regras jurídicas; consiste partindo das *legal rules* já estabelecidas, em descobrir a legal rule, talvez nova, que deverá ser aplicada em espécie; esta tentativa é conduzida levando-se em conta os fatos de cada espécie e considerando com cuidado as razões que existem para distinguir a situação que hoje se apresenta das que foram apresentadas no passado<sup>178</sup>.

Em decorrência dessa formatação do ensino jurídico, existe uma clara participação dos estudantes no processo de aprendizagem nos países da *common law*. Como adverte Charles Cole, os estudantes são atraídos a participar das aulas por meio da elaboração de hipóteses de respostas que devem ser estabelecidas com base no material apresentado, tudo com o objetivo de permitir ao estudante se familiarizar com as ferramentas disponíveis para a prática jurídica<sup>179</sup>.

Em contraposição, o ensino em muitos países filiados a *civil law* apresenta um déficit qualitativo na formação dos juristas, tendo em vista que a metodologia de ensino utilizada nas Faculdades de Direito tem-se mostrado praticamente impermeável às mudanças, evidenciando, portanto, um anacronismo que leva a formação de operadores mecânicos do sistema. Como adverte Ovídio Baptista “Os manuais universitários e a cátedra ignoram os 'fatos'. Cuidam apenas do 'direito', enquanto norma”<sup>180</sup>.

---

177 COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. In: **Revista de processo: Repro.** Vol. 92. Out./dez. de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 83.

178 DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 411.

179 COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. In: **Revista de processo: Repro.** Vol. 92. Out./dez. de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 84.

180 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. In: **Revista de Processo: Repro.** Vol. 158. Abr. de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 9.

Ademais, até mesmo na estruturação do Poder Judiciário observam-se relevantes distinções. Segundo os estudos de Mirjan Damaška<sup>181</sup> sobre formas de estruturação do Poder Judiciário, observa-se a existência de duas formas básicas de estruturação, uma piramidal e hierarquizada e outra paritária.

A primeira pensou numa estrutura judicial aos moldes militares, trazendo a ideia de escalonamento e vários níveis nos quais os superiores controlam e revisam a atividade dos inferiores, tanto sob um viés jurisdicional quanto administrativo. Na segunda, mesmo havendo Tribunais de revisão, não há uma superioridade hierárquica envolvendo subordinação. Ao contrário do que acontece em uma estrutura piramidal, não há, em sistemas paritários, uma reverência funcional aos Tribunais superiores ou mesmo a Instância Superior, especialmente porque a carreira dos juízes não cabe aos Tribunais.

Ocorre que enquanto os países de *civil law* adotam o primeiro formato, os filiados a *common law* possuem essa estruturação judicial paritária, até mesmo porque muitos julgamentos são de competência do júri, no qual a concepção de julgamento remete à íntima convicção de julgadores leigos. Aliás, é justamente pela existência dessa natural tendência de desagregação institucional que a doutrina do *stare decisis*, paulatinamente, passou a ocupar função relevante como instrumento de uniformização e estabilidade daqueles sistemas.

## **2.4 O sistema jurídico brasileiro e suas características**

O direito vigente no Brasil é baseado na Lei escrita, ou seja, é estruturado em um ordenamento jurídico de Leis positivadas e hierarquizadas. Não se pode perder de vista que, no Brasil, existe uma Constituição Federal escrita, Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais, além de inúmeros Códigos, consolidações de Leis e variadas espécies normativas escritas, desde Leis (Complementares e Ordinárias), passando por Medidas Provisórias, até diversos instrumentos normativos infralegais como Decretos, Resoluções, Portarias, Instruções Normativas etc.

Não resta dúvida de que a primeira fonte a que o jurista brasileiro recorre, na busca por solução de um caso concreto ou na resposta a uma indagação jurídica, é

---

181 DAMAŠKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere**: Analisi comparatistica del processo. Società editrice il Mulino: Milano, 2000.

a Lei. É por esta razão que o art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, (Decreto-Lei nº. 4.657/1942) obriga o juiz a se valer de outras fontes do direito, apenas e tão somente *na omissão da Lei*.

Tratando das bases do direito português e, também, do direito brasileiro, José de Oliveira Ascensão<sup>182</sup> deixa clara sua influência do Direito Romano, nos seguintes termos:

Concretamente em relação às ordens jurídicas brasileira e portuguesa, estas não poderão ser conhecidas, em nível científico, sem se conhecer o Direito Romano e o Direito Português anterior. O Direito Romano, porque as bases do nosso Direito nos foram dadas pelo gênio jurídico romano. A nossa maneira de ver o Direito, as evidências précríticas de quem se abeira pela primeira vez desta disciplina, esboroam-se com grande frequência quando entramos em contato com sistemas jurídicos mais distantes. Verificamos então que as soluções só parecem evidentes porque os juristas romanos as souberam moldar, com impressiva clareza, de tal modo que ainda hoje vivemos do seu contributo. O Direito Romano foi Direito vigente em território português; e foi-o não apenas no tempo do domínio romano como em várias épocas posteriores. Ao seu sabor formaram-se os juristas e moldaram-se as soluções. O Direito Romano ficou a ser coluna constitutiva do Direito vigente, e assim elemento essencial para a compreensão de todo o sistema.

Ora, não é demais lembrar que o direito brasileiro é baseado na Lei escrita, cuja criação, modificação e extinção são definidas, formal e materialmente, pela Constituição Federal, sendo atribuída tal competência ao Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, com posterior sanção do Chefe do Poder Executivo.

Porém, com a instituição de alguns institutos no sistema processual brasileiro, a exemplo da súmula vinculante e do efeito vinculante atribuído à jurisprudência dos Tribunais Superiores, e ainda diante de uma provável aproximação entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica<sup>183</sup>, instaurou-se forte controvérsia se

---

182 ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito - Introdução e teoria geral**: uma perspectiva lusobrasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 96-97.

183 Quanto ao ponto é precisa a lição de Leonardo Greco: “Cabe observar desde logo que a crise decorrente da crescente perda de credibilidade ou de confiança da sociedade na sua justiça e nos seus juízes, o que poderíamos também chamar de crise de legitimidade do poder jurisdicional, decorrente da elevação da consciência jurídica da população e do seu grau de exigência em relação ao desempenho do judiciário, está levando a que a doutrina e os ordenamentos jurídicos dos países da *civil law* voltem os olhos para os da *common law*, que, para solucionar problemas não resolvidos através das suas técnicas, vêm também em alguns casos buscar soluções no nosso sistema”. GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 2. Da mesma forma constatou Barbosa Moreira: “Seja como for, é indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil”. Contudo, adiante faz importante advertência: “Será razoável

o sistema jurídico brasileiro, efetivamente, continua filiado ao *civil law*, ou se tornou um sistema misto.

Como é própria da polissemia da cultura brasileira, é inegável que a doutrina e mesmo os operadores do direito em geral, inclusive os julgadores, mencionam e apropriam-se de diversos institutos e preceitos provenientes dos mais variados sistemas jurídicos. É da cultura brasileira valorizar os estrangeirismos e receber bem seus visitantes, até mesmo se esses visitantes são institutos jurídicos. Quanto ao ponto, é interessante a observação de Lenio Luiz Streck no sentido de que:

Já no ambiente jurídico brasileiro, a impressão que se tem é de que todas essas tradições estão presentes no imaginário de forma difusa e, por vezes, acrítica. Falamos o tempo todo de precedentes, formalismo conceitual, “juiz boca da lei” e outras tantas expressões que remetem às mais diversas tradições dessa cultura jurídica européia. Para ficar apenas no âmbito dos códigos, vale lembrar, como José Rinaldo de Lima Lopes, que a comunidade jurídica brasileira que produziu o Código Civil de 1916 esteve sempre sob a influência direta da pandectista alemã, que acabou por gerar um direito privado cujo modelo era/é fortemente germanizado; mas, ao mesmo tempo, passamos a comentar e fazer doutrina com autores franceses e italianos, que pouco ou não têm que ver com o direito civil alemão<sup>184</sup>.

De outro lado, há os que afirmam, como é o caso de Cândido Rangel Dinamarco e Hermes Zaneti Júnior, que o sistema brasileiro encontra-se imerso em um “paradoxo metodológico”, de se ter um direito processual constitucional compromissado com a dialeticidade do processo e a justiça na atuação jurisdicional e um ordenamento infraconstitucional voltado para o cumprimento efetivo, eficaz e célere das decisões. Sustentam que, no Brasil, teria-se uma tradição “híbrida”<sup>185</sup>,

---

vislumbrar nesses fenômenos sintomas de um progressivo deslocamento do processo civil brasileiro para a órbita do *common law*? Parece temerário responder afirmativamente. Por maior importância que revistam, são em regra específicos e limitados os tópicos em que se manifesta a influência norte-americana: pontos isolados de um conjunto vastíssimo, cuja substância não alteram. Aninham-se na ramagem da árvore, sem lhe atingir raízes ou tronco”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Brasileiro entre dois Mundos. In: **Revista da EMERJ**. Vol. 4, nº. 16, 2011, p. 15 e 17.

184 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição Hermenêutica e teorias discursivas. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28-29.

185 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 176. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58-59. Cf.: ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 17. De um lado se tem um processo constitucional guiado pelo ideal de justiça e de prevalência da ação sobre o direito (*the remedies precede rights*), fundado na *common law*; de outro, um processo infraconstitucional direcionado à efetivação dos direitos individuais e centrado no direito privado, fundado na *civil law*. Esta fórmula clássica, de Maitland, traduz muito bem a experiência pragmática norte-americana. DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti**, p. 71. Ademais, no *common law* os juízos mostram-se prevalentemente argumentativos construindo-se o direito pela



levando ao entendimento de que tal paradoxo decorre de uma contraposição lógica de tradições<sup>186</sup> jurídicas que revela-se na adoção do modelo constitucional da *common law* norte-americana, que norteou o estabelecimento da ordem político-constitucional republicana<sup>187</sup>; e a tomada do modelo da *civil law*, romano-germânica, predominante da Europa continental, o qual inspirou o direito privado e, ainda, o público infraconstitucional processual, administrativo e penal<sup>188</sup>.

No mesmo sentido, embora sob premissas um pouco distintas, Fredie Didier Júnior sustenta que o Brasil não se filia nem à tradição jurídica da *civil law*, nem à da *common law*, de modo que se teria uma tradição jurídica própria e peculiar<sup>189</sup>, que denomina, sem ironia ou chiste, de *brazilian law*<sup>190</sup>. Lenio Streck criou, também, um neologismo para se referir ao movimento percebido no direito brasileiro, chamando-o de “commonlização”<sup>191</sup>.

---

jurisprudência (*judge-made law*); já no *civil law*, direito romano-germânico, os juízos manifestam-se acentuadamente demonstrativos, sendo que o estabelecimento do direito fica a cargo do legislador (*code-based legal systems*). ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 51.

186 Tradição é entendida neste ponto como uma comunhão de institutos e práticas jurídicas que permitem identificar sistemas jurídicos diversos. Vejam-se, ainda, os ensinamentos de Merryman: “A tradição legal forma parte da cultura, uma parte muito antiga, profundamente arraigada, firmemente sustentada. As relações existentes entre as idéias legais básicas e as atitudes sociais, econômicas e políticas, igualmente profundas, são muito estreitas e complexas. O direito obtém sentido do resto da cultura, a que por sua vez lhe dá sentido, e é inseparável desta”. MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. Tradução Eduardo L. Suárez. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 17.

187 MOREIRA, José Carlos Barbosa. A importância de modelos jurídicos. In: **Temas de direito processual civil**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 255-266.

188 Cf.: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: **Ensaio e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 403-420. Obj. de ref. p. 409.

189 “O sistema jurídico brasileiro tem uma característica muito peculiar, que não deixa de ser curiosa: temos um direito constitucional de inspiração estadunidense (daí a consagração de uma série de garantias processuais, inclusive, expressamente, do devido processo legal) e um direito infraconstitucional (principalmente o direito privado) inspirado na família romano-germânica. Há controle de constitucionalidade difuso (inspirado *judicial review* estadunidense) e concentrado (modelo austríaco). Há inúmeras codificações legislativas (*civil law*) e, ao mesmo tempo, constrói-se um sistema de valorização dos precedentes judiciais extremamente complexo (súmula vinculante, súmula impeditiva, julgamento modelo para causas repetitivas etc.[...]) de óbvia inspiração no *common law*”. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18. ed. rev. ampl. atu. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 59.

190 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento**. 18. ed. rev. ampl. atu. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 61.

191 A denominação aparece, por exemplo, no seguinte artigo: STRECK, Lenio Luiz. **A juristocracia no novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocraciaprojeto-codigo-processo-civil> Acesso em 23 de novembro de 2017.

Ocorre que, a despeito da tendência da aproximação entre as tradições jurídicas da *common law* e da *civil law*, que já foi observada por Franz Wieacker, ainda na década de 1960<sup>192</sup>, entende-se não existirem fundamentos suficientes para se sustentar que o sistema brasileiro não se filia a *civil law*.

Em primeiro lugar, conforme já foi afirmado no presente estudo, a concepção de família jurídica decorre de uma generalização de características básicas de diversos sistemas jurídicos, evidenciando suas bases e suas tradições. Nesse sentido, a existência de peculiaridades em cada sistema normativo não descaracteriza seu enquadramento em determinada tradição.

Em segundo lugar, o aumento da legislação escrita na *common law* e o aumento da importância da jurisprudência na *civil law* não possuem a força de alterar as características básicas de cada uma dessas famílias. Na *common law*, a referência central do sistema, como se expôs, continua sendo as decisões judiciais e, na *civil law*, a Lei é a base principal do sistema, restando às decisões judiciais caráter complementar. O peso de cada tradição ainda é muito marcante, determinando a forma de estruturação do sistema jurídico, a formação dos juristas, os estudos doutrinários e, também, a aplicação do direito. Ora, no Brasil, mesmo uma súmula vinculante<sup>193</sup> pode ser revogada por Lei posterior e, a depender das circunstâncias de legitimidade dessa revogação, principalmente o apelo popular envolvido, dificilmente ela seria declarada inconstitucional posteriormente.

Além disso, o modelo de aplicação do direito ainda permanece, prevalentemente, distinto em ambas as tradições. Na *common law*, a generalidade dos conflitos são solucionados por um modelo baseado no *case law*, já que a

---

192 “Nas últimas décadas, estão em curso – não apenas na Commonwealth, mas também na Inglaterra e nos Estados Unidos – grandes modificações deste estilo jurídico [a *common law*]. O círculo jurídico anglo-saxônico aproxima-se um pouco – através de uma progressiva tendência, para as codificações parciais (consolidations) ou para as súmulas da jurisprudência em *restatments* oficiosos (USA) e de uma certa limitação do controle judiciário das funções públicas – do estilo racional e abstracto do continente.” WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 573-574.

193 De todo modo, é importante ter em mente a atribuição de efeitos vinculantes às decisões judiciais dos Tribunais Superiores, em especial das Cortes Constitucionais é tendência entre os países da *civil law*. Como afirmam Patrícia Perrone e Luís Roberto Barroso, “[...] constata-se, hoje, uma tendência indiscutível a conferir efeitos vinculantes e gerais às decisões judiciais proferidas pelas cortes constitucionais. Essa tendência pode ser constatada, exemplificativamente, nos efeitos atribuídos aos julgados das cortes constitucionais da Alemanha, da Itália e da Espanha, todas produtoras de precedentes vinculantes [...]”. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedente-cpc-muda-direito> Acesso em 04 de junho de 2017.

solução se encontra a partir da casuística dos tribunais, ao passo que na *civil law*, o método é baseado no *code law*, vez que a solução do caso concreto está nos Códigos, nas instituições jurídicas. Essa metodologia, como já se afirmou, tem forte influência inclusive no ensino jurídico, já que na *common law* se utiliza o *case method*, enquanto na *civil law* prevalece o método dedutivo<sup>194</sup>.

De outro lado, o fato dos juízes brasileiros utilizarem amplamente e, em alguns casos, de forma atécnica, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, não pode ser confundido com a adoção da teoria do *stare decisis* própria da tradição jurídica da *common law*. Aliás, o precedente judicial da *common law* em nada se assemelha à jurisprudência dotada de efeito vinculante<sup>195</sup> ou ao instituto das súmulas vinculantes, conforme precisa lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>196</sup>, verbis:

Com a instituição da súmula vinculante no Brasil, tem sido comum associá-la ao *stare decisis*, como se fosse instrumento análogo ao precedente norte-americano. A súmula vinculante, instituto do *civil law*, distingue-se dos precedents do *common law*, precisamente porque o sistema do *stare decisis* é um dos elementos substanciais aptos a estabelecer diferença entre o *civil law* e o *common law*. No nosso sistema (*civil law*) vigora a primazia da lei, sendo dela que o juiz, fundamentadamente, extrai os princípios necessários para a solução da causa.

É interessante observar que, na *common law*, como o precedente é norma básica do sistema, ele sempre é ponto de partida para a construção da decisão. No Brasil, ao reverso, pretende-se utilizá-lo como ponto de chegada, como solução pronta e acabada em relação a determinado tema<sup>197</sup>. Neil MacCormick e Robert

---

194 ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 32.

195 Para uma análise a respeito da diferença existente entre precedente judicial e jurisprudência dotada de efeito vinculante, confira-se estudo empreendido por: ABOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

196 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 665-666.

197 Álvaro Ricardo de Souza Cruz observa que ainda existem reminiscências de uma ciência do Direito ligada à filosofia da consciência e afirma: “Tal constatação vem não somente do cotidiano de nossos juízes, procuradores, promotores e advogados, mas na multiplicação de textos normativos que se aferram à idéia iluminista de que “uma boa lei” possa resolver nossos problemas. Desse modo, temas como os do requisito da “repercussão geral para o conhecimento de recursos extraordinários” e da “súmula vinculante”, a distinção entre “atos administrativos vinculados e discricionários”, a profusão de mudanças legislativas na tramitação dos recursos no Código de Processo Civil, nada mais são do que reminiscências de uma ciência do Direito ligada à filosofia da consciência”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(em) Debate: o**

Summers<sup>198</sup> também minimizam a adoção de precedentes como fator de aproximação das famílias, ao afirmarem: “precedentes cumprem um papel importante em sistemas civis. A tendência de convergência entre sistemas é um fato destacado do fim do século vinte, embora se mantenham reais diferenças, algumas de grande importância”.

Não se pode esquecer, ainda, que a maior influência doutrinária para o sistema jurídico processual brasileiro foi dos processualistas italianos, em especial Chiovenda, Carnelutti e Liebman. Como bem destaca Jônatas Luiz Moreira de Paula, a Escola Processual italiana, “sem sombra de dúvida, é a escola estrangeira que mais influenciou e ainda influencia a ciência processual brasileira”<sup>199</sup>.

O mesmo pode ser afirmado em relação ao argumento relativo ao sistema de controle de constitucionalidade no Brasil<sup>200</sup>, que por ser inspirado tanto no modelo norte-americano do *judicial review* (controle difuso), quanto no modelo austríaco de Corte Constitucional (controle concentrado), é considerado misto.

Fato é que, apesar das inspirações, ambas as formas de controle possuem previsão expressa na Constituição Federal, já que o art. 97 prevê a possibilidade do controle difuso e o art. 102 define as hipóteses de controle concentrado. Em outras palavras, ambos sistemas coexistem na ordem jurídica brasileira em decorrência de expressa disposição normativa escrita. O fato da origem do controle difuso ser norte americana, vinculada, portanto, a tradição da *common law*, não significa, automaticamente, que o Brasil incorporou instituto próprio daquela tradição jurídica, afastando-se da *civil law*. Aliás, na realidade, o *judicial review* sequer é elemento distintivo da *common law*, já que surgiu em momento muito posterior à formação da tradição jurídica anglo-saxônica.

O papel de destaque desempenhado pela doutrina no direito brasileiro também evidencia essa circunstância. A doutrina, por vezes, revisa conceitos há muito tempo sedimentados, além de introduzir no sistema novos paradigmas de

---

Constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 270.

198 No original: “precedents counts for a great deal in civilian systems. The tendency to convergence between systems of the two types is a salient fact of the later twentieth century, although there remains real differences, some of great importance”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 2.

199 PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002, p. 350.

200 Para um amplo estudo sob a jurisdição constitucional sob o viés democrático conferir: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

interpretação, criação e modificação da Lei. É bom lembrar que nas próprias decisões dos Tribunais Superiores são corriqueiras as citações doutrinárias, em especial os longos votos proferidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, construídos com base na Lei e inúmeras referências e citações doutrinárias, ainda que colacionando o teor de outras decisões judiciais.

Por fim, talvez a maior prova de que o Brasil possui um sistema vinculado a *civil law* é a própria adoção de jurisprudência vinculante, que foi introduzida no sistema brasileiro, num primeiro momento, pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, com a criação da súmula vinculante, e, mais recentemente, com a edição do Código de Processo Civil de 2015. Ora, a introdução desses institutos se deu por Lei escrita, não foi uma alteração de mentalidade ou forma de se conceber o direito.

Não se quer sustentar, porém, que não exista influência da *common law* sobre o direito brasileiro contemporâneo. Como ensina Michele Taruffo<sup>201</sup>, tem-se identificado uma “interferência horizontal” entre os sistemas, o que o autor italiano define como uma “imitação de um sistema ou modelo por parte de outros sistemas, ainda que derivados de experiências históricas e linhas evolutivas muito heterogêneas”. Em relação ao direito italiano, afirma Renato Rodorf<sup>202</sup> que “é, todavia, impossível não reconhecer também no nosso sistema uma função criativa da jurisprudência” (tradução livre). Ora, não há dúvidas de que essa constatação em relação ao direito italiano pode ser facilmente aplicada ao direito brasileiro.

Em síntese, não restam dúvidas de que vem ocorrendo um intercâmbio entre as tradições jurídicas, o que não se pode pensar é que adoção ou adaptação de institutos jurídicos de uma tradição por sistemas que pertencem a outra tradição impliquem uma filiação a essa tradição ou a adoção de um sistema misto, em especial quando se constata que os institutos, quando importados, sofrem irremediáveis alterações, não havendo uma transposição de cultura.

Dessa forma, todas estas circunstâncias demonstram que o Brasil é país de *civil law*.

---

201 TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: Ensaios. Trad. bras. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 28.

202 No original: “È tuttavia impossibile non riconoscere anche nel nostro sistema una funzione creative della giurisprudenza”. RODORF, Renato Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano. In: **Il Foro Italiano**. Vol. 131, Fascicolo 9. Parte 5, pp: 279-290, 2006, p. 279. Disponível em: <http://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11091872> Acesso em 20 de outubro de 2017.

### 3 OS PRECEDENTES NA *COMMON LAW*, NA *CIVIL LAW* E NO SISTEMA BRASILEIRO

Para os objetivos traçados por esse estudo, que envolve uma análise da atuação dos julgadores à luz da racionalidade comunicativa, dos modelos de Estado e das tradições jurídicas, desponta de grande relevância a importância que as decisões jurisprudenciais possuem nos diversos sistemas jurídicos e, em especial, no sistema brasileiro.

Desse modo, tendo sido expostos os contornos gerais das duas principais tradições jurídicas do Ocidente, *common law* e *civil law*, convém realizar uma investigação a respeito do papel dos precedentes judiciais nessas tradições.

#### 3.1 Os precedentes na *common law*

Conforme já exposto anteriormente, a *common law* tem forte marco inicial na Inglaterra do Século XI. Somente após sua ocupação pelo exército de *Norman*, o que ficou conhecido como a conquista normanda do território inglês, e o estabelecimento de um Conselho real, é que as primeiras Cortes reais instauram-se na Inglaterra. Até aquele momento, a Justiça no território inglês, que não possuía nenhuma administração geral<sup>203</sup>, era exercida, principalmente, pelas Cortes locais (*local courts*), dentre as quais algumas eram vinculadas as próprias comunidades locais (*communal courts*); outras eram conhecidas como Cortes de franquia (*franchise courts*); e outras, ainda, eram Cortes privadas (*private courts*). Em complementação a esse sistema, existia o Conselho do rei, denominado *Witenagemot* ou simplesmente *Witan*<sup>204</sup>, que sendo composto por grandes nobres e

---

203 HAZARD, Geoffrey Jr.; LEUBSDORF, John; Bassett, Debra Lyn. **Civil procedure**. Estados Unidos: Thompson Reuters/Foundation Press, 2011, p. 12.

204 O Witan, que também era chamado Witenagemot, era o conselho dos reis anglo-saxões da Inglaterra. O seu dever essencial era o de aconselhar o rei sobre todos os assuntos em relação aos quais, o rei solicitava a opinião do conselho. O conselho de Witan, geralmente, atestava as doações de terras para igrejas ou leigos, consentia com a edição de novas leis ou com a emissão de novas declarações de antigo costume e também ajudava o rei a lidar com os rebeldes e com as pessoas suspeitas de desafeto. Sua composição, horários e dias da reunião eram determinados livremente pelo rei. Formado pela presença dos maiores nobres e bispos, a Witan não tinha o sentido de uma assembleia popular. Observa-se que o conselho da comunidade (*commune council*) dos reis anglo-normandos tinham diferença no modelo de formação, pois eram integrados por vereadores baroniais (*baronial councilors*) que estavam ligados ao rei por laços feudais. (tradução livre) Witan, also called Witenagemot, the council of the Anglo-Saxon kings in and of England; its essential duty was to advise the king on all matters on which he chose to ask its opinion. It attested his grants of land to churches

bispos, tinha sua atuação restrita a litígios envolvendo a elite inglesa, além de deliberar sobre diversos outros assuntos.

É importante pontuar, porém, que o domínio normando não substituiu, de imediato, esse sistema. Estrategicamente, o Rei normando foi gradualmente alterando as instituições existentes com o objetivo de constituir outro sistema de uma forma que parecesse natural.

O Rei nomeou juízes seus conselheiros mais próximos e esses iniciaram verdadeira jornada pelo território inglês analisando a administração local da justiça e, eventualmente, decidindo litígios em nome do Rei, até que passaram a exercer essa função de julgar como atividade principal. Nesse sentido, esses juízes do Conselho, gradualmente, passaram a ser considerados diferentes de outros juízes locais, na medida em que exerciam a jurisdição em nome do Rei. Portanto, tais juízes reais decidiam quando viajavam para o interior da Inglaterra, assim como ocorria nas cortes reais que estavam centralizadas em Westminster. De uma forma ou de outra, os tribunais locais permaneceram resolvendo a maioria dos conflitos, sendo os casos mais importantes reservados para os tribunais do Rei, já que esses tribunais locais eram controlados pelos nobres locais<sup>205</sup>.

Ocorre que essas incursões pelo interior não foram despropositadas. Tal experiência fez com que os juízes reais adquirissem um profundo conhecimento do direito consuetudinário das várias regiões do território inglês. A partir desse conhecimento foi possível arquitetar, então, um direito único como forma de decidir litígios de interesse nacional, sempre levando em conta, porém, os próprios costumes por eles apreendidos. É esse direito, nos termos do que já se afirmou, que restou conhecido como *common law*, vez que remete a ideia de uma lei comum (direito comum) para toda a Inglaterra. Com o desenvolvimento desse sistema, baseado nas cortes reais e na aplicação de um direito comum a toda a Inglaterra,

---

or laymen, consented to his issue of new laws or new statements of ancient custom, and helped him deal with rebels and persons suspected of disaffection. Its composition and time of meeting were determined by the king's pleasure. Usually attended by the greater nobles and bishops, the witan was in no sense a popular assembly. In its composition and duties it closely resembled its successor, the commune concilium of the Anglo-Norman kings, the fundamental difference being that, in the latter body, baronial councillors were bound to the king by feudal ties. (Encyclopedia Britannica. Disponível em [www.britannica.com/EBchecked/topic/646018/witan](http://www.britannica.com/EBchecked/topic/646018/witan) Acesso em 04 de janeiro de 2018).

205 BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006, p. 42.

parte considerável do direito local acabou sendo alterado ou superado<sup>206</sup>.

É, nesse contexto, como destaca William Burnham<sup>207</sup>, que surge o embrião da concepção do *stare decisis* (deixe a decisão permanecer ou mantenha-se as razões de casos já decididos)<sup>208</sup>, tendo em vista que os juízes reais objetivavam manter a consistência de suas decisões. Nessa mesma linha foi adotado o entendimento de que um sistema de direito baseado em precedentes seria de difícil implementação sem alguns registros escritos de decisões anteriores. Não obstante, por ser pequeno o número de juízes no período inicial, além das cortes estarem sediadas apenas em Westminster, restou possível manter certa consistência no sistema de precedentes. Ademais, os advogados também tiveram papel importante nesse momento, pois contribuíram rememorando os juízes de casos idênticos anteriores. Gradualmente, esse precário sistema inicial de precedentes foi se aperfeiçoando para, posteriormente, se tornar um sistema mais sofisticado e organizado, contendo relatórios confiáveis e detalhados sobre as decisões dos juízes<sup>209</sup>.

De toda forma, na tradição jurídica da *common law*, sinais concretos da adoção de um sistema vinculante de respeito aos precedentes ocorreu apenas no

---

206 BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006, p. 42-43.

207 BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006, p. 42-43.

208 A expressão *stare decisis* é uma expressão em latim, que significa "deixe a decisão permanecer ou para permanecer com as coisas decididas, ou mantenha-se as razões decididas de casos passados" (let the decision stand - to stand by things decided - keep to the rationes decidend of past cases), que no direito anglo-americano significa o princípio segundo o qual uma questão que já foi apreciada e decidida por corte (court) deve gerar a mesma resposta todas as vezes que o mesmo problema é trazido perante os tribunais. Há quem afirme que esse princípio é aplicado com mais rigor na Inglaterra do que nos Estados Unidos. Não obstante o fato no sentido de que uma decisão judicial possa ter aplicação geral, as cortes, na prática, muitas vezes concluem que uma decisão anterior não se aplica a um caso particular, mesmo que os fatos e as questões pareçam ser muito semelhantes e assim as cortes fazem com a técnica da distinção entre os casos (distinguishing cases). Por outro lado, a aplicação estrita do *stare decisis* pode levar à rigidez e à minúcias jurídicas inadequadas, enquanto a demasiada flexibilidade poderá resultar em incerteza quanto ao direito. (tradução livre) *Stare decisis*, (Latin: "let the decision stand"), in Anglo-American law, principle that a question once considered by a court and answered must elicit the same response each time the same issue is brought before the courts. The principle is observed more strictly in England than in the United States. Since no court decision can have universal application, the courts, in practice, must often decide that a previous decision does not apply to a particular case even though the facts and issues appear to be closely similar. A strict application of *stare decisis* may lead to rigidity and to legal hairsplitting, whereas too much flexibility may result in uncertainty as to the law. (Encyclopedia Britannica. Disponível em: [www.britannica.com/EBchecked/topic/563604/stare-decisis](http://www.britannica.com/EBchecked/topic/563604/stare-decisis) Acesso em 04 de janeiro de 2018). Também: GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. Estados Unidos: Thomson West, 1990, p. 293.

209 BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006, p. 43.



século XVIII<sup>210</sup>. O *stare decisis*, com todos os seus contornos atuais, só se torna definitivamente rígido nos séculos XIX e XX, conforme já foi mencionado anteriormente.

Na mesma linha, sustenta Rupert Cross<sup>211</sup> que:

Ainda em 1869 um juiz de primeira instância parece que tinha condições de proferir um julgamento no qual ele fizesse não mais do que dizer que uma decisão da Corte de Apelações da Chancelaria era claramente equivocada e que ele deveria, assim, recusar-se a segui-la.

Apesar da forma clara em que era estatuída por Lorde Campbell em *Beamish v. Beamish*, a regra crucial de que a Câmara dos Lordes está absolutamente vinculada pelas decisões anteriores não foi completamente fixada até o fim do século XIX. Ainda em 1852, Lorde St. Leonards usou as seguintes palavras quando se dirigiu à Câmara dos Lordes:

Vocês não estão vinculados por nenhuma regra de direito que vocês podem fixar, se sobre uma ocasião posterior vocês puderem encontrar razão para estabelecer uma distinção daquela regra; isto é, que esta Câmara, como qualquer tribunal, possui um poder inerente de corrigir um erro em que tenha incorrido. (tradução livre)

O que deve ficar claro, portanto, é que a doutrina do *stare decisis* “[...] não se confunde com a *common law*. Esta surgiu muito antes daquela. São, pois, independentes”<sup>212</sup>, sendo certo que “o *common law* não precisa da doutrina dos precedentes para funcionar”<sup>213</sup>.

Mas qual, então, é o objetivo central da doutrina do *stare decisis* (ou, em sua fórmula completa, “*stare decisis et non qujeta movere*”)? Seu objetivo primordial é a existência de uma jurisprudência íntegra. Como muito bem adverte Humberto Dalla, “fundamentando-se nos princípios da isonomia, respeito à coisa julgada,

---

210 DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 35.

211 CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 18: No original: “As late as 1869 a judge of first instance seems to have had no compunction in delivering a judgment in which he did no more than say that a decision of the Court of Appeal in Chancery was clearly mistaken and that he must therefore decline to follow it. In spite of the clear manner in which it was stated by Lord Campbell in *Beamish v. Beamish*, the crucial rule that the House of Lords is absolutely bound by its past decisions was not completely settled until the end of the nineteenth century. As late as 1852 Lord St. Leonards had used the following words when addressing the House of Lords: You are not bound by any rule of law which you may lay down, if upon a subsequent occasion you should find reason to differ from that rule; that is, that this House, like every court of justice, possesses an inherent power to correct an error into which it may have fallen”.

212 MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In **Novas Tendências do Processo Civil** – Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Ed. Juspodvm, 2013, p. 677-700.

213 DUXBURY, **The Nature and Authority of Precedent**, p. 34. No original: “the common law does not need the doctrine of precedent in order to function”.

economicidade e previsibilidade das decisões judiciais”<sup>214</sup>. A técnica de vinculação aos precedentes (*stare decisis*) é adotada nos sistemas jurídicos que se filiam à tradição jurídica da *common law* com o objetivo de se obter estabilidade e previsibilidade<sup>215</sup>, ainda que “não seja possível estabelecer com precisão matemática qualquer regra em relação à autoridade dos precedentes”<sup>216</sup>.

Para tanto, é fundamental que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões, além de ser necessário existir uma intenção em se criar decisões das quais se poderá extrair um precedente (no sentido de *orientação*, e não de “uma decisão judicial” qualquer) a fim de que possa ser seguido pelo próprio Tribunal ou pelos demais Tribunais do País (ou *stare decisis* vertical e horizontal)<sup>217</sup>.

Como ensinam Charles Cole e Adrian Jenkala<sup>218</sup>:

A regra legal usada por uma Corte de apelação dentro dos limites de jurisdição nos quais o caso foi decidido, aplicada aos fatos relevantes que criaram a questão a ser decidida pela Corte. *Stare decisis* é o instituto que demanda que as Cortes subordinadas à Corte de apelação que estabeleceu o precedente sigam-no e não “perturbe o ponto estabelecido”. (tradução livre)

Portanto, simplificadamente, pode-se conceituar precedentes como sendo as orientações judiciais originárias já proferidas em relação a certo assunto e que podem ser utilizadas para a solução de outros casos que digam respeito sobre o

---

214 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 229.

215 Interessante a lição que Frederick Schauer que leciona: “o valor da previsibilidade é realmente uma questão de balancear o ganho esperado com [a] perda esperada. Perguntamos quão importante é a previsibilidade para aqueles afetados pelas decisões, e depois perguntamos se esse grau de previsibilidade vale o preço da frequência de resultados abaixo do ideal multiplicado pelo custo desses resultados. Entretanto, não existe uma melhor resposta para essa pergunta, pois a resposta irá variar de acordo com o tipo de decisão que se espera que o julgador faça. SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. bras. de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes**. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015, p.79

216 No original: “it is not possible to lay down with mathematical precision any rule in regard to the authority of precedents”. CHAMBERLAIN, Daniel Henry. **The Doctrine of Stare Decisis: its reasons and its extent**. New York: Baker, Voorhis & Co. Publishers, 1885, p. 6.

217 MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 974, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 129 – 154,dez. 2016. Obj de ref. p. 131/132.

218 No original: “The legal rule used by an appellate court in the forum in which the case has been decided, applied to the relevant facts which create the issue before the court for decision. Stare decisis is the policy which requires that the courts subordinate to the appellate court establishing the precedent follow that precedent and not “disturb a settled point” COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law: England and the United States**. Lake Mary: Vandellas Publishing, 2008, p. 14.

mesmo tema ou assunto semelhante. Nesse sentido, decisões que venham a ser usadas como parâmetro para outros casos semelhantes tornam-se precedentes judiciais.

Nas lições de Toni Fine, a doutrina do *stare decisis* “[...] estipula que, uma vez que um Tribunal tenha decidido uma questão legal, os casos subsequentes que apresentem fatos semelhantes devem ser decididos de maneira consentânea com a decisão anterior”<sup>219</sup>. E essa “[...] regra de direito, uma vez proferida por um tribunal, normalmente deve ser seguida até que tal regra tenha que, ou deva ser, modificada. A regra do *stare decisis* é, pois, a política das Cortes de manter o precedente e não interferir, nos casos que se sucedem, em questões já decididas em casos anteriores”<sup>220</sup>.

Retomando a questão da vinculação ao precedente na Inglaterra, é interessante constatar que tal vinculação foi estabelecida, basicamente, por meio de dois precedentes<sup>221</sup>. É bom frisar, desse modo, que a adoção do *stare decisis* surgiu da própria jurisprudência. Neil Duxbury<sup>222</sup> muito bem colocou que “a razão pela qual as jurisdições raramente criam regras formais determinando o *stare decisis* é que o interesse próprio e racional diz aos juízes que há sabedoria em respeitar precedentes de seus colegas” (tradução livre). Também por isso, Richard Fallon Junior<sup>223</sup> sustenta que o princípio do *stare decisis* compõe a “supreme Law of the Land”.

De todo modo, é bom lembrar que nos países da *common law* a doutrina destaca que os precedentes podem ser *binding authority precedents* ou *persuasive authority precedents*. Os primeiros, como a própria tradução da expressão *binding authority* (autoridade vinculativa) revela, devem ser seguidos obrigatoriamente pelos magistrados na solução dos casos posteriores. Os precedentes de autoridade persuasiva, por sua vez, servem como meros conselhos ou orientações, motivo pelo

---

219 FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 782. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 90.

220 FINE, Toni M. O uso do precedentes e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano, p. 90.

221 CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961, p. 106.

222 DUXBURY, **The Nature and Authority of Precedent**, p. 156. No original: “The reason jurisdictions rarely create formal rules mandating *stare decisis* that rational self-interest tells judges that there is wisdom in respecting the precedents of their colleagues”.

223 FALLON JR., Richard H. *Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology*. In: **New York University Law Review**. Vol. 76. 2001, p. 577.

qual são desprovidos de qualquer força vinculante<sup>224</sup>.

Os precedentes vinculantes (*binding authority precedents*), porém, restaram adotados no sistema inglês após o julgamento do caso *Beamish v. Beamish*, no qual foi sustentada a vinculação, que veio a se firmar, definitivamente, em *London Street Tramways v. London County Council*.

No primeiro, julgado pela *House of Lords* em 1.861, qual seja, *Beamish v. Beamish*, foi decidido que um casamento, para ter validade segundo o direito inglês, deveria ser realizado perante um clérigo ordenado. Sustentou, ainda, que o fato do noivo ser ele próprio um clérigo, não validaria o ato, vez que seria necessária a celebração por clérigo diferente dos noivos.

O que é mais relevante, contudo, foi que neste julgamento, a *House of Lords* sustentou, expressamente, que “a autoridade de *The Queen v. Mill* é presumida como vinculante”<sup>225</sup>. (tradução livre)

Da referida decisão, ainda se extrai a seguinte fundamentação:

Mas é meu dever dizer que Suas Excelências estão vinculados por essa decisão tanto quanto se tivesse sido pronunciada nemine dissentiente, e que a regra de direito que Suas Excelências fixam como base de seu julgamento, fixada judicialmente, como última e Suprema Corte recursal para este Império, deve ser tomada como direito até alterada por um Ato do Parlamento, aceita pelos Comuns e pela Coroa, assim como por Suas Excelências. O direito se põe como sua *ratio decidendi*, sendo claramente vinculante para todos os tribunais inferiores, e para todo o resto dos súditos da Rainha [e], se não fosse considerado como igualmente vinculante para Suas Excelências, esta Casa estaria arrogando para si mesma o direito de alterar a lei e legislar por sua própria e autônoma autoridade<sup>226</sup>. (tradução livre)

---

224 Esclarece Roland Sèroussi: “Os binding precedents, cuja autoridade é total, implicam: o respeito de um tribunal às suas próprias decisões; o respeito às decisões das jurisdições superiores pelos tribunais inferiores da mesma alçada; o respeito pelos juízos do Estado, em matéria de direito federal, às decisões judiciais que emanam das jurisdições federais. Os persuasive precedents só têm autoridade reduzida, secundária, situando-se mais no plano da moral: um tribunal pode não seguir uma decisão tomada por um juízo que lhe é inferior; um tribunal de um Estado tem o direito de não seguir a decisão tomada por um tribunal de categoria equivalente que pertence a um outro Estado”. SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001, p. 110.

225 No original: “The authority of *The Queen v. Mill* [is] assumed to be binding”.

226 No original: “But it is my duty to say that your Lordships are bound by this decision as much as if it had been pronounced nemine dissentiente, and that the rule of law which your Lordships lay down as the ground of your judgment, sitting judicially, as the last and Supreme Court of Appeal for this empire, must be taken for law till altered by an Act of Parliament, agreed to by the Commons and the Crown, as well as by your Lordships. The law laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen’s subjects [and], if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority”. A decisão completa pode ser acessada na internet em <http://www.uniset.ca/other/th/11ER735.html> Acesso em 05 de outubro de 2017.

No segundo caso, julgado em 1.898, *London Street Tramways v. London County Council*, a House of Lords sustentou que “uma decisão desta Casa sobre uma questão de direito é conclusiva, e que nada, salvo um Ato do Parlamento, pode tornar certo o que alegadamente está errado em um julgamento desta Casa”<sup>227</sup> (tradução livre).

Consta, também, na referida decisão, a seguinte fundamentação, que vale a transcrição:

[...] uma decisão desta Casa, uma vez dada sobre uma questão de direito, é conclusiva posteriormente sobre esta Casa, sendo impossível suscitar essa questão novamente como se ela fosse *res integra* e pudesse ser rediscutida, e então ser pedido a Casa que revisse sua própria decisão. Este é um princípio que foi, acredito, sem qualquer real decisão em contrário, estabelecido até agora por alguns séculos, e eu então sou de opinião que, neste caso, não é da nossa competência ouvir novamente e do Conselho rediscutir a questão que foi recentemente decidida<sup>228</sup>. (tradução livre)

Nas lições de Neil Duxbury<sup>229</sup>, foi a partir de *London Street Tramways v. London County Council* que a House of Lords adotou, rigidamente, a vinculação aos seus próprios precedentes.

É importante pontuar que, dessa decisão, proferida em 1.898, até 1.966, a vinculação ao precedente foi adotada no sistema inglês de forma absoluta, ou seja, não era admitida sequer a possibilidade de sua superação ou alteração, independente de se considerar o precedente equivocado ou não.

Na realidade, tal vinculação absoluta foi superada com a edição do House of Lords’ Practice Statement, que estabeleceu o seguinte:

A Casa deu uma orientação sobre como trataria uma proposta de afastar-se de uma prévia decisão sua. Este caminho seria possível, mas a direção não era um “abre-te sésamo” para um comitê diferentemente constituído preferir seus pontos de vista aos do comitê que a estabeleceu por decisão unânime ou majoritária. Isto seria uma licença não apropriada para a produção de decisões finais por uma Corte Suprema. ‘Suas Excelências consideram o uso do precedente como uma base indispensável sobre a qual decidir o que

---

227 No original: “a decision of this House upon a question of law is conclusive, and that nothing but an Act of Parliament can set right that which is alleged to be wrong in a judgment of this House”.

228 No original: “[...] a decision of this House once given upon a point of law is conclusive upon this House afterwards, and that it is impossible to raise that question again as if it was *res integra* and could be reargued, and so the House be asked to reverse its own decision. That is a principle which has been, I believe, without any real decision to the contrary, established now for some centuries, and I am therefore of opinion that in this case it is not competent for us to rehear and for counsel to reargue a question which has been recently decided”. A decisão completa pode ser acessada na Internet, em <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1898/1.html> Acesso em 05 de outubro de 2017.

229 DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, p. 42.

é o direito e sua aplicação a casos individuais. Isso fornece pelo menos algum grau de certeza sobre em que indivíduos podem basear a conduta em seus negócios, assim como uma base para o desenvolvimento ordenado de normas jurídicas. Suas Excelências, não obstante isso, reconhecem que uma aderência muito rígida ao precedente pode levar à injustiça em um caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento apropriado do direito. Eles propõem, portanto, modificar sua presente prática e, enquanto tratando de prévias decisões desta Casa como normalmente vinculantes, afastar-se de uma prévia decisão quando parecer correto fazê-lo. Nesta conexão eles terão em mente o perigo de perturbar retroativamente a base sobre a qual contratos, acordos ou propriedades e ajustes fiscais tenha sido estabelecidos e também a especial exigência de certeza no direito penal. Este aviso não pretende afetar o uso de precedentes em qualquer outro lugar que não esta Casa<sup>230</sup>.

Esse ato, por conseguinte, representou a abertura de uma nova fase para a *common law*, já que a partir do mesmo, a *House of Lords* (atualmente *United Kingdom Supreme Court*) passou a admitir a superação (*overruling*) de seus próprios precedentes.

É bom ressaltar, porém, que a doutrina do *stare decisis* não se aplica do mesmo modo em todos os sistemas jurídicos que adotam a *common law*. Benjamin N. Cardozo<sup>231</sup> adverte, por exemplo, que “a regra da aderência ao precedente é aplicada com menos rigidez nos Estados Unidos da América que na Inglaterra”.

Nos Estados Unidos da América, a superação (*overruling*) dos precedentes sempre foi admitida, lembrando que o *stare decisis* foi adotado desde antes da revolução americana<sup>232</sup>.

---

230 No original: “The House gave guidance how it would treat an invitation to depart from a previous decision of the House. Such a course was possible, but the direction was not an ‘open sesame’ for a differently constituted committee to prefer their views to those of the committee which determined the decision unanimously or by a majority. That would be a licence not appropriate to final decisionmaking by a supreme court. “Their lordships regard the use of precedent as an indispensable foundation upon which to decide what is the law and its application to individual cases. It provides at least some degree of certainty upon which individuals can rely in the conduct of their affairs, as well as a basis for orderly development of legal rules. Their lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore to modify their present practice and, while treating former decisions of this House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so. In this connexion they will bear in mind the danger of disturbing retrospectively the basis on which contracts, settlements of property and fiscal arrangements have been entered into and also the especial need for certainty as to the criminal law. This announcement is not intended to affect the use of precedent elsewhere than in this House.” O ato está disponível em <http://swarb.co.uk/practice-statement-judicial-precedent-hl-1966/> Acesso em 05 de outubro de 2017.

231 CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1991, p. 158. No original: “the rule of adherence to precedent is applied with less rigidity in the United States than in England”.

232 Nesse sentido, as lições de Robert Summers: “[...] foi parte da experiência legal Americana desde antes do tempo da Revolução americana, no fim do século dezoito” No original: “[...] has been a part of the American legal experience since before the time of the American Revolution in the late eighteenth century”. SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In:

Como ensinam Saul Brenner e Harold J. Spaeth<sup>233</sup>, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América sempre adotou o entendimento de que os juízes:

[...] têm um dever *prima facie* de adaptar-se aos precedentes da Corte, mas essa obrigação pode ser ultrapassada se oferecerem uma razão convincente para fazê-lo. O que constitui uma razão 'convincente' neste contexto é incerto; uma [razão] certamente existiria se pudesse ser mostrado que a lei do caso prévio não está mais em vigor, ou jamais esteve. (tradução livre)

Aliás, na realidade, não se fala apenas em superação, mas também em distinção<sup>234</sup> e adequação. Nesse sentido, tratando da doutrina norte-americana, são precisas as lições de Humberto Dalla:

[...] a primeira é chamada de *distinguishing*, que é a atividade de diferenciar o caso concreto que está sob julgamento do precedente que se pretende invocar. A segunda figura é denominada *overruling* e ocorre na hipótese em que o precedente existe e seu fundamento é, em tese, aplicável ao caso concreto, mas o juiz o rejeita por ser obsoleto, absolutamente injusto, ou ainda inexecutável do ponto de vista prático. A terceira figura é o *overstatement*, segundo a qual o precedente é aplicado, porém numa nova perspectiva, com o objetivo de se tornar mais efetivo<sup>235</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a Corte Superior de cada Estado e as Cortes Federais de apelação têm a capacidade de gerarem *binding precedents* dentro dos respectivos limites de sua jurisdição, ou seja, dentro dos limites territoriais do respectivo Estado ou dentro dos limites da "Região" Federal (*Federal Circuits*, na nomenclatura do sistema norte-americano). Já a Suprema Corte, que tem jurisdição nacional, tem capacidade de produzir *binding precedents* para todas as Cortes do país.

É interessante recordar, ainda, que para gerar precedentes as decisões têm

---

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.). **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 355.

233 BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisis**: The alteration of precedent on The Supreme Court, 1946 – 1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, reimpressão de 2006, p. 1. No original: "[...] have a prima facie duty to conform to the precedents of the Court, but that obligation can be overridden if they offer a cogent reason for so doing. What constitutes a 'cogent' reason in this context is uncertain; one certainly would exist if it could be shown that the law in the prior case is no longer workable or never was".

234 Gustavo Santana é preciso em explicar a técnica do *distinguishing* a descrevendo como técnica "consistente em não se aplicar o precedente quando o caso a ser decidido apresenta uma peculiaridade, que autoriza o afastamento da *rule* e que a decisão seja tomada independentemente daquela". NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere**: A vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 199.

235 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 230.

de ser tomadas pela maioria dos membros da Corte, levando em consideração, inclusive, as razões fundamentais da decisão. Apenas para ilustrar, no Brasil, por exemplo, considera-se uma decisão tomada pela maioria dos membros do tribunal se houver simples coincidência quanto ao dispositivo. Em outras palavras, se a maioria dos julgadores chegarem ao mesmo resultado para o julgamento (dispositivo) a decisão poderá formar um precedente, independentemente se divergiram, ou não, quanto à fundamentação. Nos Estados Unidos da América e também na Inglaterra, a coincidência deve se dar, inclusive, em relação às razões fundamentais da decisão. Justamente por esse motivo os votos proferidos nesses sistemas costuma ser divididos em várias partes (parte I, II, III etc.) para permitir a outro julgador concordar com os fundamentos presentes em uma das partes, ainda que discorde das razões expostas nas demais, mesmo chegando, ao final, a mesma conclusão (dispositivo).

É bom salientar, de todo modo, que na *common law* ocorre uma distinção entre fundamentação relevante e fundamentação periférica. As razões fundamentais, ou motivos determinantes, são aquelas extraídas a partir dos fatos relevantes existentes no processo, sendo aptas à formação do princípio ou regra de direito a ser obrigatoriamente aplicado a casos idênticos (*directly on point cases*) ou análogos (*analogous cases*). Tais razões formam, no sistema norte-americano, a denominada *holding* ou a chamada *ratio decidendi*, no direito inglês. As demais razões utilizadas pelos julgadores, consideradas periféricas ou secundárias, não são aptas à formação dos precedentes e são chamadas de *dicta* ou *obiter dictum*<sup>236</sup>.

Como ensinam Lenio Streck e Georges Abboud<sup>237</sup>, *ratio decidendi* “é a regra jurídica utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso”, enquanto o *obiter dictum* “corresponde ao enunciado, interpretação jurídica, ou uma argumentação ou

---

236 Nesse sentido, escreve Charles Cole: “O juiz ou advogado desejoso de obter o precedente correto deve conhecer os fatos relevantes que a Corte usou para a decisão e o princípio de lei aplicado aos fatos relevantes. O precedente de um caso é, assim, simplesmente o princípio ou regra de lei aplicado aos fatos relevantes para a decisão em cotejo com a questão ou questões jurídicas apresentadas à Corte para decisão. Todas as outras declarações que não são necessárias para a decisão no caso são consideradas dicta”. (tradução livre) No original: “The law-maker (the legislative branch of government) may change the basic law relating to the precedent, the passage of time and evolving culture may render the precedent obsolete, or the majority of the Court may change its judicial philosophy in such a manner to overrule prior precedent and establish new precedent” COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law: England and the United States**. Lake Mary: Vandellas Publishing, 2008, p. 20.

237 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46-47



fragmento de argumentação jurídica, expressamente contidos na decisão judicial, cujo conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda”.

Claro que podem surgir, também, casos absolutamente novos, inéditos. Esses são denominados casos de primeira impressão (*cases of first impression*). Em tais casos, o juiz fica livre para formar sua convicção interpretando as leis emanadas do Legislativo e utilizando de outros precedentes, adotados de forma apenas persuasiva, cujas questões decididas possam ser aproveitadas, de alguma forma, para o julgamento do caso inédito. De qualquer modo, é válido frisar que o precedente “não está lapidado em rocha”<sup>238</sup>, podendo, como já se afirmou, ser alterado ou superado pela mudança de leis ou pela modificação de entendimento da própria Corte ou de Corte superior<sup>239</sup>.

Importa ressaltar, contudo, que como regra geral os magistrados que exercem jurisdição inferior não têm autoridade para declarar superado (*overruled*) um precedente estabelecido por jurisdição superior. Entretanto, em situações excepcionais, eram possíveis decisões que deixavam de aplicar determinado precedente, por entenderem que ele estava claramente obsoleto em face da nova realidade social. Evidentemente, conforme adverte Charles Cole<sup>240</sup>, era possível recorrer e submeter à Corte superior a apreciação da matéria, podendo ela revogar o precedente ou reformar a decisão judicial, preservando-o.

O que é preciso deixar claro, porém, é que nos Estados que se filiam à tradição jurídica da *common law* existe forte preocupação com a estabilidade do direito, que, em um sistema jurisprudencial, só pode ser obtida pela observância dos precedentes, ainda que se admita a possibilidade de alguma flexibilidade, com o consequente afastamento do precedente, sempre que tal atitude for apta a ensejar

---

238 COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law**: England and the United States. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 24.

239 Mais um vez Charles Cole destaca: “Quem faz as leis (o órgão legislativo do governo) pode alterar a lei básica relacionada ao precedente, a passagem do tempo e evolução cultural pode deixar o precedente obsoleto, ou a maioria da Corte pode alterar sua filosofia de tal forma a ‘revogar’ o precedente anterior e estabelecer um novo” (Tradução livre). No original: “The law-maker (the legislative branch of government) may change the basic law relating to the precedent, the passage of time and evolving culture may render the precedent obsolete, or the majority of the Court may change its judicial philosophy in such a manner to overrule prior precedent and establish new precedent” COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law**: England and the United States. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 24.

240 COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law**: England and the United States. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008, p. 22.

melhores resultados. Nas palavras de Neil Duxbury<sup>241</sup>

Certamente, seguir precedentes com a finalidade de gerar estabilidade doutrinária ou o encerramento do debate legal dificilmente será louvável onde flexibilidade e abertura são as qualidades que servem melhor aos litigantes. O ponto, no entanto, não é que seguir precedentes é algo que se apoia porque estabilidade e fechamento sejam objetivos intrinsecamente bons, mas porque se os juízes consideram esses objetivos desejáveis, então seguir precedentes é um modo pelo qual eles o perseguem. (tradução livre)

Segundo as lições do mesmo autor, não se pode esquecer, entretanto, que “o Direito é mais do que apenas o precedente” de forma que quando uma decisão não aplica ou supera o precedente isso ocorre em busca do fortalecimento e não do enfraquecimento do sistema normativo<sup>242</sup>.

De todo modo, é possível afirmar que existe, na *common law*, essa flexibilidade interpretativa, de forma que, mesmo o caráter vinculante dos precedentes, não é pensado como instrumento de engessamento do direito<sup>243</sup>, ao menos contemporaneamente. De fato, uma vinculação engessada ao precedente poderia conduzir a decisões absolutamente injustas no caso concreto<sup>244</sup>.

Existe uma tendência, também na *common law*, de afastar grilhões autoimpostos<sup>245</sup>, sendo certo que essa tendência é decorrente da percepção

---

241 No original: “Of course, following precedents in order to generate doctrinal stability or legal closure will hardly be laudable where flexibility and openness are the qualities that serve litigants best. The point, however, is not that precedent-following is supportable because stability and closure are intrinsically good objectives, but that if judges consider these objectives desirable then precedent-following is one way by which they can pursue them”. DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 159.

242 No original: “Law is more than just precedent”. DUXBURY, **The nature and authority of precedent**, p. 157.

243 Como sustenta Daniel Farber, o sistema de precedentes “[...] é estruturado o suficiente para promover estabilidade e coerência, mas flexível o suficiente para permitir imprevisto e desenvolvimento”. Tradução livre, no original: “[...] is structured enough to provide stability and coherence, but flexible enough to allow improvisation and growth. FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. *In: Minnesota Law Review*. Vol. 90, 2005, pág. 1.183-1.184. Disponível em: [http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Farber\\_Final.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Farber_Final.pdf) Acesso em 17 de janeiro de 2018.

244 ALDRIDGE, Peter. Precedent in the Court of Appeal: another view. *In: The Modern Law Review*. Vol. 47, mar. 1984, p. 199. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/mlr.1984.47.issue-2/issuetoc> Acesso em 20 de novembro de 2017.

245 ALDRIDGE, Peter. Precedent in the Court of Appeal: another view. *In: The Modern Law Review*. Vol. 47, mar. 1984, p. 200. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/mlr.1984.47.issue-2/issuetoc> Acesso em 20 de novembro de 2017. No original: “the Court of Appeal should free itself from its self-imposed fetters”.

contemporânea de que o sistema jurídico não pode ser rígido ao ponto de se tornar um obstáculo à evolução normativa<sup>246</sup>.

### 3.2 Os precedentes na *civil law*

Conforme se tornou claro pelo exposto anteriormente, não se pode confundir a *common law* com a doutrina do *stare decisis*, embora os precedentes tenham, sem dúvida, um papel de proeminência naquela tradição.

Por outro lado, os precedentes não deixam de ser conhecidos ou mesmo usuais em outras tradições, não sendo exceção os países vinculados à tradição da *civil law*.

Em um estudo sobre os precedentes no direito italiano, Mario Bin leciona que “todos os advogados e juízes italianos trabalham, sobretudo, usando (e citando) a jurisprudência, mais do que a lei”<sup>247</sup>.

Não obstante, no sistema italiano, em geral, os precedentes não são vistos como verdadeira “fonte do Direito”<sup>248</sup>, motivo pelo qual não são vinculantes. Quanto ao ponto, são precisas as lições de Pasquale Femia e Pietro Perlingieri<sup>249</sup>:

---

246 Como sustentam Alexandre Bahia e Diogo Silva “[a] questão preocupante quanto à sistematização dos precedentes fica por conta das antigas discussões de se utilizar súmulas, jurisprudência ou acórdãos de forma descontextualizada e acrítica buscando o fechamento da argumentação jurídica iniciada com a questão concretamente deduzida em juízo que o Novo CPC mantém”. BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. In: **Direito, Estado e Sociedade**. n. 46, 2015, pág. 57-58.

247 BIN, Mario. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995, p. 61.

248 “It is an established opinion that case law is not a source of law in Italy. This is a more or less acceptable view: there are two decisive constitutional provisions which, respectively, subject judges only to the law (Article 101, paragraph 2 Constitution) and legitimise the distinction between courts only on the basis of the functions that they exercise, without any hierarchical link being established between them (Article 107, paragraph 3 Constitution). A confirmation of the fact that case law does not play the formal role of source of law can be found in Article 1 of the Preliminary provisions to the civil code, which, when listing the sources of law, does not mention courts’ decisions”. BACCAGLINI, Laura; DI PAOLO, Gabriella; CORTESE, Fulvio. The value of judicial precedent in the Italian legal system. In: **Civil Procedure Review**. Vol. 7, n. 1, 2016, p. 4. Disponível em: [http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=504%3Athe-value-of-judicial-precedent-in-the-italian-legal-system-laura-baccaglini-gabriella-di-paolo-and-fulvio-cortese&catid=88%3Apdf-revista-n1-2016&Itemid=111&lang=pt](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=504%3Athe-value-of-judicial-precedent-in-the-italian-legal-system-laura-baccaglini-gabriella-di-paolo-and-fulvio-cortese&catid=88%3Apdf-revista-n1-2016&Itemid=111&lang=pt) Acesso em 11 de janeiro de 2018.

249 No original: “Il principio di legalità [esige] che il giudice sia sottoposto soltanto alla ‘legge’ (101 cost.) – nel senso di ‘norma giuridica’ – e la sentenza del giudice non è legge. Da qui la critica alle tendenze che accentuano il particolare ruolo delle decisioni giurisprudenziali. L’insieme delle decisioni costituirebbe il diritto vivente, sociologicamente individuabile; le regole, i principi, invece, costituirebbero tutt’al più una semplice linea di tendenza. Il giudice sarebbe vincolato al diritto vivente, non gli sarebbe consentito deviare dall’interpretazione e applicazione che del diritto vigente facciano gli altri giudici; in genere, dovrebbe attenersi alla prassi. Si tratta di una soluzione inaccettabile.

O princípio da legalidade [exige] que o juiz seja submetido apenas à 'lei' (101 Constituição) – no sentido de norma jurídica – e a sentença do juiz não é lei. Daí as críticas às tendências que acentuam o particular papel das decisões jurisprudenciais. O conjunto de decisões constitui o direito vivo, sociologicamente individualizável; as regras, os princípios, ao invés, constituem no máximo uma simples linha de tendência. O juiz seria vinculado ao direito vivo, não lhe seria consentido desviar da interpretação e aplicação que do direito vigente fazem os outros juízes; em geral, deveria seguir à praxe. Trata-se de uma solução inaceitável.

Embora seja fundamental o papel da jurisprudência, a sentença do juiz não é fonte do direito. O juiz, na controvérsia que deve decidir, não é obrigado a seguir a mesma interpretação que haja sido dada precedentemente por outro juiz em uma situação fática análoga àquela presente (o assim chamado precedente vinculante). É impossível atribuir ao precedente judicial um determinado grau na hierarquia das fontes. Na realidade, a eficácia normativa do precedente reside na eficácia normativa das regras e princípios (representada pelas fontes do direito) interpretados e aplicados pela jurisprudência. A força do precedente não está na decisão, mas na sua justificação (individualização e aplicação das normas jurídicas). Conta a *ratio decidendi*, isto é, o princípio que representa a ideia sobre a qual se funda a sentença; ideia, no entanto, sempre ligada à situação fática concreta, às suas peculiaridades que, frequentemente, são irrepetíveis. (tradução livre)

Na mesma linha de entendimento, Piero Schlesinger e Andrea Torrente<sup>250</sup>, tratando das fontes das normas jurídicas na Itália, elencam as seguintes: a) A Constituição e as leis de hierarquia constitucional; b) as leis do Estado italiano e as leis regionais; c) os regulamentos; d) as fontes comunitárias; e) o costume. Observem que não há qualquer menção aos precedentes.

Apesar do entendimento de que os precedentes não são propriamente fontes do direito seja muito comum entre a doutrina italiana, não se pode negar que tenha ocorrido um aumento no emprego de precedentes, que vêm sendo utilizados, amplamente, pelas decisões judiciais<sup>251</sup>, embora não substituam a referência à Lei.

---

Pur essendo fondamentale il ruolo della giurisprudenza, la sentenza del giudice non è fonte Del diritto. Il giudice, nella controversia che deve decidere, non è obbligato a seguire la medesima interpretazione che abbia di essa dato in precedenza un altro giudice in una fattispecie analoga a quella presente (c.d. precedente vincolante). È impossibile assegnare il precedente giurisprudenziale ad un determinato grado nella gerarchia delle fonti. In realtà l'efficacia normativa del precedente risiede nell'efficacia normativa delle regole e dei principi (posti dalle fonti del diritto) interpretati Ed applicati dalla giurisprudenza. La forza del precedente è non nella decisione, ma nella sua giustificazione (individuazione e applicazione delle norme giuridiche). Conta la *ratio decidendi*, cioè il principio che rappresenta l'idea sulla quale si fonda la sentenza; idea peraltro sempre legata Allá fattispecie concreta, alle sua peculiarità che, spesso, hanno dell'irripetibile". PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. In PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 38-39.

250 TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2009, p. 26-37.

251 TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 152.

Os precedentes, em verdade, são sempre utilizados pela interpretação que conferem as normas jurídicas escritas. Quanto a esse importante papel, ensinam Michele Taruffo e Massimo La Torre<sup>252</sup>, que

[...] nenhum juiz, e nem mesmo a Câmara Isolada da Corte, está formalmente obrigada a obedecer ao julgamento proferido pelas Seções Unidas da Corte de Cassação ou pela Reunião Plenária do Conselho de Estado. Todavia, seus julgamentos são usualmente considerados como especialmente impositivos e eles são normalmente empregados como precedentes. (tradução livre)

Em todo caso, no sistema italiano, os precedentes não são vinculantes, mas apenas persuasivos<sup>253</sup>. A única decisão judicial vinculante naquele sistema é a declaração de inconstitucionalidade de uma lei pela Corte Constitucional<sup>254</sup>.

É importante pontuar, contudo, que quando um Tribunal italiano afasta-se de um precedente já consolidado, sujeita-se a duras críticas, havendo consenso de que a superação de precedentes deve ser feita de forma justificada e fundamentada. Por outro lado, quando é uma corte inferior que deixa de seguir precedente estabelecido por Tribunal Superior, o que acontece, em regra, é a reforma da decisão, salvo se o próprio Tribunal perceber a necessidade de superação do precedente<sup>255</sup>. Pode-se dizer, em suma, que existe verdadeiro *overruling* informal. É bom registrar, de todo modo, que não existe, formalmente, nenhuma trava ou procedimento específico para que os juízes italianos se afastem da jurisprudência consolidada anteriormente,

---

252 No original: “[...] o judge, and not even the single chamber of the court, is formally obliged to comply with the judgment delivered by the Sezioni Unite of the Corte di Cassazione or by the Adunanza Plenaria of the Consiglio di Stato in these situations. However, their judgments are usually considered as especially authoritative and they are normally used as precedents”. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) *Interpreting Precedents*. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 146.

253 TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*, p. 154.

254 “Tal julgamento não é um precedente em sentido próprio: antes, ele tem o mesmo efeito que a ab-rogação, uma vez que depois dele a norma legal envolvida já não se considera existir no sistema jurídico. Esta é a razão pela qual o julgamento não pode ser superado e deve ser aplicado em todos os casos. Mas isto não é ‘força do precedente’ em sentido próprio. Considere-se, além disso, que quando a Corte Constitucional reputa que uma lei não está em conflito com uma provisão constitucional, tal julgamento não tem efeito específico. Ele pode ser superado pela mesma Corte, e não é formalmente vinculante, mas um precedente de facto”. (tradução livre) No original: “[s]uch a judgment is not a precedent in the proper sense: rather, it has the same effect as na abrogation, since after it the statutory rule involved is no longer deemed to ‘exist’ in the legal system. This is the reason why the judgment cannot be overruled and must be applied in every case. But this is not ‘force of precedent’ in the proper sense. Consider, moreover, that when the Constitutional Court finds that a statutory rule is not in conflict with a constitutional provision, such a judgment has no special effect. It may be overruled by the same court, and it is not formally binding, but it is a de facto precedent”. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*, p. 155.

255 TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. *Precedent in Italy*, p. 155.

desde que fundamentem adequadamente a nova decisão. Por outras palavras, no sistema jurídico italiano, não foi definida nenhuma regulamentação legislativa sobre a utilização dos precedentes, nem para estabelecê-los como obrigatórios, nem para proibir sua existência<sup>256</sup>.

Nas palavras de Michele Taruffo e Massimo La Torre<sup>257</sup>:

A corte suprema não segue seus próprios precedentes, exceto quando parece que repetir a mesma solução para o mesmo tema jurídico é justo e correto, ou mesmo confortável. A Corte não se sente vinculada para seguir, ou mesmo para levar em séria consideração seus próprios precedentes. Conflitos na jurisprudência da Corte são extremamente frequentes; conflitos entre diferentes turmas da mesma Corte são frequentes; mesmo conflitos entre diferentes turmas julgadoras da mesma câmara existem. [Acontece] às vezes que um precedente estabelecido pelas *Sezioni Unite* não é seguido pelas turmas ordinárias da Corte. (tradução livre)

Conforme evidenciam os autores, na Itália, é grande a variação jurisprudencial, de forma de que os precedentes não podem ser associados a segurança jurídica e a estabilidade do sistema, como acontece na *common law*.

Assim como ocorre na Itália, na França, não se adotam precedentes vinculantes<sup>258</sup>. Na realidade, chega a ser sustentado justamente o contrário, sendo “[...] proibido seguir um precedente só porque é um precedente”<sup>259</sup>. No sistema francês, o termo precedente, pensado como decisão judicial anteriormente adotada em caso idêntico ou similar, é utilizado em dois sentidos, um fraco e um forte. Em sentido fraco diz respeito à decisão tomada em caso similar por qualquer Tribunal, mesmo inferior, podendo servir de base à decisão posterior como forma de garantir a igualdade perante a lei (*principle of equality before the law*); já em sentido forte, refere-se ao termo precedente enquanto decisão adotada por Tribunal Superior, que embora não vinculante, constitui-se verdadeiro argumento de autoridade que é

---

256 TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. **Precedent in Italy**, p. 157.

257 No original: “The supreme court does not follow its own precedents, except when it seems that repeating the same solution of the same legal issue is just and correct, or even comfortable. The court does not feel bound to follow, or even to take into due account its own precedents. Conflicts in the case law of the court are extremely frequent; conflicts among different chambers of the court are frequent; even conflicts among different panels of the same chamber exist. [It happens] sometimes that a precedent set by the *Sezioni Unite* is not followed by the ordinary chamber of the court”. TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. **Precedent in Italy**, p. 163.

258 Nesse sentido conferir: STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 26.

259 No original: “it is forbidden to follow a precedent only because it is a precedent”. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 115.

seguido na generalidade dos casos decididos pelos órgãos inferiores<sup>260</sup>.

Da mesma forma, na França, existe resistência em se considerar a jurisprudência como fonte do direito. Sustenta-se

[...] que isso seria contrário ao princípio da separação dos poderes, à proibição feita ao juiz de pronunciar por meio de disposição geral e regulamentar sobre as causas que lhe são submetidas (art. 5 do Cód. Civ.) e à autoridade relativa da coisa julgada<sup>261</sup>.

Na verdade, na França, os juízes não podem interferir na função legislativa, são proibidos de estabelecerem normas visando à regulação de casos futuros<sup>262</sup>. Do mesmo modo, não devem utilizar dos precedentes como fundamentos únicos de suas decisões ou, por outras palavras, “não devem basear suas decisões neles”<sup>263</sup>.

Existe, naquele sistema, forte preocupação com o uso do precedentes. Afirmam Michel Troper e Christophe Grzegorzczk<sup>264</sup> que:

O uso de precedentes é algumas vezes criticado. Alguns estudiosos franceses temem que essa tendência para imitar os exemplos de jurisdições mais elevadas possa, mesmo que exagerada, ser perigosa, se for levada a um simples mecanismo de solução em cada caso mais ou menos parecido. O perigo não se deve apenas ao fato de que os Tribunais inferiores tendem a imitar os Tribunais superiores, mas também aos hábitos de trabalho do próprio Tribunal de Cassação.

Pontua-se, entretanto, que embora não considerado fonte formal do direito, na França, os precedentes não são despedidos de importância. Na realidade, naquele país, os precedentes judiciais são vistos como instrumento de interpretação legítimo das Leis. Nesse sentido, afirmam Michel Troper e Christophe Grzegorzczk que “pode

---

260 TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 111.

261 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. bras. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 82.

262 STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21

263 TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France, p. 112. Tradução livre do original: “must not base their decisions on them”.

264 No original: “The use of precedents is some times criticized. Some French scholars fear that this tendency to imitate the examples of higher jurisdictions could even, if exaggerated, be dangerous, if it leads to the simple mechanical of the solution in every more or less similar case. The danger is due not only to the fact that lower courts tend to mimic the higher courts, but also to the working habits of the Court of Cassation itself”. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France, p. 116.

ser dito que a única fonte é a lei escrita, como interpretada pela Corte”<sup>265</sup>.

Esse entendimento também decorre da própria hierarquia existente entre os órgãos jurisdicionais, que faz com que os “[...] precedentes possam ter uma autoridade determinante e impor-se, de fato, às jurisdições inferiores”<sup>266</sup>. Na mesma linha de entendimento, Michel Troper e Christophe Grzegorzczuk<sup>267</sup> sustentam que:

Se o Conselho Constitucional decidiu que uma lei deve ser interpretada de uma certa maneira, de modo a ser compatível com a Constituição, outros tribunais devem, realmente, interpretar a lei da maneira prescrita. Mas ao fazê-lo, não seguem qualquer precedente, porque não lidam com outra lei da mesma classe ou seguem métodos interpretativos estabelecidos pelo Conselho Constitucional. O que fazem é simplesmente aplicar a decisão judicial na precisa situação descrita pelo Conselho.

É interessante observar das lições desses últimos autores que existe no sistema Francês certa correlação entre o precedente e a autoridade da coisa julgada, no sentido de que quando Tribunal inferior segue o entendimento do Conselho Constitucional isso ocorreria em respeito a autoridade da coisa julgada. Apesar disso, impossível negar que se trata, ao menos nesse caso, de decisão anterior vinculante, sendo, nem que seja para fins de resultado prático, situação geradora de efeitos idênticos aqueles gerados por típico precedente, aos moldes da doutrina do *stare decisis*<sup>268</sup>.

---

265 No original: “the only source is the statute, as interpreted by the court”. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*, p. 113.

266 BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**, p. 82.

267 No original: “If the Conseil Constitutionnel has decided that a statute must be interpreted in a certain way, in order to be constitutional, other courts must indeed interpret the statute in the way prescribed. But, in doing so, they do not follow any precedent because they do not deal with another statute of the same class or follow interpretative methods established by the Conseil Constitutionnel. What they do is merely apply a judicial decision in the precise situation described by the Council”. TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. *Precedent in France*, p. 117.

268 Nesse sentido é o entendimento de MARTÍNEZ, Juan Antonio Hurtado. La Evolución del Sistema Francés como Modelo de Control de Constitucionalidad de las Leyes. In: **Revista de Derecho UNED**. n. 10, 2012, p. 721. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez37/public/collection/bibliuned:RDUNED-2012-10> Acesso em 13 de janeiro de 2018. “Actualmente ya no existe duda en que el Conseil Constitutionnel es el guardián de la Constitución en Francia. Su función principal es la de pronunciar cual es el derecho, al final de un proceso jurisdiccional, mediante una decisión motivada y revestida de la fuerza de cosa juzgada (l'autorité absolue de chose jugée) según el art. 62 de la C.F.; las decisiones no son recurribles y vinculan a todos los poderes públicos, y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales. La pre-visión recogida en el art. 63 de la C.F., sobre la existencia de uneprocédure juridictionnelle se desarrolló y pormenorizó en la ordenanza de 7 de noviembre de 1958”. Em sentido contrário é o entendimento de BONNET, Julien. Les Contrôles a priori et a posteriori. In: **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, jan./mar. de 2013, nº 40, p. 110. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-40/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-40.137425.html> Acesso em 13 de janeiro de 2018. Para esse autor, estaria-se diante de simples poder de revogar uma lei. Portanto, há quem sustente que não se pode considerar a existência de uma eficácia vinculante da



Especificamente em relação à constitucionalidade das Leis, é bom recordar, de todo modo, que após reforma constitucional de 2008, foi estabelecido na França um instrumento de controle repressivo de constitucionalidade das Leis, cuja competência é atribuída ao chamado Conselho Constitucional. Essa apreciação ocorre por meio da denominada Questão Prioritária de Constitucionalidade (*Question Prioritaire de Constitutionnalité*). As decisões do Conselho, proferidas por este instrumento “são oponíveis aos Poderes Públicos e a todas as autoridades administrativas e judiciais”<sup>269</sup>, conforme determinação do art. 62 da Constituição da República Francesa.

Em interessante síntese, Eva Steiner<sup>270</sup> aponta então cinco características centrais do sistema francês de precedentes:

1. Os precedentes não precisam ser observados em casos subsequentes similares;
2. Não há vinculação aos precedentes aos seus próprios precedentes nem mesmo por parte dos Tribunais mais elevados (Corte de Cassação e Conseil d'Etat);
3. No mesmo sentido, os órgãos jurisdicionais inferiores não estão vinculados aos precedentes dos órgãos superiores;
4. A utilização de decisões anteriores ou a referência expressa aos seus próprios precedentes por um Tribunal, não são autorizadas como base única de fundamentação para se proferir novo julgamento;
5. Não é fundamento para recurso a simples referência à inobservância de precedente por parte da decisão recorrida.

Tratadas das principais características dos precedentes nos sistemas italiano e francês é importante, ainda, uma abordagem da concepção de precedentes na Alemanha, em especial porque os sistemas desses três países formam o eixo central da *civil law* e representam sistemas que influenciam fortemente o ordenamento jurídico brasileiro.

Na Alemanha, as decisões jurisdicionais também são vistas como principal

---

decisão do Conselho. O que haveria é a simples retirada, com efeitos ex nunc, do ato normativo inconstitucional do sistema jurídico, de modo que não poderá ele posteriormente ser invocado por juiz ou tribunal, já que não se pode admitir a aplicação de norma inconstitucional e já retirada do ordenamento jurídico.

269 No original: “[...] elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles”.

270 STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France, p. 27

instrumento de interpretação da legislação<sup>271</sup>. Ganham, porém, um papel mais relevante caso não exista dispositivo de Lei expresso sobre algum tema. Conquanto, como a generalidade dos temas jurídicos são regulados por Lei, os “precedentes interpretativos” (*interpretative precedents*) acabem exercendo um papel mais importante do que os precedentes que substituem a Lei (*precedents substituting statutory law*)<sup>272</sup>.

Como ensinam Robert Alexy e Ralf Dreier<sup>273</sup>

Um precedente tem a força que tem porque ele é uma interpretação de uma certa lei e esta lei é usada na interpretação dada pelo precedente. Neste sentido, precedentes na Alemanha derivam sua força da força da lei que interpretam. Formalmente, é a lei que vincula; substancialmente, o precedente.

De qualquer forma, embora a menção a precedentes seja muito comum em decisões judiciais posteriores<sup>274</sup>, na maior parte dos casos as decisões anteriormente proferidas são utilizadas apenas como referência e sem uma discussão detalhada<sup>275</sup>.

Citações de precedentes em todas as jurisdições são largamente autorreferentes, isto é, na maioria dos casos as cortes citam suas próprias decisões anteriores. Entre as citações de outras Cortes, decisões da Corte Constitucional Federal prevalecem<sup>276</sup>.

Por outro lado, é importante destacar que, na Alemanha, não existem regras

---

271 Fala-se em “[...] statutory law needs interpretation”. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997, p. 24.

272 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 24.

273 No original: “A precedent has the power it has because it is an interpretation of a certain statute and this statute is used in the interpretation given by the precedent. In this sense precedents in Germany derive their power from the power of the formal source of law they interpret. Formally, it is the statute which binds; substantially, the precedent”. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 33. No original: “A precedent has the power it has because it is an interpretation of a certain statute and this statute is used in the interpretation given by the precedent. In this sense precedents in Germany derive their power from the power of the formal source of law they interpret. Formally, it is the statute which binds; substantially, the precedent”.

274 Robert Alexy e Ralf Dreier afirmam que “Não é fácil encontrar uma decisão nos repositórios oficiais editados pelos membros das Cortes superiores que não contenha alguma referência a precedentes”. No original: “It is not easy to find a decision in the official series edited by members of the highest courts that does not contain any reference to precedents”. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 23.

275 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 24.

276 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 24. No original: “Citations of precedents in all jurisdictions are largely self-referential, that is, in most cases the courts cite their own previous decisions. Among the citations of other courts, decisions of the Federal Constitutional Court prevail”.

que definam a força vinculante dos precedentes, da mesma forma que tal critério não é utilizado para sua classificação, ressalvado o caráter vinculante das decisões proferidas em sede de jurisdição constitucional<sup>277</sup>. Como afirma Gilmar Mendes, “a doutrina constitucional somente reconhece efeito vinculante às decisões de mérito (*Sachentscheidungen*) proferidas pelo *Bundesverfassung*<sup>278</sup>. Até já houve, na Alemanha, tentativa de se aprovar uma Lei com objetivo de regulamentar a eficácia vinculante dos precedentes (a primeira foi em 1838, no Reino de Hanover)<sup>279</sup>, mas fato é que, na atualidade, não existe nenhuma Lei sobre o tema (com a ressalva do já mencionado efeito vinculante das decisões do Tribunal Federal Constitucional).

É bom lembrar, porém, que o Tribunal Constitucional Federal não está vinculado aos seus próprios precedentes<sup>280</sup>. Nesse sentido, Robert Alexy e Ralf Dreier afirmam que as “[...] decisões da Corte Federal Constitucional na Alemanha são, portanto, formalmente vinculantes sem exceções e sem estarem sujeitas a superação ou modificação, salvo pela própria Corte Federal Constitucional”<sup>281</sup>.

Na doutrina alemã, contudo, são comuns os debates a cerca do grau de normatividade dos precedentes. Em seu estudo sobre o tema, Robert Alexy e Ralf Dreier<sup>282</sup> se dedicaram, também, a examinar os fatores relevantes e irrelevantes na definição dessa normatividade. Trata-se de se investigar verdadeira vinculatividade de fato (*facto bindingness*), fundada em diversos motivos, entre os quais se destaca a “uniformidade nas decisões” (*uniformity in adjudication*), levando em conta o “princípio da justiça substancial” como um dogma voltado à correção substancial<sup>283</sup>. Os autores sistematizaram tais fatores, classificando-os em fatores relevantes e

---

277 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 26. Gilmar Ferreira Mendes, tratando da jurisdição constitucional da Alemanha, destaca que “[...] o instituto do efeito vinculante, contemplado no § 31, I, da Lei do *Bundesverfassungsgericht* não se trata novidade absoluta no direito alemão do pós-guerra. Antes mesmo da promulgação da Lei Orgânica da Corte Constitucional e, portanto, da instituição do *Bundesverfassungsgericht*, algumas leis que disciplinavam o funcionamento das Cortes Constitucionais estaduais já consagravam expressamente o efeito vinculante das decisões proferidas por esses órgãos”. MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 1, n. 4, 1999, p. 2.

278 MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 1, n. 4, 1999, p. 3.

279 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 32.

280 MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 1, n. 4, 1999, p. 3.

281 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 27. No original: “[...] decisions of the Federal Constitutional Court are therefore formally binding without exception and without being subject to overruling or modification except by the Federal Constitutional Court itself”.

282 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 34-36.

283 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 37.

irrelevantes.

Foram considerados relevantes os seguintes fatores:

1. Posição hierárquica da Corte que estabeleceu o precedente;
2. Na Corte, órgão que proferiu a decisão (é verificado se a decisão foi proferida por um colegiado comum (*normal panel*) ou por um colegiado mais amplo (*Great Panel* ou *Common Panel*));
3. A investigação sobre a tendência de consolidação ou circunstancialidade da decisão, já que as decisões que fazem parte de uma linha estabelecida são consideradas notadamente relevantes;
4. A importância da alteração dos quadros político, econômico ou social para a mudança de um “corpo estabelecido de precedentes fixados pelos juízes superiores” (*established body of precedents set by the highest judges*);
5. A relevância e consistência dos argumentos que fundamentaram o precedente, vez que isso é de grande valor para as decisões subsequentes;
6. A relevância das opiniões doutrinárias a uma decisão, vez que envolve a confiança dos cidadãos em que a continuidade daquela linha decisória será protegida, possuindo as posições doutrinárias o viés de enfraquecer a força do precedente;
7. A relevância das modificações legislativas sobre temas relacionados ao precedente;
8. A tendência fática dos tribunais a aderirem aos seus próprios precedentes de forma mais específica do que aos precedentes de outros tribunais, também possui relevância.

Por outro lado, são considerados irrelevantes os seguintes fatores:

1. A irrelevância da antiguidade do precedente;
2. A irrelevância dos votos divergentes, vez que só são publicados em matéria constitucional (em tema constitucional os votos divergentes possuem relevância);
3. A irrelevância da área do Direito envolvida;
4. A irrelevância da reputação do juiz relator, até porque não é pública tal informação.

Ainda em relação ao sistema de precedentes na Alemanha, vale dizer que, no âmbito das decisões do Tribunal Constitucional Federal, que, como já se afirmou, possuem eficácia vinculante, é levada em conta a diferença entre *ratio decidendi* e

*obter dictum*<sup>284</sup>. Além disso, é certo afirmar que “uma linha de precedentes tem maior peso que um caso isolado”<sup>285</sup>, tendo em vista que a “Alemanha adotou a noção de que uma linha de decisões sobre certa matéria cria uma espécie de costume judicial”<sup>286</sup>.

Sob outra perspectiva, não existe na Alemanha um bom desenvolvimento da técnica de distinção (*distinguishing*), embora sua ocorrência não seja incomum, notadamente quando é o próprio Tribunal que estabeleceu o precedente que vem a perceber que ele não se almoda ao novo caso em discussão<sup>287</sup>. Já o *overruling*, ou seja, a superação do precedente, é admitido para os julgamentos do Tribunal Constitucional Federal, já que são os únicos vinculantes naquele sistema<sup>288</sup>.

Ademais, não se pode falar do sistema de precedentes do Direito alemão sem fazer referência ao *Musterverfahren*, que tem a característica de ser um procedimento padrão previsto pela Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em Mercado de Capitais<sup>289</sup>.

O modelo alemão caracteriza-se pela fixação de um posicionamento a respeito de questões de fato ou de direito que se repitam em várias causas<sup>290</sup>. Com isso, alguns pontos litigiosos, expressamente indicados pelo requerente e fixados pelo juízo, são resolvidos de modo que a decisão em relação a estas questões alcance vários litígios individuais<sup>291</sup>.

Seu procedimento tem início mediante requerimento ao juízo de origem, feito por qualquer das partes de um dos processos repetitivos, vedada sua instauração de ofício.

A parte deve indicar o escopo do incidente, apontar os pontos a serem resolvidos coletivamente e os meios de prova que deseja produzir. O requerente

---

284 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 48.

285 No original: “A line of precedent has a much greater weight than a single case”. ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 50.

286 No original: “Germany has adopted the notion that a line of decisions on a certain subject creates a sort of judicial custom”. FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: **International Review of Law and Economics**. Vol. 26. Elsevier, 2006, p. 523.

287 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 54.

288 ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany, p. 56.

289 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: **Revista de Processo**. n. 179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 151.

290 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas, p. 151-152. No mesmo sentido conferir: MAULTZSCH, Felix. National report: Germany – The right to Access to Justice and Public Responsibilities. In: **International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014**. Seul: IAPL, 2014, p. 257.

291 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas. In: **Revista de Processo**. n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 132.

deverá, outrossim, alegar e demonstrar a transcendência de seu pedido, ou seja, sua interferência na resolução de outros litígios similares<sup>292</sup>.

Não ocorrendo qualquer das hipóteses de rejeição do requerimento<sup>293</sup>, o mesmo será admitido, hipótese em que o juízo de origem determinará sua publicação em um cadastro eletrônico público e gratuito, administrado por órgãos federais, fazendo constar seus pontos mais relevantes, tais como o pedido, as partes e o objetivo do procedimento. Havendo outros pedidos similares de instauração do Procedimento-Modelo, serão registrados juntamente aos anteriores<sup>294</sup>.

Após a publicação do primeiro requerimento de instauração do *Musterverfahren*, deve-se aguardar, por um período de quatro meses, que pelo menos outros nove procedimentos-padrão venham a ser requeridos, no mesmo juízo ou não, relativos à mesma questão de fato ou de direito. Satisfeito esse requisito, o Procedimento-Modelo será efetivamente instaurado, provocando a atuação de um tribunal de hierarquia superior para decidir sobre as questões coletivas. Não sendo observado o número mínimo de requerimentos dentro do prazo legal, o juízo deve rejeitar o requerimento e prosseguir no processo individual<sup>295</sup>.

A decisão do juízo pela instauração do procedimento coletivo é irrecorrível e deverá ser publicada no cadastro eletrônico, vinculando o Tribunal de instância superior, que será o responsável pelo julgamento do mérito do *Musterverfahren*, previamente fixado pelo juízo de origem, como já mencionado<sup>296</sup>.

Determinada sua instauração, o Tribunal responsável pelo julgamento escolherá um “líder” para os autores e outro para os réus, que desempenharão o papel de intermediadores junto ao próprio Tribunal, sendo responsáveis pelas manifestações futuras e pela prática dos atos processuais pertinentes em nome do

---

292 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 133.

293 O Procedimento-Modelo será inadmitido em qualquer das seguintes hipóteses: quando a causa estiver pronta para julgamento; se sua instauração puder prolongar ou postergar o processo de maneira indevida; se o meio de prova requerido for inadequado; se as alegações não se justificarem dentro dos objetivos do procedimento; ou quando um ponto controvertido não aparentar necessidade de solução coletiva. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 133-134.

294 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 134.

295 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 134.

296 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 135.

grupo. Os demais ainda poderão se manifestar, acrescentando elementos para o convencimento judicial<sup>297</sup>.

Posteriormente, o Tribunal procederá à publicação da instauração do Procedimento-Modelo no registro, constando o conteúdo da decisão do juízo de origem, o objetivo do procedimento, a descrição dos líderes das partes e de seus representantes legais, se for o caso<sup>298</sup>.

Após a publicação da instauração no registro, serão suspensos, de ofício e em decisão irrecorrível, todos os processos que versem sobre a mesma questão de fato ou de direito submetida à decisão do tribunal. Com isso, o *Musterverfahren* poderá produzir efeitos nos processos individuais cujas partes não tenham requerido o julgamento coletivo de qualquer questão de fato ou de direito<sup>299</sup>.

Enquanto o Procedimento-Modelo não for decidido, qualquer interessado pode intervir, sendo-lhe facultada a apresentação de argumentos que contribuam para sua solução, podendo, inclusive, alargar seu objeto, requerendo a inclusão de outras questões comuns, de fato ou de direito<sup>300</sup>.

Julgado pelo tribunal o *Musterverfahren*, a decisão a respeito da questão comum de fato ou de direito deverá ser seguida em todos os processos que ficaram suspensos (a extensão da coisa julgada limita-se àqueles que já haviam ajuizado ações no momento da decisão coletiva, não compreendendo, portanto, processos futuros), resolvendo-se, de uma só vez, diversos casos repetitivos<sup>301</sup>.

Por fim, é importante pontuar que existe controvérsia ao caráter vinculante do *Musterverfahren*, tendo parte relevante da doutrina alemã defendido que, ao invés de caráter vinculante, o que ocorreria no caso seria a aplicação da coisa julgada ou uma extensão de sua autoridade<sup>302</sup>.

### 3.3 Os precedentes no sistema brasileiro

---

297 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 135.

298 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 135-136.

299 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 136.

300 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 136-137.

301 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas, p. 153.

302 CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas, p. 138-142.

Ao contrário do que se pode imaginar, a discussão sobre a força vinculante dos precedentes não é recente no direito brasileiro. Ainda em 1949, Emanuel de Almeida Sodré publicou artigo cujo título já indica essa preocupação: “Jurisprudência: só obriga se constante e uniforme”. No estudo, o autor investigou a questão envolvendo o respeito às decisões das Cortes Superiores pelos Tribunais inferiores<sup>303</sup>.

Não obstante, de lá pra cá, os problemas decorrentes da falta de uniformidade da jurisprudência não melhoraram. Alguns doutrinadores chegam a qualificar a jurisprudência no Brasil de “jurisprudência lotérica”<sup>304</sup>, ou como faz Ronaldo Bretas<sup>305</sup>, que a qualifica de “manicômio jurisprudencial”, ou ainda Lucas Buril<sup>306</sup> que cunhou a expressão “esquizofrenia jurisprudencial”.

Curioso observar decisões divergentes dentro do mesmo Tribunal, por vezes dentro da mesma Câmara ou Turma. O próprio Superior Tribunal Justiça, que por expressa disposição constitucional (inciso III, do art. 105 da Constituição Federal) é Tribunal Superior destinado à uniformização da interpretação da Lei Federal, não possui qualquer uniformidade entre suas decisões. São comuns nos Tribunais brasileiros, em especial no Supremo Tribunal Federal, mudanças bruscas na jurisprudência.

Frente essa realidade, realmente mostrava-se fundamental estabelecerem mecanismos de respeito aos precedentes no sistema brasileiro. Indispensável a existência de padrões decisórios que possam garantir um mínimo de estabilidade para permitir a necessária segurança jurídica. É inconcebível que casos idênticos sejam decididos de forma diferente, muitas vezes pelo mesmo Tribunal. Claro que essa estabilidade não pode ser buscada ao ponto de se impedir o próprio desenvolvimento do sistema jurídico. O que se quer afastar é que casos idênticos venham a ser julgados sem qualquer observação da existência de outras decisões sobre o mesmo tema. Por vezes, o Judiciário brasileiro é absolutamente

---

303 SODRÉ, Emanuel de Almeida. Jurisprudência: só obriga se constante e uniforme. In: RAITANI, Francisco. **Prática de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

304 CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

305 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p 184, nota de rodapé nº75.

306 MACEDO, Lucas Buril. **Os precedentes judiciais, a criatividade não reconhecida e a esquizofrenia jurisprudencial**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/24/os-precedentes-judiciais-a-criatividade-nao-reconhecida-e-a-esquizofrenia-jurisprudencial/> Acesso em 01 de novembro de 2017.



compartimentado, de forma que o destino de cada caso dependente não do sistema jurídico, mas do órgão jurisdicional no qual vem aportar. Deve-se perceber no precedente, portanto, um dos instrumentos de racionalizar o processo de aplicação do direito.

Como sustentou Thomas da Rosa de Bustamante<sup>307</sup>,

A teoria dos precedentes que proponho, como teoria metodológica que é, liga-se inseparavelmente a uma teoria da argumentação que seja capaz de tornar racional o processo de aplicação do Direito. É pela via das teorias da argumentação jurídica que o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões.

Quanto ao tema, dois momentos recentes são absolutamente marcantes, quais sejam: o estabelecimento das súmulas vinculantes pela Emenda Constitucional nº. 45/2004; e a criação dos padrões decisórios<sup>308</sup> vinculantes pelo Código de Processo Civil de 2015.

A Emenda Constitucional nº. 45/2004, conhecida por ter realizado reforma no Poder Judiciário brasileiro, acrescentou ao texto constitucional o art. 103-A, estabelecendo a súmula vinculante, nos seguintes termos:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida

---

307 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 541.

308 A expressão padrão decisório é utilizada pelo próprio Código de Processo Civil ao dispor no § 5º, do art. 966, que: “§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”.

com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

Por sua vez, o Código de Processo Civil determinou, em seu art. 926, o dever dos Tribunais de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. E, no art. 927, trouxe um rol de decisões vinculantes, a saber:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Portanto, é inegável que, de 2004 até os dias atuais, o sistema brasileiro passou por alterações tendentes a ampliarem a participação dos precedentes na definição dos direitos, vez que o caráter vinculante atribuído a essas decisões colocam-nas em patamar equivalente ao das Leis escritas. Agregou-se ao sistema brasileiro o que Thomas Bustamante<sup>309</sup> classificou de precedentes vinculantes em sentido forte, que “[...] são considerados fontes do Direito de grau máximo (*must-sources*)”.

Não obstante, com ou sem a utilização de precedentes, conforme salienta Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>310</sup>, fato é que a solução judicial dos litígios deve ser, ao mesmo tempo: a) justa (equânime e plausível); b) jurídica (tecnicamente fundamentada e consistente); c) tempestiva (vedação à excessiva duração do processo – art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988); e d) razoavelmente previsível (a jurisprudência dominante e suas súmulas vinculantes, persuasivas e impeditivas de recurso). Ou, como a síntese de Márcio Carvalho Faria, “um processo, para ser devido, deve ser, cumulativamente, público, paritário, adequado, leal, efetivo e

---

309 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 301. Ao lado dos precedentes vinculantes em sentido forte, o autor fala, ainda, em “[...] *vinculantes em sentido frágil* (2), fontes prima facie obrigatórias (*should-sources*); e os *not formally binding and not having a force but providing further support*, que prefiro denominar simplesmente de precedentes persuasivos (3), valem apenas como fontes do Direito permitidas (*may-sources*)”.

310 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 8.

tempestivo”<sup>311</sup>.

De outro ponto de vista, é sempre bom ter em mente, conforme as lições de José Carlos Barbosa Moreira<sup>312</sup>, que qualquer importação de institutos jurídicos deve obedecer a dois pressupostos básicos: de um lado, o exame profundo do modo de funcionamento na prática de seu país de origem do instituto que se pretende importar; de outro, a convicção de que a inovação pretendida é compatível com o ordenamento jurídico para o qual se quer implantá-la.

Outra preocupação é que a adoção dos precedentes não se torne fator de mecanização das decisões judiciais. Quanto ao ponto, causa inquietação a superficialidade com a qual o Código de Processo Civil faz menção aos mecanismos de superação dos precedentes e de distinção de questões novas em face de precedentes já consolidados. Gustavo de Castro Faria<sup>313</sup> compartilha dessa mesma preocupação:

Numa importação “à brasileira” do sistema de precedentes, nota-se que o legislador brasileiro e os juristas demonstram desconhecer os meandros relacionados ao processo de subsunção dos casos concretos aos precedentes do sistema da *common law*, mitigando as possibilidades de demonstração das particularidades do caso concreto que o diferenciam dos “paradigmas normativos”, o que impede qualquer tentativa de se promover, dialogicamente, a superação ou reconstrução dos precedentes.

O equacionamento desse instituto, entretanto, deve ser adaptado ao viés democrático de Estado e da Jurisdição, sob pena de representar imposição desmedida de poder político, gerando graves distorções no sistema normativo. Esse enquadramento será apontado pelas ideias desenvolvidas nos itens seguintes.

---

311 FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo. In: **Revista Eletrônica de Direito Processo: REDP**. Vol. VI, p. 480. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336) Acesso em 20 de novembro de 2017.

312 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 8

313 FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 138-139.

## 4 OS MODELOS DE ESTADO DE DIREITO E DE JURISDIÇÃO

Feita essa contextualização a respeito do aflorar das famílias jurídicas da *common law* e da *civil law* e de seu original distanciamento histórico, bem como investigado o sistema jurídico brasileiro e também o papel dos precedentes jurisdicionais em todos esses contextos, outro ponto de imprescindível investigação para posterior desenvolvimento específico do tema central deste trabalho são os modelos de Estado de Direito e seus correlatos modelos de jurisdição. A partir deste estudo, pretende-se explicitar as bases para a definição de uma adequada postura do juiz para superação do paradigma jurisdicional moderno, visando um definitivo ingresso no novo paradigma contemporâneo, marcado pela busca de democratização do processo.

Para cumprir essa tarefa, partindo-se dos estudos de François Ost em um artigo intitulado “*Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*”<sup>314</sup> realizar-se-á uma associação entre cada um dos mencionados modelos e os modelos de Estado de Direito que inspiraram as Constituições dos Estados ocidentais do século XVIII até o século XXI, ou seja, os modelos Liberal, Social e Democrático.

O objetivo principal dessa investigação será o de identificar as vantagens de um juiz do Estado Democrático para os fins e os escopos almejados pela jurisdição contemporânea, notadamente sob a perspectiva de um processo participativo e cooperativo, sob a moldura da teoria do discurso e de uma racionalidade comunicativa.

Nessa parte do trabalho, a intenção é identificar as características centrais de cada um dos três modelos propostos (Liberal, Social e Democrático), para que, mais adiante, promova-se um aprofundamento quanto ao modelo de juiz do Estado Democrático.

---

314 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: **DOXA**, nº 14, 1993. pp. 169-194. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 12 de julho de 2017. Disponível também em [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/08/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf) Acesso em 12 de julho de 2017. A investigação quanto a esse ponto da Tese é um aprofundamento da pesquisa que se iniciou por ocasião da Dissertação de Mestrado do autor. DURÇO, Karol Araújo. **Tensões entre discursividade e eficácia no processo civil**: aplicação da contraposição habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa ao direito. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo em 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=79585](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=79585). Acesso em 01 de julho de 2014.

Pois bem, o primeiro ponto é justificar o motivo de se pensar em uma associação entre os modelos de Estado e de juiz ou jurisdição. Na verdade, essa associação entre os modelos de juiz e os modelos de Estado sob a égide dos quais aqueles exercem suas funções jurisdicionais não é destituída de sentido e importância. Com tal associação, pretende-se explicitar a relação interna existente entre os fundamentos de um Estado e o modo pelo qual é prestada a jurisdição em seu território. A intenção é demonstrar que os mecanismos de atuação das partes no discurso processual, assim como suas prerrogativas, direitos e deveres, decorrem do sistema institucional do Estado no qual se inserem. Por outras palavras, quer-se evidenciar que a atividade jurisdicional nada mais é do que um reflexo do modelo de Estado a que está submetida.

Como afirma Boaventura de Sousa Santos<sup>315</sup>:

A revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade. Centrando-me no sistema jurídico e judicial estatal, começo a chamar a atenção para o fato de o direito, para ser exercido democraticamente, ter de assentar numa cultura democrática, tanto mais preciosa quanto mais difíceis são as condições em que ela se constrói.

Feita essa justificativa, resta possível ingressar no estudo dos modelos propostos, tratando do primeiro modelo de juiz a ser investigado, que, na lição de Ost, corresponde ao juiz Júpiter, o qual se vincula ao paradigma do Estado Liberal.

#### 4.1 O Estado Liberal e a pirâmide do juiz Júpiter

O Estado Liberal<sup>316</sup> clássico, cujo objetivo principal era garantir a liberdade dos cidadãos, era caracterizado principalmente por um rígido sistema de limitação de seus poderes a fim de se criar uma esfera de proteção jurídica privada<sup>317</sup>.

---

315 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011, p. 16.

316 Luiz Guilherme Marinoni destaca que: “O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de condicionar a força do Estado à liberdade da sociedade, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um ato supremo com a finalidade de eliminar as tradições jurídicas do Absolutismo e do *Ancien Régime*. A Administração e os juízes, em face desse princípio, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. [...] Tal princípio, assim, constituiu um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa”. MARINONI,

Como ensina Axel Honneth<sup>318</sup>:

Entre todos os valores éticos que intentam vingar na sociedade moderna, e, ao vingar, tornam-se hegemônicos, apenas um deles mostra-se apto a caracterizar o ordenamento institucional da sociedade de modo efetivamente duradouro: a liberdade no sentido da autonomia do indivíduo.

Nesse sentido, “Era uma concepção que atendia plenamente às demandas do mercado em nascimento, pois ia ao encontro da necessidade de certeza e previsibilidade da sociedade então emergente”<sup>319</sup>. Esse modelo pode ser associado a um Estado Legislativo, cujas características marcantes são a proeminência do Poder Legislativo e da Lei. Nesse contexto, a Constituição seria documento de caráter político, responsável, em especial, pela fundação do Estado. Essa primazia da Lei, inclusive sobre a Constituição, pode ser observada na própria Declaração de Direitos de 1789, como muito bem explicita Maurizio Fioravanti<sup>320</sup>. Naquele texto, a palavra Constituição é utilizada uma só vez, apenas em seu penúltimo artigo, prescrevendo que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Por outro lado, a referência à Lei ocorre onze vezes em sete artigos diferentes. O que se percebe, desse modo, é que, no Estado Liberal, embora a Constituição estabeleça direitos, seu exercício restava condicionado a previsão Legal de como e quando podiam ser exercidos.

Essa primazia absoluta da Lei é destacada por Gustavo Zagrebelsky, nos seguintes termos:

O princípio da legalidade, em geral, elucida a ideia de lei como um ato regulatório supremo e irresistível, em última análise, nenhum direito mais forte pode ser oposto a ela, que é sua forma e fundamento: nem o poder de exceção do Rei e sua administração, em nome de uma razão superior de Estado; nem a inaplicabilidade por parte dos juízes nem a resistência do indivíduo em nome de um direito mais alto (direito natural ou direito

---

Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 14.

317 Ver TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 278 e seguintes.

318 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 34.

319 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39-40.

320 FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo**: percorsi della storia e tendenze attuali. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 96.

tradicional) ou direitos particulares (privilégios locais ou sociais)<sup>321</sup>.  
(tradução livre)

Ademais, nesse modelo de Estado, a Lei não considerava aspectos sociais, já que sua intenção era dar tratamento igual aos cidadãos somente em sentido formal, devendo ser, portanto, concomitantemente “clarividente e cega”<sup>322</sup>. Este modelo é fruto do pensamento positivista exegético<sup>323</sup>, de um direito codificado cujo pilar central é a “norma fundamental”. Como ensina François Ost, a codificação representaria coerência, completude, clareza, não redundância, simplicidade e manejabilidade pondo as coisas simples, claras e comunicáveis<sup>324</sup>. Tem-se, então, um sistema legislado, fechado, autônomo<sup>325</sup>, piramidal do qual irradiava toda a justiça<sup>326</sup>. Tal sistema jurídico era marcado por um monismo jurídico (possui uma base soberana: a Lei); monismo político (o poder é centralizado nas mãos de um soberano); racionalidade dedutiva (já que de formato piramidal a partir da norma fundamental); e futuro controlado (crença legislativa de uma evolução histórica).

Sustenta Juraci Mourão Lopes Filho<sup>327</sup> que

Dada a fundamentação filosófica na tradição metafísica ocidental (que defende a possibilidade de a razão humana acessar a essência das coisas para produzir um conhecimento puro invariável), a legalidade, sob tal perspectiva, aspira à criação de um Direito universal e atemporal. Um ato

---

321 ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giuio Einaudi Editore, 1992, p. 24. No original: “Il principio de la legalità, in generale, esprime l'idea della legge come atto regolativo supremo e irresistibile al quale, in linea massima, non è opponibile alcun diritto più forte, quello che ne sia la forma e il fondamento: né il potere di eccezione del Re e della sua amministrazione, in nome di una superior ragione di Stato; né la disapplicazione da parte dei giudici o la resistenza dei singoli in nome di un diritto più alto (Il diritto naturale o Il diritto tradizionale) o di diritti particolari (i privilegi locali o sociali).”

322 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160.

323 “O positivismo jurídico [...] partindo da ideia de que o direito se resume à lei e, assim, é fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à descrição da lei e a busca da vontade do legislador. O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou-se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente a objetividade da observação e a experimentação. [...] O positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando a sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”. MARINONI, Luiz Guilherme. *A Jurisdição no Estado Contemporâneo*. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 17.

324 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, p. 174-175.

325 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 250.

326 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, p. 170, 174 e 175.

327 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 38-39.

racional, objetivo, neutro e imparcial possibilitará a emanção de prescrições com essa mesma adjetivação.

Por via de consequência, se crê em um sistema jurídico geral e abstrato que se alheava das especificidades de cada situação, de cada povo, de todo momento histórico. A força da razão reta e universal a tudo isso se imporia, o mesmo acontecendo com o Direito legislativo racional.

Evidentemente, nesse contexto de que a justiça era proveniente unicamente da Lei, o julgamento deveria ser apenas um “texto exato da lei”<sup>328</sup>, já que de outra forma constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa maneira, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos”<sup>329</sup>.

Como aponta Axel Honneth<sup>330</sup>,

Em tal ordenamento jurídico [da liberdade negativa], aos sujeitos não é dada a oportunidade de conjuntamente verificar e renovar sua anuência às medidas de Estado, por estarem incluídos no processo de criação e revisão dos princípios jurídicos.

Noutros termos, o indivíduo que possua apenas a liberdade negativa não conquista jamais o *status* de cidadão. Logo,

Partir de uma liberdade apenas negativa não permite que os cidadãos do Estado sejam apreendidos como autores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos; para isso seria necessário que, na aspiração à liberdade pelo indivíduo, em termos conceituais, se justificasse um ponto de vista adicional e de grau mais elevado que lhe atribuísse um interesse na cooperação com todos os demais<sup>331</sup>.

Justamente por essa total impossibilidade de reflexão jurídica, decorrente de uma concepção negativa de liberdade, o método de aplicação do direito é o dedutivo por meio de um “silogismo subsuntivo”, de viés matemático. Já o dever do juiz de justificar a decisão é meramente interno, ou seja, basta a decisão ser coerente com

---

328 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 158. Cf CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos de interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de direito. In: **Revista de Direito Comparado**. Vol. 3. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG (1998) e Editora Mandamentos, semestral, maio 1999, p. 479.

329 MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 160. Disse ainda Montesquieu: “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor”. (Objeto de citação p. 157)

330 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 55.

331 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 55-56.



a Lei que é sinônimo de sistema de direito<sup>332</sup>, de forma que a legalidade passa a ser condição necessária e suficiente para a validade da regra<sup>333</sup>.

Por outras palavras,

O raciocínio jurídico era reduzido ao esquema silogístico formal da subsunção, compreendida como uma dedução lógica de conclusões previamente inseridas no texto legislativo (que faria o papel de premissa maior) para os casos concretos (premissa menor). O aplicador do Direito, e em especial o juiz, deveria apenas enunciar aquilo já prenunciado na lei, deveria somente conhecer aquilo que nela estivesse contido. Não só se reduzia o Direito à norma, mas esta também possuía uma concepção reduzida, vez que confundia como o texto legislativo.

[...]

A atividade do magistrado seria, portanto, unicamente lógico-dedutiva, pois sua conclusão (decisão) já estaria implícita em sua premissa (lei). O trabalho do juiz seria mera reconstrução do sentido do discurso do legislador inserido na norma no momento de sua criação<sup>334</sup>.

Em decorrência disso, os pronunciamentos jurisdicionais não desempenhavam qualquer função de orientação de condutas futuras, tendo em vista sua conotação de meros reprodutores de um dever previsto na Lei. O juiz não podia acrescentar nada além do estrito conteúdo do texto legislativo. “Seu grau de deferência e resignação é máximo, ao ponto de proibir interpretação e obrigar o juiz a realizar consulta ao parlamento no caso de dúvida”<sup>335</sup>.

Vale lembrar que, nesse modelo, a base do direito é a abstração e a generalidade da Lei. Do mesmo modo, parafraseando Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça era apenas formal, mas não efetivo, correspondendo a uma igualdade apenas formal<sup>336</sup>.

É relevante destacar, ainda, que o Estado Liberal tem por ideologia uma ligação da liberdade política à certeza do direito<sup>337</sup>, ou seja “a segurança psicológica do indivíduo – ou sua liberdade política – estaria na certeza de que o julgamento

---

332 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: **Ajuris**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

333 OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, p. 178.

334 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 39-40.

335 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 40.

336 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 9.

337 Cf. TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 280.

apenas afirmaria o que está contido na lei”<sup>338</sup>. A busca do positivismo clássico é pela segurança jurídica, mas não se pode perder de vista que o excesso de positivismo gera o autoritarismo.

Nesse sentido, é possível concluir que o juiz do Estado Liberal possui como dever fundamental a imparcialidade em sentido formal<sup>339</sup>. Para cumprir esse dever fundamental, esse juiz deve policiar o processo evitando desvios do modelo abstrato previsto na lei. Nas palavras de François Ost, Júpiter é “o homem da lei”<sup>340</sup>. Portanto, no Estado Liberal, o juiz adota uma posição passiva diante do caso, ele não atua na busca da verdade, mas somente fiscaliza a relação processual. Pode-se dizer que se trata de um juiz “mínimo” tal qual o Estado Liberal, um mero *longa manus* da lei.

A seu turno, nessa conformação jurisdicional as prerrogativas, direitos e deveres dos demais envolvidos na relação processual também eram mínimos. Não se cogita em deveres de lealdade, de cooperação na busca da verdade, permitindo-se, desse modo, uma atuação puramente estratégica das partes no processo, vez que tal modelo é subordinado a uma racionalidade instrumental<sup>341</sup>, segundo a qual o próprio direito serve aos fins daquele que institui a lei. Como sustenta José Alfredo

---

338 MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível na Internet: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17809-17810-1-PB.htm> Acesso em 08 de novembro de 2017.

339 A imparcialidade em sentido formal é sinônima de neutralidade. Contudo, como ensina Bruno Amaro Lacerda “[...] a ideia de neutralidade judicial, entendida como insensibilidade ou indiferença ao resultado do processo, não se justifica e, de modo algum, pode ser confundida com imparcialidade. Esta exige um juiz atuante, ativo, preocupado com o desfecho justo do processo, imbuído em buscar uma tutela efetiva dos direitos subjetivos e não somente a correção formal dos procedimentos”. E completa: “Como visto, essa postura ativa se dá nos quadrantes do ordenamento, respeitando os valores juridicamente fixados. Não se deve ser substituída por um “ativismo” dissociado do dever de imparcialidade, pelo qual o juiz, deixando de ofertar tratamento equânime às partes, viesse a tutelar especialmente o litigante “socialmente mais frágil”, o “pobre” ou o “excluído”. LACERDA, Bruno Amaro. A imparcialidade do Juiz. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Vol. 108. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ano 52, jul-dez 2016, p. 41.

340 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, p. 177.

341 Quanto ao ponto conferir: DURÇO, Karol Araújo. **Tensões entre discursividade e eficácia no processo civil: aplicação da contraposição habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa ao direito**. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo em 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=79585](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&co_autor=79585). Acesso em 01 de julho de 2014.

de Oliveira Baracho Júnior<sup>342</sup>: “No paradigma do estado liberal, a proteção do arbítrio individual era a linha mestra do direito”.

## 4.2 O Estado Social e o protagonismo do juiz Hércules

Diferentemente do Estado Liberal, o Estado Social deve assegurar não só as liberdades clássicas, mas também os efetivos mecanismos para o seu desfrute e exercício, motivo pelo qual sua atuação deixa de ser omissiva para ser comissiva, preocupando-se com os direitos fundamentais de segunda geração e com uma igualdade substancial ou real. Como afirma José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior<sup>343</sup>: “No paradigma do estado social, o planejamento estatal dava forma ao sistema de direitos”.

Na verdade, o modelo Liberal, em decorrência das próprias características do desenvolvimento do sistema capitalista e das disputas surgidas desse desenvolvimento, tornou-se inadequado aos anseios sociais dos diversos grupos emergentes na sociedade. Juraci Mourão Lopes Filho<sup>344</sup> sintetiza muito bem essa questão, no seguinte ensinamento:

[...] o Estado Liberal não mais atendia às crescentes demandas sociais oriundas do que Mauro Cappelletti denominou de efeito colateral do capitalismo (disputas entre o capital e o trabalho). Passou-se a exigir do Estado o trato de matérias antes entregues à autorregulação social. Interesses coletivos não vislumbrados pela visão oitocentista ocasionaram o envelhecimento dos códigos. Políticas públicas intervencionistas passaram a ser ordem do dia para os gestores públicos. Esses novos assuntos, por óbvio, demandaram disciplinamento jurídico, o que, para o Estado Legislativo, significava a produção de textos prescritivos. Contudo, o parlamento heterogêneo, com disputas, discussões e debates dos representantes dos vários setores sociais interessados não se apresentou capaz de atender a essa demanda regulativa com a celeridade cabível.

É interessante observar, também, que se o Estado Liberal pode ser associado a um Estado Legislativo, tendo como decorrência a prevalência do Poder Legislativo; o Estado Social, frente a suas demandas de caráter paternalista, é marcado pelo

---

342 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 3.

343 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 3.

344 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 41.

agigantamento do Poder Executivo. Quanto ao ponto, mais uma vez, são precisas as lições de Juraci Mourão Lopes Filho<sup>345</sup>:

Portanto, a decadência do Estado legislativo foi seguida pela ascensão do Executivo no quadro institucional em dois pontos. Primeiro, o aumento institucional proporcional ao crescimento de seus deveres e obrigações de implementação de políticas públicas. Em se entendendo que o Executivo exerce a função de administração pública, o conceito desta é diretamente afetado pela concepção ideológica de Estado vigente. Se em um Estado Liberal absenteísta se concebia um Estado mínimo, também diminuta era a coisa pública a ser administrada e, por via de consequência, o Poder Executivo. Ao contrário, em um Estado social intervencionista, há muito o que se administrar, demandando o aumento do Executivo não só quantitativamente (criação de mais órgãos e entidades da administração indireta), mas qualitativamente (mediante o incremento do Poder de Polícia e dos serviços públicos, como também a criação das funções de intervenção, fomento e regulação).

Ademais, no Estado Social, a necessidade de realização de fins sociais exige um direito mais flexível, adaptável às diferentes realidades fáticas, atento as particularidades do caso concreto, já que a adoção de uma Constituição, que é um verdadeiro projeto social, exige um sistema jurídico dinâmico, o que acarretou uma guinada de cento e oitenta graus na atividade jurisdicional e na atuação do juiz.

É possível fazer uma associação do modelo jurisdicional desse Estado ao pensamento realista e à jurisprudência sociológica norte-americana (invenção). O direito tem por base a jurisprudência<sup>346</sup>, considera, portando, as decisões tomadas nos casos concretos. Trata-se de um direito materializado<sup>347</sup>. Justamente por esse motivo, essa concepção se amolda a imagem de um funil, que pode ser associado à figura geométrica de uma pirâmide invertida, evidenciando a contraposição à visão piramidal do modelo de Estado Liberal. Claro que, com isso, não se emprega um método dedutivo do direito a partir de uma “norma fundamental”. Do mesmo modo, nessa concepção de construção do sistema normativo, não é possível utilizar-se de um simples “silogismo subsuntivo” na aplicação do direito.

Com tudo isso, é marcante o papel de confrontação de valores desempenhado pelo juiz, abrindo caminho para a utilização de outros recursos como a adoção de critérios de proporcionalidade e razoabilidade nas decisões e a

---

345 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43.

346 OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez, p. 170.

347 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 242.

ponderação das normas jurídicas. O método de construção da decisão neste paradigma é, pois, o inverso daquele do modelo do Estado Liberal, ou seja, a determinação do direito surge por um processo de indução. A decisão jurisdicional é construída não somente a partir de uma norma geral e abstrata, mas decorre, também, das várias decisões judiciais dos casos concretos. O sistema jurídico volta-se a singularidade e a concreção de cada caso. Justamente por esse motivo, Ronald Dworkin propõe a ideia de uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos<sup>348</sup> como instrumento de obtenção da decisão correta de cada caso. Claro que essa construção crítica racional pode ser mais ou menos complexa, conforme as premissas assentadas até então. Como destaca Ana Paula de Barcellos<sup>349</sup>:

Uma vez que as circunstâncias fáticas imaginadas pela doutrina se reproduzam no caso real, ou se repitam hipóteses já verificadas anteriormente, o juiz terá à sua disposição modelos de solução pré-prontos. Na verdade, os subsídios oferecidos ao aplicador pela ponderação em abstrato acabam por transformar muitos conflitos normativos, que seriam casos difíceis, em fáceis, simplesmente porque já há um modelo de solução que lhes é aplicável.

Vale observar, ainda, que nesse modelo do Estado Social, o direito passa a ser encarado, também, como instrumento de realização de objetivos políticos<sup>350</sup>. Este modelo privilegia a ideia de efetividade, é desformalizado.

Como sustenta François Ost, o Juiz Hércules<sup>351</sup> é um engenheiro social<sup>352</sup>. Embora se mantenha muito acima das partes, o Juiz Hércules adota uma postura

---

348 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 260. Obs.: Apesar dessa referência a Ronald Dworkin, o juiz Hércules desse texto não é o juiz Hércules daquele autor. Ver, abaixo, nota de rodapé 351.

349 BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 149-151.

350 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: **Ajuris**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

351 É importante ressaltar que quando se utiliza a nomenclatura “juiz Hércules”, não se remete ao “juiz Hércules” de Ronald Dworkin, tão popular entre os juristas brasileiros. Trata-se, apenas, de uma coincidência, já que se utilizou da nomenclatura de modelos de juizes adotada por François Ost. Portanto, o objetivo do presente trabalho não será voltado para uma análise das teses desenvolvidas pelo autor norte-americano, nem propriamente de seu juiz Hércules. O juiz Hércules do presente estudo envolve um modelo de juiz ou a proposta de um modelo de juiz atrelado às premissas do Estado Social. Com o juiz Hércules de Dworkin, o Hércules desta investigação aproxima-se apenas por sua postura solipsista e por ser responsável por uma reconstrução crítica-racional do sistema de direitos. Em decorrência de sua postura, o Hércules de François Ost pode ser associado ao Estado Social, como também observaram Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli: “Residiria no juiz alternativo certas características do juiz Hércules (do Estado Social de Direito), que carrega sobre seus ombros o peso das reformas sociais. Trata-se do juiz assistencialista, ativista, com espírito

mais ativa. Afirma-se que se encontra muito acima das partes porque nesse modelo o juiz é quem diz o direito (protagonismo do juiz). Trata-se de um julgador que carrega consigo as marcas centrais do modelo de Estado Social, ou seja, é paternalista e prestacionista.

O juiz no Estado Social é, na verdade, sacralizado, isto é, é colocado em posição superior ao restante da população ou mesmo dos participantes da relação processual. É como se ele fosse um super homem, ou um ser superior e privilegiado, dotado de um dom especial para fazer justiça, levando a um processo de “mitificação da autoridade”<sup>353</sup>.

O grande problema desse sistema, então, não reside na sua percepção de que é necessária a existência de certa porosidade ao sistema jurídico, permitindo-lhe uma adaptação justificada e fundamentada na solução dos casos concretos; o problema reside no modelo de juiz, que macula a atuação jurisdicional. Por fundar sua concepção de justiça no mito do *Superman*, o sistema do Estado Social, ainda claramente vinculado a um paradigma mentalista de racionalidade, não se preocupa com a atuação dos demais participantes da relação processual. Portanto, não há incremento de suas prerrogativas e direitos, nem de seus deveres. No final das contas, no Estado Social, não foram estruturalmente alterados os deveres e as prerrogativas dos demais participantes da relação processual, em comparação ao formato atrelado ao Estado Liberal.

Nunca é demais recordar que são apontadas como causas da crise e consequente falência do Estado Social a aplicação do sistema administrativo do Estado Liberal, a corrupção, além da falta de participação e fiscalização por parte dos cidadãos, ou, como aponta José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior<sup>354</sup>: “A ideia de um Estado forte, capaz de promover a solidariedade social através da prestação de serviços públicos, como pensava León Dugüit, ruiu diante da magnitude das dívidas contraídas na consecução de tais propósitos”. Ocorre que tais causas, em

---

revolucionário. Esse metafórico modelo de juiz, consoante François Ost, corresponde à imagem de um funil ou de uma pirâmide invertida que se adaptaria especialmente ao realismo americano e à *sociological jurisprudence*, porque é ele quem suporta todo o peso do direito (e dos direitos)”. GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 52.

352 OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*, p. 177.

353 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 355.

354 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 3.

especial a falta de participação, são notas características também do modelo jurisdicional sob égide do Estado Social. Fica claro que, nesse modelo, o princípio monológico<sup>355</sup> que define a atuação do juiz reduz os direitos e deveres dos demais atores processuais. Vale recordar que é, ao juiz, que cabe toda a construção da decisão. Nesse sistema de jurisdição social, não se cogitava em deveres de lealdade, de cooperação ou no direito de participação no desenvolvimento da marcha processual, da mesma forma como ocorria no Estado Liberal.

Em poucas palavras, enquanto o modelo liberal é deficiente pela ineficiência e distanciamento da realidade; o modelo social volta-se, excessivamente, para um formato de construção da decisão jurisdicional com base em um juiz solipsista<sup>356</sup>. Sobre o ponto, Lenio Streck<sup>357</sup> ensina: “Assim, muito embora Habermas não recuse o modelo de Dworkin, não aceita o solipsismo ínsito à descrição do juiz com um Hércules que teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe acesso à justiça”.

O perigo desse solipsismo foi destacado por André Del Negri<sup>358</sup> ao lembrar que:

Confiado ao magistrado, o processo adquire perigosa carga ideológica (paz social, bem comum, fins sociais, bom senso, justiça pública, bem-estar...). A partir daí, as lacunas da lei passam a ser colmatadas pelo juiz que cria o Direito, o que coloca as partes processuais na condição de meros espectadores e o *decisor* a elevar-se a um grau de magnanimidade apenas inferior ao dos anjos.

Essa postura adotada no modelo social impossibilita a presença da segurança jurídica, levando o sistema normativo a abandonar aquela que, para Habermas, é sua principal função, qual seja, a estabilização social na medida em que cristaliza as

---

355 Sobre a crítica ao princípio monológico ver HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 276-280.

356 Questiona-se a “solidão de uma construção teórica empreendida monologicamente” por Hércules, já que é impossível ao juiz promover uma reconstrução racional do sistema de direitos. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 277.

357 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 18. Obs.: Apesar dessa referência a Ronald Dworkin, o juiz Hércules desse texto não é o juiz Hércules daquele autor. Ver, acima, nota de rodapé 351.

358 DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 37.

expectativas de comportamento<sup>359</sup>. De forma mais sintética ainda, se o excesso de positivismo leva ao autoritarismo, o excesso de realismo gera a arbitrariedade<sup>360</sup>.

Nesse sentido, interessante a observação de Dhenis Cruz Madeira<sup>361</sup>:

Já se disse que o discurso processual democrático não se apoia no mito da lei do Estado Liberal, nem no mito da autoridade do Estado Social, porquanto o primeiro se baseia na ideia de que o legislador racional captou uma verdade e que soube refleti-la na lei, ao passo que o segundo deixa o aplicador da lei totalmente livre para afastar a norma jurídica se compreender que esta agride o interesse público por ele exclusivamente captado. Tanto o mito da lei, quanto o mito da autoridade são solipsistas, primeiro, por impedirem o contraditório pleno, segundo, por criarem um espaço de arbítrio totalmente infiscalizável, daí por que não possuem legitimidade democrática.

Frente a essas insuficiências dos modelos Liberal e Social, passa-se a apontar quais são as propostas de um modelo democrático, como forma de superação desses entraves político-jurídico-institucionais.

#### **4.3 O Estado Democrático: a necessidade de mediação por um juiz Hermes**

Espera-se que tenha ficado claro, ainda que por uma explanação sucinta, que o autoritarismo advindo do modelo de Estado Liberal, assim como a arbitrariedade decorrente de um modelo de Estado Social, são fortes obstáculos ao atendimento dos anseios dos consociados jurídicos. Tais questões, como também já foi afirmado, possuem fortes reflexos na prestação jurisdicional por representarem, de um lado,

---

359 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, pp. 72, 242, 246 250.

360 “Um sério problema se dá exatamente quando a autoridade continua sendo o padrão de verdade na prática do direito. A “vitória” e o “êxito” processual se estabelece diante da aceitação da tese defendida pela autoridade dos “tribunais”. Vencedor e vencido, acerto e erro são definidos justamente pela adequação ao ponto de vista do Judiciário. E, dentro do próprio Judiciário, não é incomum que se encontre como critério de promoção justamente o baixo número de sentenças ou decisões judiciais revistas pelos tribunais. Em outras palavras, a promoção por mérito leva em conta, não raras vezes, um comportamento de subserviência dos magistrados aos pontos de vista dos tribunais, especialmente os superiores”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta**: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 2.

361 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 356.



um juiz indiferente e distante do caso em julgamento; de outro lado, um juiz arbitário, afastado de critérios mínimos de segurança e certeza da decisão<sup>362</sup>.

Tratando da ponderação de valores, Álvaro Ricardo e Bernardo Augusto<sup>363</sup>, explicitam, justamente, essas posturas deficientes:

A ponderação sobre valores, crenças e pretensões é uma exigência da razão prática. O modo pelo qual o fazemos é que pode ser distinta. Podemos fazê-lo com base em nossos gostos ou preferências, podemos fazê-lo com base em nossas previsões das consequências futuras, ou podemos traduzir o axiológico para uma linguagem deontológica. Podemos crer que essa ponderação pode se reduzir a um método, ou podemos perceber que a mesma se procede de modo aporético e zetético. Podemos crer que o que fazemos tão somente com base no “instrumental” de uma lógica formal aristotélica, ou perceber que a abertura *ek-sistencial* nos conduz para além da ontologia. A ponderação diante da concretude dos casos não transforma um ato de linguagem prescritiva/impositiva em mero topói à disposição do intérprete. As normas jurídicas não são apenas aquilo que os juízes desejam. A abstração de uma norma não é abstrata nem a concretude do caso é concreta, de modo que um exame consequencialista deve ser brando, deve ser fraco, sob pena de sermos irresponsáveis (alguns preferem chamá-los de ativistas). Tão pouco podemos fechar os olhos para a vida, para o Outro, e “seguirmos a lei”, pois também seríamos irresponsáveis (alguns preferem chamá-los de passivistas).

A grande virada do Estado Democrático é, portanto, a busca pela participação dos consociados. Como ensina Marcelo Cattoni<sup>364</sup>:

O Direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

Essa é a proposta de mudança de paradigma, que decorre também de um processo de Constitucionalização. Se no modelo de Estado Liberal a Lei, notadamente representada pelo Código, é o centro do sistema normativo, o que

---

362 A conclusão de Thomas da Rosa Bustamante, em sua Teoria do Precedente Judicial, aponta, igualmente, para uma posição intermediária: “Em suma, a teoria dos precedentes que tentei desenvolver não dá razão nem ao decisionismo positivista e nem ao realismo moral e seu cognitivismo ético radical, que não reconhece qualquer limite ao poder de fundamentação da racionalidade prática. Uma teoria pós-positivista deve incorporar tanto os critérios positivistas para identificação do Direito válido quanto os critérios não-positivistas para estabelecer os limites materiais que determinam o umbral de injustiça a partir do qual as normas jurídicas perdem sua validade”. BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 543.

363 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 90.

364 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 142.

também não foi abandonado pelo Estado Social, no modelo de Estado Democrático essa centralidade é deslocada para a Constituição, como norma fundamental do sistema jurídico. Por outras palavras, “A referência jurídica migra da lei para a Constituição, que é tomada como o instrumento adequado para expurgar do sistema a discricionariedade do positivismo normativista”<sup>365</sup>.

É possível sustentar que nasce um verdadeiro Estado Constitucional, no qual o Poder Judiciário, gradativamente, passa a ser o protagonista. Como adverte Juraci Mourão Lopes Filho<sup>366</sup>

Surge, então, o Estado constitucional para melhor amoldar o Estado de Direito ao Estado social. Consequentemente, ocorreram a constitucionalização do Direito e o fortalecimento do Judiciário. Alguém poderia indicar que não seria coincidência mas falta de alternativa o Judiciário ter ascendido no século XXI, já que precedido pelo Legislativo no século XIX e pelo Executivo no século XX.

Nessa linha, Boaventura de Sousa Santos<sup>367</sup> afirma que “[...] diferente de país para país, mas convergente no seu sentido geral, temos mesmo vindo a assistir, em alguns países, a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário”.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz<sup>368</sup> também corrobora esse entendimento ao afirmar: “Em outras palavras, enquanto o Legislativo teve a supremacia no Estado Liberal e o Executivo no Estado Social, agora seria a vez do Judiciário”.

Nesse modelo de Estado, a concepção de liberdade também é alterada, vez que, ao lado de uma liberdade negativa, padrão tanto do modelo Liberal quanto do modelo Social, busca-se a adoção de uma liberdade positiva, ou reflexiva. Percebe-se que o Direito não pode se limitar a tornar a pessoa livre do Estado (esfera de proteção individual – liberdade negativa). A essa liberdade negativa, deve ser somado um aspecto positivo tão importante quanto o negativo, envolvendo seu direito de participação na definição dos rumos do Estado.

Como adverte Axel Honneth<sup>369</sup>:

---

365 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 61.

366 LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 61.

367 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011, p. 30.

368 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(em) Debate: o Constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 17.

Todas as insuficiências reveladas pela ideia de liberdade negativa remetem, em última instância, ao fato de ela cessar antes do limiar legítimo da autodeterminação individual. Para se conceber um tipo de liberdade que contivesse um elemento de autodeterminação seria necessário apreender também o objetivo do agir como um rebento da liberdade: o que o indivíduo realiza quando age “livremente”, poderia ser visto como resultado de uma determinação, que ele próprio realiza para si.

Noutros termos, o modelo Democrático exige legitimidade. E legitimidade só se adquire quando o indivíduo se vê, ao mesmo tempo, na condição de destinatário e coautor das normas jurídicas, o que só é possível com uma liberdade que garante um elemento de autodeterminação e, por isso, de viés positivo. O elemento principal dessa liberdade consiste em garantir a manutenção do *status* de autonomia do ser humano, já que, em última instância, o homem não é obrigado por uma lei, mas pela compreensão que possui da lei. Desse modo, a liberdade democrática consiste na manutenção da autonomia do sujeito em se apropriar de uma regra normativa. Nessa linha, em um viés democrático e, portanto, participativo, a heteronomia do Direito, a imposição de conduta proveniente de um processo legislativo estranho ao indivíduo, só deve ser imposta se puder ser tornada própria, autônoma, pelo autor que é o destinatário do Direito.

Como afirmam Álvaro Ricardo e Bernardo Augusto<sup>370</sup>:

A percepção de que o direito manifesta aquilo que vela, ou seja, o modo de dar-se do homem, o modo pelo qual ele se abre aos outros existentes precisa ser iluminado. Direito é, pois, reconhecimento, e, com ele, a formação de identidade do sujeito, do humano. Reconhecimento que na atualidade não pode prescindir do plano institucional e que está além da estabilidade hobbesiana e aquém de uma constelação pós-nacional, ou seja, que ainda não prescinde de formulação em discursos de fundamentação e de justificação que envolvem a estabilidade.

De todo modo, é importante advertir que esse equacionamento pensado pelo modelo de Estado Democrático, passando pela busca de *efetiva participação dos consociados jurídicos na realização dos fins estatais*<sup>371</sup>, embora possa parecer

---

369 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 57.

370 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Além do Positivismo Jurídico**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 91.

371 Vale ressaltar, contudo, que “[...] o discurso processual do Estado Democrático não descarta os direitos individuais do Estado Liberal, nem os direitos sociais do Estado Social, acolhendo ambos, porém, faz isto sem que caia, como dito, no mito da lei e no mito da autoridade. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 356. Por outro lado, como destacou José Joaquim Gomes Canotilho, não basta à

simples em teoria, mostra-se, extremamente, complexa na prática, em especial no âmbito jurisdicional. Nisso reside, justamente, o ponto central de investigação deste trabalho, cujo objetivo é tratar desse modelo participativo sob a ótica do julgador e propor instrumentos de democratização da jurisdição. Tais objetivos serão aprofundados no capítulo final. Nesta parte do estudo, a ideia é explicitar as influências do modelo de Estado Democrático sobre a jurisdição e o juiz.

Assim sendo, quando se pensa num transporte dessa proposta de participação dos consociados jurídicos, no âmbito do Estado Democrático, para a jurisdição, tem-se a necessidade de interação entre as partes que compõem o discurso processual. Nessa vertente, como ensina Habermas, o juiz deve adotar um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”<sup>372</sup>.

É bom reforçar que, numa concepção democrática, moldada por um paradigma linguístico,

O que até então devia ser o esforço de um sujeito solitário, autorreferente, passa a ser interpretado mediante uma viragem teórico-linguística, como produto comunicativo dos membros de uma comunidade linguística: o indivíduo se vê forçado por pressuposições que atuam por trás da linguagem, de modo que a si mesmo ele concebe como parte numa conversa em que todos os demais têm de se respeitar como pessoas autônomas<sup>373</sup>.

Essa concepção coparticipada leva a um dever de cooperação entre as partes. Com isso, apoiando-se nos ensinamentos de José Pedro Luchi, o peso da reconstrução jurídica, que no modelo do Estado Social deve ser suportado por um juiz Hércules, é deslocado para uma comunidade deliberante<sup>374</sup>. Passa-se de uma concepção mentalista de justiça, para uma concepção argumentativa.

---

democracia ter-se um Estado de Direito, “ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é, pois uma das traves mestras do Estado constitucional. O poder político deriva do “poder dos cidadãos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 97-98.

372 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 283.

373 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 73.

374 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: **Ajuris**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007. Em relação a uma mudança de mentalidade entre os juizes italianos que vai ao encontro de um modelo do Estado Democrático, Calamandrei já se manifestou nos seguintes termos: Certos juizes, ligados à tradição, creem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível

Desse modo, a concepção de autodeterminação almejada pela liberdade é, por meio de sua reflexão intersubjetiva (discursiva), transformada em produto dialogicamente estabelecido por interlocutores que devem estabelecer fins que possam ser razoavelmente aceitos. Tendo como médium o direito e a linguagem,

[...] a autodeterminação individual é transferida para os graus superiores do ordenamento social, em que é concebida como procedimento de uma formação da vontade comum na qual os cidadãos, em condições iguais, deliberam sobre os princípios de um ordenamento social que lhes pareça 'justo'<sup>375</sup>.

Para tanto, em âmbito jurisdicional, deve-se afastar um protagonismo do magistrado no discurso processual, tendo em vista que essa visão seria inconciliável com o modelo constitucional e democrático de processo<sup>376</sup>. Por outras palavras, busca-se afastar antiga tese<sup>377</sup> de que o juiz é uma supraparte, já que, no contexto democrático, o juiz e as partes devem se situar em planos homotópicos<sup>378</sup>. Tal concepção é muito bem elucidada por Dhenis Cruz Madeira na seguinte passagem:

---

solenidade de ídolos: colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que 'por sorte' são na Itália cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper esta barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para o trazerem à discussão as questões essenciais da causa. Estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função; os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil solilóquio de um retórico em face de uma assembléia de sonolentos, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se. Importa ainda aqui, para que as instituições judiciais correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia. CALAMANDREI. *Apud*: VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial**. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976, p. 514.

375 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 69.

376 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 302.

377 Tal tese é defendida pelos adeptos da Teoria da Relação Jurídica, dos quais se destacam, apenas para citar seus principais precursores, Bulow, Wach, Chiovenda, Carnelutti, Goldschmidt, Calamandrei, Liebman, cujas críticas podem ser conferidas em: LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008; LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002; NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. 1. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

378 Cf MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 302 e seguintes. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do processo**, p. 61; WOLF, Francis. Nascimento da razão, *origem e crise*. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Cia. das Letras, 1996, p. 73-82.

Não há margem, no discurso processual, para o aparecimento do *espaço do soberano*, em que o agente governativo, legislativo e judiciário se apresenta como o *único mestre capaz de enunciar as verdades da lei*, o único capaz de dizer como a lei deve ser formulada, interpretada e aplicada. Na democracia, o *locutor autorizado da lei* é destronado, abrindo caminho para que os destinatários da norma jurídica também sejam capazes de dizer qual é a melhor interpretação. Por isto, o atual paradigma constitucional exige que a decisão judicial seja construída de forma compartilhada, e não mais solitariamente pelo juiz. O julgador, na Democracia, não julga sozinho, não é uma supraparte, não pode ser um sujeito solipsista que impõe sua posição subjetiva aos demais. O modelo cartesiano de julgamento e o positivismo jurídico exegético, de fato [...] ruíram, não mais se aceitando a ideia de que o juiz (ou qualquer outro agente público-governativo) seja um locutor autorizado da lei ou seu único intérprete<sup>379</sup>.

Nesse contexto de coparticipação, o dever do juiz de justificar suas decisões também passa por profunda transformação. Abandona-se a concepção de que o dever de justificação é apenas interno, representado pela coerência da decisão com o sistema de direitos; para adotar-se uma justificação que, ao mesmo tempo, envolve um dever interno e externo de fundamentação, este último considerado como a necessidade de legitimação procedimental-deliberativa das premissas pré-dadas à decisão. Como isso, é superada uma perspectiva de simples validade jurídica, adotando-se uma perspectiva de união entre validade e legitimidade da decisão como condição de eficácia e cumprimento da função sócio-integradora do sistema jurídico. É sempre bom recordar que nesse modelo Democrático-discursivo,

[...] somente a interação intersubjetiva no discurso possibilita o tipo de autocontrole racional que compõe o núcleo mais íntimo da interação em questão. Nessa nova concepção da teoria do discurso da liberdade, “social” é a circunstância segundo a qual determinada instituição de realidade social já não é considerada mero aditivo, mas condição e meio para o exercício da liberdade. Dessa perspectiva, o sujeito individual só pode produzir esforços reflexivos inerentes à autodeterminação se na interação com outros, numa instituição social, forem reciprocamente realizados esforços desse mesmo tipo<sup>380</sup>.

Com tudo isso, embora o sistema jurídico, conforme sustenta François Ost, seja aberto<sup>381</sup>, tal qual no Estado Social, o direito pós-moderno de Hermes vai além, “é uma estrutura em rede que se traduz em infinitas informações disponíveis

---

379 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 344. Cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 91.

380 HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2015, p. 83.

381 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez. Nota de rodapé 3. “as criações normativas emanam de outras fontes como a jurisprudência, os costumes, as convenções internacionais, os princípios gerais do direito, a doutrina etc.”

instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis, tal como pode ser um banco de dados”. A concepção do sistema normativo é uma dialética entre transcendência e imanência<sup>382</sup>. A proposta é de uma “teoria do direito como circulação de sentido”, “um processo coletivo, ininterrupto e multidirecional de circulação do logos jurídico”<sup>383</sup>. Como ensina Habermas<sup>384</sup>:

Em primeiro lugar, o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. Em segundo lugar, a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo.

Retornando ao juiz Hermes, interessante lembrar que na mitologia grega é o deus da comunicação, da circulação, da intermediação. Pode ser também representado como intérprete, mediador, um porta-voz. Tudo isso, na verdade, desemboca na concepção de que o direito, por envolver signos linguísticos, sempre necessita de interpretação, revelando-se inacabado, permanecendo continuamente se realizando (caráter hermenêutico ou reflexivo do juízo jurídico).

Portanto, no final das contas, percebe-se que o sistema jurídico em um Estado Democrático deve ser líquido e denso ao mesmo tempo. É interessante relembrar que o correspondente latino de Hermes (grego) é o mercúrio, um metal de alta densidade que se apresenta no estado líquido. Esta liquidez jurídica se dá por meio da equidade e permite ao direito preencher os buracos nas relações sociais. “Somente a lei mesma de circulação do discurso jurídico pode aclarar sua gênese e seu desenvolvimento. [...] Antes de ser regra de instrução, o direito é razão (logos), discurso, significado em suspenso”<sup>385</sup>.

De outro lado, não se pode esquecer da função integradora que o direito desempenha na sociedade. Esta capacidade de integração social só pode ser alcançada por uma legitimidade de duplo aspecto. Em um primeiro momento, pela

---

382 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez, p. 172.

383 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez, p. 181-182.

384 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 287.

385 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez, p. 187.

obediência a um procedimento que eleva o dissenso para promover o consenso<sup>386</sup>.  
Vejam-se as palavras de Ost:

Seja qual for o conteúdo material das soluções que se impõe, o direito é antes de tudo um procedimento de discussão pública razoável, um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório. [...] A primeira garantia de legitimidade reside no respeito às condições da discussão sem coação. Esse respeito às formas, aos prazos, aos procedimentos é realmente essencial e consubstancial ao direito<sup>387</sup>.

Essa legitimidade procedimental, no entanto, não é capaz de abrigar toda a legitimidade exigida para o cumprimento dos fins almejados pelo direito. É preciso se estabelecer um laço necessário entre o respeito ao procedimento e os direitos fundamentais<sup>388</sup>. Essa concepção de uma legitimidade de duplo aspecto constitui, precisamente, a ideia de um formalismo valorativo<sup>389</sup> que deve abranger, ao menos, quatro valores fundamentais: segurança jurídica, participação, liberdade e efetividade.

Com efeito, o direito se apresenta por um estabelecimento contínuo, uma constante reflexão, seja na colocação das normas seja na sua aplicação. Nesse sentido Habermas ensina que:

Quanto mais a substância de um consenso axiológico se evapora, mais a ideia de justiça se funde com a ideia de uma fundamentação (e de uma aplicação) imparcial das normas. Quanto mais a erosão de concepções naturais de justiça avança, mais a “justiça” se purifica como um conceito procedural, mas de maneira nenhuma menos exigente. A expectativa de legitimidade – segundo a qual merecem reconhecimento apenas as normas “igualmente boas para todos” – só pode ser doravante satisfeita com auxílio de um processo que, nas condições da inclusão de todas as pessoas

---

386 LUCHI, José Pedro. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. In: **Ajuris**: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

387 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez, p. 190.

388 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez. p. 191. Luiz Guilherme Marinoni, a seu turno, afirma que “[...] os direitos fundamentais podem ser vistos não apenas como a substância que orienta o modo de ser do ordenamento jurídico, mas também como as ferramentas que servem para a (i) interpretação de acordo, para a (ii) eliminação da lei inconstitucional (declaração de inconstitucionalidade da lei), para a (iii) adequação da lei à Constituição (interpretação conforme e declaração parcial de nulidade sem redução do texto), para a (iv) geração da regra necessária para que o direito fundamental seja feito valer (controle da omissão inconstitucional) e para a (v) proteção de um direito fundamental diante de outro (aplicação da regra do balanceamento)”. MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 13-66. Obj. de citação p. 51.

389 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador, Podivm, 2007.



potencialmente envolvidas, garanta imparcialidade no sentido da consideração igual de todos os interesses afetados<sup>390</sup>.

Desse modo, conforme lecionou Willis Santiago Guerra filho: “[...] o direito, em seu estágio presente de desenvolvimento nas chamadas sociedades pós-industriais, ou seja, na pós-modernidade, ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização (*Prozeduralisierung*) em seu modo de manifestar-se”. E quanto ao procedimento ensina: “É, portanto, de fundamental importância, ao se estruturar um procedimento, que ele permita a integração do maior número possível de pontos de vistas da questão a ser decidida, e também que a decisão alcançada possa vir a sofrer modificações, diante da experiência adquirida ao aplicá-la”. E, em relação à procedimentalização, sustenta que:

A procedimentalização do direito [...] se mostra como a resposta adequada ao desafio principal do Estado Democrático de Direito, de atender a exigências sociais garantindo a participação coletiva e liberdade dos indivíduos, pois não se impõe medidas sem antes estabelecer um espaço público para sua discussão, pela qual os interessados deverão ser convencidos da conveniência de se perseguir certo objetivo e da adequação dos meios a serem empregados para atingir essa finalidade<sup>391</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni lembra, ainda, que a teoria procedimentalista de Habermas, não é alheia a questões ético-morais e aos direitos fundamentais. Vejam suas palavras:

[...] a teoria de Habermas – ao contrário das outras teorias procedimentalistas – permite a infiltração da decisão por paradigmas ético-morais, mostrando-se preocupada com a formação de um consenso a respeito dos direitos fundamentais, em um espaço público no qual deva se desenvolver o debate popular. Segundo Habermas, a jurisdição constitucional deve buscar legitimidade assegurando que o processo de gênese da lei seja receptivo àquilo que os cidadãos estabelecem como consenso no espaço público<sup>392</sup>.

---

390 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 298.

391 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 985-1005. Obj. de citação p. 1001-1003.

392 MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 541-574. Obj. de citação pp. 563-564. Ver também p. 570.

De uma forma ou de outra, o núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa), a participação. Hermes deve mediar a relação entre as partes, deve buscar a todo o momento a conciliação, deve garantir a interação, a cooperação, a lealdade e a boa-fé de todos os participantes do processo. Possui, também, o dever de equilibrar a relação processual. A postura do Juiz Hermes deve ser vista como um meio termo entre a inércia de Júpiter e o egocentrismo de Hércules. Hermes reconhece suas limitações buscando apoio nos interessados pelo desfecho da relação processual, adotando uma postura mais humana (limitada). Com isso, fica desvelada a necessidade de superação do princípio monológico que define o comportamento do juiz Hércules, já que essa postura solipsista afasta a ideia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto<sup>393</sup>.

De outro lado, é sempre bom recordar que, desde meados do século passado e mesmo antes dessa concepção democrática de processo, Piero Calamandrei já atestava que o processo não pode ser visto como um jogo, no qual as partes, seus procuradores, os julgadores e demais envolvidos passem a apresentar desconfianças mútuas e individualismos injustificados. Como destacou Luigi Paolo Comoglio<sup>394</sup>, o processo não é um instrumento *amoral*, e deve, certamente, tomar por consideração não só a atuação de cada um de seus *atores* mas, e principalmente, o respeito à boa-fé objetivamente considerada<sup>395</sup>.

---

393 Luiz Guilherme Marinoni, tratando das repercussões da transformação do direito sobre a figura do juiz, ensina: “O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 54.

394 “No processo, como na guerra e na política, a moral não entra”. COMOGLIO, Luigi Paolo. **Ética e técnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 3-8. Tal passagem também foi estudada por Leonardo Greco: A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro-Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. XIII, p. 301-351. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336) Acesso em 20 de novembro de 2017.

395 CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In **Revista de Processo: RePro**. Vol. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68: “(...) O juiz não pode ser aquele do paradigma liberal, concebido como mero espectador da luta entre as partes. Principalmente no campo processual, onde se está diante de um conflito de interesses, pode ocorrer que ‘as partes sejam tentadas a usar de todos os meios, dignos ou não, para conseguirem seu objetivo final’. É certo que cabe ao Estado-juiz zelar pela ética no processo, mas embora todos os sujeitos processuais sejam destinatários dos preceitos da moral processual, é em relação às partes e

Essa proposta discursiva visa impedir que o processo venha ser um ambiente de perplexidade, no qual tudo seria permitido de forma que aquele litigante mais astuto ou até mesmo mais ardiloso saísse vitorioso. Nesse sentido, suas funções de dirimir conflitos, de fazer atuar a tutela jurisdicional e, principalmente, de mecanismo de concretização de direitos, o que o tornam *res publica*, fazem com que não possa ser deixado, livremente, ao arbítrio das partes e nem mesmo apenas ao juiz se fosse o protagonista da relação. Não se pode admitir que as regras do discurso processual venham ser utilizadas ao bel-prazer dos seus operadores, sem que se sejam respeitadas as garantias e o *fair play processual*<sup>396</sup>, já que só assim se pode falar em *processo justo*<sup>397</sup>.

O que se percebe é que diante da complexidade dos casos sociais, do desenvolvimento científico e da globalização é necessário um resgate da velha regra

---

seus procuradores que o âmbito de incidências das regras legais referentes à moralidade revela-se mais amplo, visando a impedir a figura do *improbis litigator*. [...]"

396 "[é] antiga a preocupação com a conduta dos sujeitos da demanda. Desde que se deixou de conceber o processo como um duelo privado, no qual o juiz era somente o árbitro, e as partes podiam usar de toda argúcia, malícia e armas contra o adversário para confundi-lo, e se proclamou a finalidade pública do processo civil, passou-se a exigir dos litigantes uma conduta adequada a esse fim e a atribuir ao julgador maiores faculdades para impor o *fair play*. Existe toda uma gama de deveres morais que acabaram traduzidos em normas jurídicas e uma correspondente série de sanções para o seu descumprimento no campo processual. Tudo como necessária consequência de se ter o processo como um instrumento para a defesa dos direitos e não para ser usado ilegitimamente para prejudicar ou para ocultar a verdade e dificultar a reta aplicação do direito, na medida em que este deve atuar em conformidade com as regras da ética. Deveres que alcançam primeiramente às partes, também o fazendo, logo em seguida, aos procuradores dos litigantes e aos julgadores e seus auxiliares." MILMAN, Fabio. **Improbidade processual e comportamento das partes: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 32-33. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa "Observatório das Reformas Processuais" da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual: REDP**. Vol. XIII, p. 301-351. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336) Acesso em 20 de novembro de 2017.

397 Nesse sentido, e fazendo referência, também, à obra de Comoglio, Humberto Theodoro Júnior asseverou: "[...] Das garantias mínimas de um processo justo, idealizado pela ciência processual de nossos tempos, COMOGLIO extrai as seguintes consequências, tendo em consideração a valorização do papel ativo confiado ao juiz: a) la "moralización" del proceso, en sus diversos componentes éticos y deontológicos, constituye, hoy más que nunca, el eje esencial del fair trial o, si se prefiere, del 'proceso equo e giusto'; b) El control, bajo el perfil ético y deontológico, de los comportamientos de los sujetos procesales en el ejercicio de sus poderes, ingresa en el área de inderogabilidad del llamado 'orden público procesal', legitimando en tal modo la subsistencia de atribuciones y de intervenciones ex officio del juez; c) El rol activo de este último encuentra una justificación suplementaria, de carácter político y constitucional, en los sistemas judiciales en los que no vengán debilitados, sino más bien se vengán consolidando, el sentido de la confianza y las garantías de credibilidad del aparato jurisdiccional público". THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Boa-fé e processo - princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\)formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3)formatado.pdf). Acesso em 17 julho de 2014.

de “prudência” da qual uma concepção de direito retira seu nome<sup>398</sup>. E em âmbito jurisdicional é o procedimento participativo que institucionaliza a prudência. Ora, o processo não pode ser organizado arbitrariamente pelo legislador, nem arbitrariamente conduzido pelo juiz, ele depende do direito material, da Constituição e dos valores<sup>399</sup>. Esse é o viés jurisdicional do Estado Democrático.

Sendo assim, superado o paradigma do Estado Liberal, de uma ruptura artificial entre lógica e retórica, denunciada a limitação da razão moderna e, no direito, constatada uma superação de um modelo codificado, no qual a Lei era a única fonte daquele e o juiz o porta voz desta (juiz a boca da Lei), torna-se igualmente impossível a manutenção da matriz processual moderna, impondo-se o retorno ao juízo<sup>400</sup> como um resgate da complexidade no desenvolvimento das demandas processuais, conclamando uma participação efetiva de todos os envolvidos no estabelecimento da decisão judicial<sup>401</sup>, para que possua legitimidade democrática.

Tal questão leva o sistema processual brasileiro, tanto no âmbito teórico quanto prático, a colocar em disputa constante a busca por legitimidade e o objetivo de eficácia das decisões judiciais, ou seja, existe uma *tensão entre discursividade e*

---

398 OST, François. **Júpter, Hércules, Hermes**: Tres modelos de Juez, p. 193.

399 ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 4-5. Nesse mesmo sentido, Ascensão José de Oliveira afirma que “O direito não é uma ordem estática e acabada. É antes dinâmica, porque necessariamente se manifesta na ação. E também a ação jurídica, como toda ação, deve ser comandada pela prudência – a prudência romana ou a phronesis dos gregos. [...] O direito aparece-nos assim à partida como uma dialética da ordem e da prudência”.

400 Em trecho interessante, que reconhece essa necessidade, afirma Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Antes de nada, impõe-se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, principal ou não, que por hipótese é geral e abstrata. Realmente, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida. Por essa via, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, assim como o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 361. No mesmo sentido CHASE, Oscar. **Law, culture and ritual: disputting systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

401 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 71. Vale recordar que a própria pesquisa sobre o Processo Consituticonal foi, também, impulsionada pela crise dos modelos de Estado Liberal e Social. Nesse sentido conferir: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Contribuições para uma teoria discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Coords.) **Processo e Constituição**: dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 100.

*efetividade no direito processual*<sup>402</sup>, que parece ter sido, ao menos em alguns aspectos, observada pelo Novo Código de Processo Civil, de caráter objetivista e principiológico.

Por fim, é importante pontuar que essa tensão também é evidenciada na conformação das famílias jurídicas, já que nos termos do que foi exposto anteriormente, na *common law*, tradicionalmente, os juízos mostram-se prevalentemente argumentativos, construindo-se o direito pela jurisprudência (*judge-made law*); já na *civil law*, direito romano-germânico, os juízos manifestam-se acentuadamente demonstrativos, sendo que o estabelecimento do direito fica a cargo do legislador (*code-based legal systems*)<sup>403</sup>.

#### **4.4 O Neoconstitucionalismo no Contexto do Estado Democrático: um diagnóstico desafiador**

No item anterior, quando da exposição a respeito do modelo de Estado Democrático, sustentou-se que, nesse modelo, houve uma passagem de um paradigma legalista para um paradigma constitucional. Nessa ótica, a Constituição passa a ocupar o ponto central do sistema normativo. Essa concepção é conhecida como neoconstitucionalismo. Alguns aspectos deste neoconstitucionalismo, porém, merecem reflexão diante da necessidade de compreender melhor o contexto vivenciado pelo sistema normativo nos dias atuais.

Um primeiro aspecto a ser lembrado é que suas bases surgiram após a Segunda Guerra Mundial, em especial com o estabelecimento, na Alemanha, da Lei Fundamental de Bonn (1949) e a criação e a instalação do Tribunal Constitucional Federal (1951); e, na Itália, com a Constituição (1947) e a criação e a instalação da Corte Constitucional (1956), o que se deu, respectivamente, como resposta aos movimentos nazista e fascista que se instauraram naqueles países, sendo responsáveis pela própria guerra. Na década de 70, essa concepção de valorização do texto constitucional se espalhou pela Europa, como ocorreu com a Grécia (1975),

---

402 Quanto ao ponto conferir: DURÇO, Karol Araújo. **Tensões entre discursividade e eficácia no processo civil**: aplicação da contraposição habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa ao direito. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo em 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/Pesquisa\\_ObraForm.do?select\\_action=&co\\_autor=79585](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/Pesquisa_ObraForm.do?select_action=&co_autor=79585). Acesso em 01 de julho de 2014.

403 ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. Obj. de citação p. 51.

Portugal (1976) e Espanha (1978)<sup>404</sup>. No Brasil, assim como em outros países da América Latina<sup>405</sup>, essa vertente, que mais tarde foi denominada neoconstitucional, abriu caminho após a queda dos regimes ditatoriais. Por aqui, foi especificamente a promulgação da “Constituição Cidadã”, de 1988, que assegurou espaço propício para seu surgimento.

Por sua vez, a denominação “neoconstitucionalismo” foi proposta pela Escola de Gênova, mas se consagrou graças a constitucionalistas espanhóis e latino-americanos. Susanna Pozzolo<sup>406</sup> utilizou-se do rótulo, pela primeira vez, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social, em 1997, na cidade de Buenos Aires, para referir-se a um “grupo de jusfilósofos que compartilham um modo peculiar acerca do direito”, em especial “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino”.

Já Mauro Barberis<sup>407</sup>, sustenta ter sido o primeiro a propor-lhe um conceito: originalmente afirmou ser uma teoria do direito intermediária ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico, segundo a qual haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral no Estado Constitucional. Em um segundo momento, o autor acabou por criticar sua própria proposta, considerando-a defeituosa em dois sentidos: somente Alexy e Nino falam expressamente da conexão necessária; e ambos não a restringem ao Estado Constitucional. Diante disso, passou a lecionar que o neoconstitucionalismo seria uma “etiqueta para indicar teses com nomes diferentes sustentadas por autores diversos”.

De qualquer modo, nessa visão neoconstitucional, ganha destaque e importância o texto constitucional<sup>408</sup>, considerando a ênfase aos princípios que ele

---

404 BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 313.

405 CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p.189.

406 No original: “grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho”, em particular, “Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino”. POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa**. Vol. 21, nº II, 1998, p. 339-353. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/> Acesso em 27 de janeiro de 2018.

407 BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 07, nº 1, 2006 pp. 17-19. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311> Acesso em 27 de janeiro de 2018. Nesse texto, o autor informa que propôs o conceito em seu *Filosofia del diritto: un'introduzione storica*, publicado em 2000. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

408 Pondera Daniel Sarmento: “Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico e, no Direito Público, o decreto e a portaria valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não

veicula, além do fato de que se amplia a busca por proteção aos direitos fundamentais levando a uma forte expansão da jurisdição constitucional. Os autores adeptos do neoconstitucionalismo sustentam uma aproximação do direito a preceitos éticos e morais, mediante uma nova forma de interpretação do sistema jurídico<sup>409</sup>. Ademais, pode-se afirmar que as Constituições passaram por um processo de densificação, revelando-se fortes instrumentos para garantia de direitos, fazendo com que suas normas fossem *levadas a sério*<sup>410</sup> pelo intérprete e aplicador. No mesmo sentido, as normas constitucionais deixaram de ser vistas como de eficácia limitada ou conteúdo programático (o que levava a necessidade de Lei regulamentadora para que tivessem aplicabilidade imediata) para serem consideradas normas realmente vinculantes. Na verdade, as normas constitucionais promovem verdadeira invasão de todo o ordenamento, atingindo áreas inimagináveis, em especial na seara do direito privado, gerando a denominada *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*, anunciando o fenômeno da *constitucionalização do direito*. Para os neoconstitucionalistas o próprio sistema normativo passaria por um processo de flexibilização, na medida em que a concepção de que “a lei é dura, porém é a lei” (*dura lex sed lex*), seria substituída pela ideia do razoável, do proporcional, do equânime.

Para Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>411</sup>:

---

desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência que passou a gozar posteriormente. As Constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que surgiam no país”. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_ (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 124.

409 Luís Roberto Barroso ensina que: “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do direito. Para poderem se beneficiar do amplo instrumental do direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução constante de seus significados. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a democracia, a República e a separação dos Poderes. Houve, ainda, princípios cujas potencialidades só foram desenvolvidas mais recentemente, como o da dignidade da pessoa humana, o da razoabilidade/proporcionalidade e o da solidariedade”. BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 314.

410 Para utilizarmos a expressão de Ronald Dworkin em **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

411 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito: o método dialógico e a**

O que se reivindica, a partir do *neoconstitucionalismo*, é uma radical mudança desse paradigma: do juiz legalista do positivismo exegético (“ser inanimado”, como dizia Montesquieu) pretende-se chegar ao juiz *neoconstitucionalista*; do método meramente subsuntivo (formalista) postula-se a passagem para o ponderativo (razoabilidade). Se, no Estado Liberal de Direito, a primazia era do legislador (e do juiz Júpiter), e se, no Estado Social de Direito, a preponderância era do Executivo (e do juiz Hércules), no Estado Democrático de Direito, materialmente constitucionalizado e internacionalizado, a proeminência reside na figura do juiz Hermes. Altera-se, nesse sentido, a posição do juiz: o triunfo do método da ponderação sobre o da mera subsunção dedutivista (juiz jupiteriano) conduziu à preponderância do juiz hermesiano, capaz de avaliar todas as fontes do direito válido e organizá-las em forma de rede.

[...]

Em síntese, o constitucionalismo material (neoconstitucionalismo) é sinônimo de limitação do poder absoluto (soberano) do Estado, agora num nível superior ao do legalismo. As normas infraconstitucionais que desafiam a Lei Maior passam a ser *inválidas*, porque eivadas de inconstitucionalidade.

Na vertente neoconstitucionalista, essa flexibilidade teria ocorrido com a ascensão dos princípios, que passaram a ocupar a posição de normas jurídicas ao lado das regras. Nesse sistema neoconstitucional não se contrapõe mais *princípios* e *regras* como se fossem pertencentes a campos distintos, quais sejam: o campo axiológico para os *princípios* e o deontológico para as *regras*. Com o neoconstitucionalismo, *princípios* e *regras* passaram a ser entendidos como espécies do gênero *norma jurídica* e, desse modo, pertencentes ao campo deontológico, ainda que, segundo esse entendimento, os *princípios*, por vezes, carreguem grau valorativo maior.

Nessa concepção, os *princípios*, dado ao maior grau de imprecisão de incidência fática, seriam normas propícias à aceitação da pluralidade componente da base material constitucional, além de se mostrarem mais hábeis a se amoldarem às exigências de *tempo* e *local*, em decorrência de seu alto teor de abstração. Desse modo, caberia aos princípios a tarefa de compor o conjunto de normas que encabeçam um novo modo de interpretação do sistema normativo, que se mostra *contextualizada* e *comprometida* com as realidades sociais, já que a rigidez das regras, ainda que evidentemente dependam de interpretação, não permitiria essa mencionada abertura.

Contudo, alguns desses aspectos neoconstitucionais descortinam um diagnóstico desafiador e que merecem maior acuidade. Na linha das lições de



Álvaro Ricardo de Souza Cruz, essa visão neoconstitucional possui bases filosóficas “claramente jusmoralistas”<sup>412</sup>, que se evidenciam também pelas acusações direcionadas aos positivistas de que ignorariam a ética e a moral dentro do Direito, sendo os princípios apontados como representantes normativos desses valores que estavam sendo ignorados. Nessa visão, “[...] regras implicariam um juízo de cabimento ou não de sua subsunção, enquanto princípios se abririam ao discurso moral justificador da legitimidade da decisão”<sup>413</sup>. Porém, o autor observa que “[...] a racionalidade em torno da procura de critérios para distinguir espécies normativas claramente tem um viés da filosofia mentalista [...]” envolvendo a busca por uma “[...] essência eterna e imutável por detrás das palavras [...]”<sup>414</sup>, já que “[...] não haveria uma ‘métrica’ para definir uma distinção do tipo gradual”<sup>415</sup>. Com base em relevante releitura<sup>416</sup> de Ronald Dworkin, observando uma lógica hermenêutica, Álvaro Ricardo sustenta que “[...] há uma gramática social e moral que muda a forma de ver as coisas, permitindo a construção do conceito de direito a cada vez que se toma uma decisão jurídica”<sup>417</sup>. Destaca que a ideia de Dworkin de conceber o “Direito como integridade” torna “[...] absolutamente dispensável qualquer esforço para a identificação de enunciados normativos que cindissem a decisão jurídica [...]” de forma que “[...] a dicotomia dual de espécies entre regras e princípios tornou-se um anacronismo evidente para seus pressupostos”<sup>418</sup>. O que ocorre é que “[...] a integridade no direito implica que moralidade política em torno de uma opção

---

412 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 115.

413 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 116.

414 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 176.

415 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 127.

416 O autor já havia iniciado essa releitura em seu livro “Hermenêutica jurídica e(m) debate”, em especial nas páginas 317-323. Nesta obra observou: “Dessa maneira, a concepção dworkiana deve ser compreendida mais como a demonstração de um hiato entre, de um lado, uma hermenêutica positivista – o modelo de regras –, com traços de instrumentalização da linguagem típicos da filosofia da consciência, subsuntiva, silogística, mecânica, e, de outro, a hermenêutica contemporânea que incorpora todos os ganhos da viragem linguística – o modelo de princípios. Eis aqui a grande contribuição de Dworkin!” E completa: “O modelo de princípios é um modelo hermenêutico e não uma forma de classificação de espécies normativas em que se distinguem princípios das regras”. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica Jurídica e(em) Debate: o Constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 317-318.

417 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 122.

418 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 123.

estética e ética na interpretação conduz a uma busca incessante pela resposta correta, de modo a realmente levarmos o direito a sério”<sup>419</sup>.

Nesse ponto, as ideias defendidas por Álvaro Ricardo refutam também a concepção de Habermas, que defende que “[...] a representação *unidimensional* do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminação da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente”<sup>420</sup>. Habermas acredita que reconhecendo a existência de princípios desapareceriam os problemas de fechamento do sistema de regras bem como o de conflitos entre regras, o que, pelo exposto, não se mostra coerente.

O que fica claro é que as implicações dessas ideias sobre o neoconstitucionalismo demonstram que sua concepção de sistema normativo, no final das contas, guarda aspectos parecidos com o formalismo exegético que busca combater, já que, como aponta Álvaro Ricardo, a adoção de uma dicotomia entre princípios e regras como um “critério claro, seguro” para superar esse formalismo apresenta o mesmo pressuposto que pretende refutar, qual seja, “[...] o de construir um direito no qual a certeza e a segurança tornariam ‘científicas’ as bases do direito”<sup>421</sup>.

O autor lembra que “[...] a argumentação é uma narrativa de um sujeito deposto da pretensão de que possa tudo conhecer [...]”, já que a argumentação “[...] não passa da condição de ‘ente’ que manifesta o ‘ser’ da decisão, como diria Heidegger [...]”, ou, de forma mais precisa, como aponta o próprio autor “[...] um ‘ente’ que procura reconstruir outro ‘ente’ [...]”, uma vez que “[...] não há um ‘ser’ da decisão, porquanto ela será sempre aquilo que o julgador pensa que ela ‘é’”<sup>422</sup>. E completa:

Não há, pois, uma argumentação que conduza à decisão, tampouco uma

---

419 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 123-124.

420 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 259.

421 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 124.

422 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 172. Na conclusão, o autor volta a essa reflexão: “Alexy se esquece de que a “decisão” é fenômeno, e que a presença deverá se contentar em chegar ao ente, e nunca ao conceito em si, ao ‘ser da decisão’. **NÃO** chegamos à essência do conceito jamais, e, se eu não chego a essa essência, não podemos paralisar e dizer: “essa norma é uma regra ou é um princípio”. p. 178.

argumentação que reconstrua essa decisão. Precisamos nos contentar com menos, com um sujeito deposto que sabe que sua consciência é apenas parte do fenômeno da decisão e tal qual um historiador que não assistiu o evento e que precisa “des-crevê-lo”. Ao invés de uma justificativa racional da decisão feita por minha consciência, uma narrativa reflexiva da Hermenêutica do si, que já sabe que a “de-cisão” nunca está presente para a presença humana<sup>423</sup>.

Do mesmo modo, o juiz Hermes proposto por Luiz Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzuoli, na passagem acima transcrita, mostra-se diferente daquele modelo defendido no presente estudo, vez que não se pode aceitar que “a proeminência” resida na figura do juiz, já que não pode ser o juiz o ser iluminado “capaz de avaliar todas as fontes do direito válido e organizá-las em forma de rede”. Ora, a construção da decisão deve vir do debate participativo democrático e não de uma produção solipsista, como já se sustentou. Como lembra Álvaro Ricardo: “[...] qualquer conceito se constrói no e pelo tempo, não podendo pairar acima ou fora dele. [...] se constrói na gramática profunda de uma comunidade e na ostensividade de cada um de seus participantes”<sup>424</sup>.

Outro ponto desafiador da concepção neoconstitucionalista é o inegável papel criador do direito que é desempenhado pelo Poder Judiciário. As normas não são mais extraídas apenas das Leis, mas passam a ter na própria jurisprudência uma fonte primária. São as chamadas *normas judicadas*, diferentes das *normas legisladas*, o que já é realidade no sistema brasileiro<sup>425</sup>.

De toda sorte, parece igualmente inegável que essas normas judicadas não ocupariam o lugar sempre destinado às normas legisladas, de forma a suplantá-las. Cada qual parece ter seu papel bem definido. Como sempre, as Leis continuariam sendo “comandos genéricos e universais”<sup>426</sup> e, enquanto tais, permaneceriam

---

423 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 173.

424 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 173.

425 Caio Márcio Gutterres Taranto, apoiando em Rodolfo Camargo Mancuso, sustenta que: “Nesse sentido, Rodolfo Camargo Mancuso leciona que, apesar do parâmetro no ordenamento jurídico brasileiro ainda remanescer a norma escrita, o fato é que cada vez mais se destaca a importância da jurisprudência, no sentido de norma judicada, ou seja, aquela que já teve o seu momento judiciário, e cuja exegese, a partir de então, credencia-se para servir de precedentes a casos análogos [...]. Assim, a jurisdição constitucional rompe com a clássica concepção formal de legalidade, associada à atividade parlamentar de edição de normas legisladas”. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Forense, 2010, p. 98.

426 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 90.

disciplinando as condutas com base em disposições axiológicas e abertas, em conformidade com o panorama neoconstitucionalista. Já as normas judicadas teriam aspirações mais concretas, e isto seria mesmo de sua natureza, já que construídas a partir de julgamentos de casos concretos.

No sistema brasileiro, que adota também um controle difuso de constitucionalidade, pelo qual todo e qualquer juiz possui o poder de reconhecer a inconstitucionalidade de uma Lei ou ato normativo, não são raras, nas diversas esferas do Poder Judiciário, decisões fundadas apenas em princípios, e em muitos casos de caráter ativista. Essa realidade é potencializada pela adoção do chamado *devido processo legal substancial* (*substantial due process*)<sup>427</sup>, que possui influxo no sistema nacional com base no inciso LIV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, concebendo a ideia de que toda Lei irrazoável deve ser declarada nula e, consequentemente, inapta a produzir os efeitos que eram esperados. Ora, é difícil se pensar em outra concepção tão aberta quanto o devido processo legal substancial. Quanto ao ponto, interessante a observação de Antônio Roberto Sampaio Dória, o qual, discorrendo sobre o princípio em questão, afirmou: “o conteúdo substantivo de *due process* é, pois, e deve continuar, insuscetível de confinamentos conceituais”<sup>428</sup>.

---

427 Chemerinsky ensina: “devido processo substancial, como a frase sugere, procura investigar se o governo tem uma razão adequada para retirar a vida, liberdade ou propriedade de uma pessoa. Em outras palavras, devido processo substancial vai perquirir se há uma justificativa suficiente para a ação governamental”. (tradução livre) No original: “substantive due process, as that phrase connotes, asks whether the government has an adequate reason for taking away a person’s life, liberty or property. In other words, substantive due process looks to whether there is a sufficient justification for the government’s action”. CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law: principles and policies**. 2. ed. Nova Iorque: Aspen, 2005, 523-524. Vejam como os ingleses Henry J. Abraham e Barbara A. Perry conceituam o princípio contemporaneamente: “O conceito do devido processo legal e sua aplicação aos nossos governos estadual e federal é baseado em um extensivo reservatório de limitações constitucionais expressas e implícitas sobre a autoridade governamental, fundamentalmente determinado pelo processo judiciário, sobre as noções básicas de lisura e decência que governam, ou devem governar, o relacionamento entre legislador e legislado. (tradução livre). ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Bárbara A. **Freedom and the Court**. London: Oxford University Press, 1994, p. 94 Também a Suprema Corte americana já se pronunciou sobre o que representa o princípio em cotejo em diversos casos, dos quais se transcreve parte do julgado *Solesbee v. Balkcon* de 1950: “Acha-se assentada a doutrina por essa Corte que a cláusula do due process enfeixa um sistema de direitos baseados em princípios morais tão profundamente enraizados nas tradições e sentimento de nossa gente, de tal modo que ela deve ser julgada fundamental para uma sociedade civilizada como concebida por toda a nossa história. Due process é aquilo que diz respeito às mais profundas noções do que é imparcial, reto e justo”. (tradução livre) No original: “It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just”. Disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/339/9.html> Acesso em 27 de janeiro de 2018.

428 DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p 33.

De todo modo, é bom ter em mente que a radicalização do princípio coloca em xeque a própria estabilidade do sistema, já que, dificilmente, encontra-se-á uma Lei perfeita o suficiente ao ponto de não poder sofrer o risco de ser considerada *irrazoável* de acordo com a convicção do julgador.

Nessa linha, não se pretende refutar completamente os benefícios da adoção desse sistema flexível, que parece ser inevitável diante, inclusive, do caráter linguístico-hermenêutico do direito. Entretanto, é sintomática a insegurança jurídica gerada por todo esse contexto, posto que em decorrência da enorme liberdade conferida aos magistrados na interpretação das normas, especialmente pela fluidez gerada pela aplicação de normas de viés aberto, multiplicam-se decisões conflitantes, mesmo diante de casos idênticos ou muito semelhantes.

Isso ocorre porque todas essas mudanças descortinaram quadro desafiador, mas forçoso, já que decorrente da constatação de que as premissas de segurança da modernidade ruíram. Como afirmou José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior<sup>429</sup>:

Teorias como a teoria da relatividade, na física, foram decisivas para essa transformação, que acabou também por alcançar o direito, hoje abordado por muitos sob uma perspectiva própria das teorias da linguagem. Isso confere ao trabalho dos operadores do direito uma dimensão de complexidade até então inédita, apresentando novos desafios e possibilidades.

Torna-se indispensável, portanto, para atender as premissas do Estado Democrático e enfrentar esses desafios, que se estabeleçam mecanismos garantidores de um mínimo de uniformização e legitimação às decisões judiciais, também como forma de estabilização do sistema, já que é fundamental razoável grau de previsibilidade e confiança nas decisões judiciais.

Essa necessidade de uniformização e previsibilidade é mais um desses desafios contemporâneos, já que em um contexto neoconstitucional, em decorrência da fluidez das normas e da abertura característica de muitos de seus preceitos, o exercício da jurisdição, ainda que sob os mais elevados propósitos de justiça, pode oferecer respostas mais díspares possíveis acerca de idêntico tema. É preciso saber com que mecanismos poder-se-á enfrentar esse desafio, tendo em vista que a vinculação aos precedentes, em especial em uma tradição como a do sistema

---

429 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 2.

brasileiro, parece não ser capaz de garantir essa estabilidade; ao mesmo tempo em que pensar apenas na necessidade de fundamentação das decisões como instrumento de controle da legitimidade, mostra-se também insuficiente.

Nos pontos seguintes deste estudo, a tentativa será justamente a de buscar o estabelecimento de bases sobre as quais possa se assentar um modelo de jurisdição e de juiz que seja capaz de atender aos anseios de uma concepção democrática. Para tanto, mostra-se fundamental aprofundar a investigação a cerca da compreensão dos impactos da virada linguística e da racionalidade comunicativa sobre o direito, o que será o próximo ponto de abordagem.

## 5 A VIRADA LINGUÍSTICA E A RACIONALIDADE COMUNICATIVA

Realizada uma investigação sobre as tradições jurídicas e também em relação aos modelos de Estado e de juiz, antes de se ingressar no estudo central do presente trabalho, que diz respeito ao modelo de juiz do Estado Democrático, é fundamental compreender, ainda que de forma sucinta, o contexto filosófico que serve de pano de fundo para essa investigação.

Crê-se que a compreensão sobre a virada linguística e o aflorar da denominada racionalidade comunicativa, assim como os demais temas que já foram abordados até aqui, são etapas indispensáveis para a definição do contexto no qual deve ser estruturado um modelo de juiz democrático.

De fato, entende-se que como as coisas são definidas e até condicionadas, em grande parte, pelo ambiente e pela tradição em que se encontram, tudo o que foi investigado, assim como o contexto de estruturação racional contemporâneo, são recortes epistemológicos básicos para o entendimento sobre o cerne da investigação.

Nesse sentido, para compreender a virada linguística e a racionalidade comunicativa é preciso, em primeiro lugar, saber que o conceito de racionalidade foi introduzido por Max Weber que o utilizou para nomear o processo de compreensão e de apreensão do mundo a partir da razão, demonstrando como esta opera o processo de transformação da natureza, permitindo ao homem adaptá-la as suas necessidades, ao invés dele ter que se adaptar a ela<sup>430</sup>.

Assim, Max Weber utilizou a ideia de racionalidade para definir o modo como operava a economia capitalista, fundada no direito privado burguês e na dominação burocrática<sup>431</sup>. Para Max Weber, racionalidade significa “a ampliação das esferas sociais, que ficam submetidas aos critérios da decisão racional”<sup>432</sup>. Habermas sustenta que as concepções weberianas foram compartilhadas por toda a velha sociologia cujas classificações bipolares giram em torno da mesma questão, qual seja: “o problema de reconstruir conceitualmente a mudança institucional, resultado

---

430 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 84.

431 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 45.

432 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 45.

da pressão do alargamento dos subsistemas da ação racional teleológica”, pelo que a racionalização em Weber é uma tentativa de “apreender as repercussões do progresso técnico-científico no enquadramento institucional das sociedades que se englobam na modernização”<sup>433</sup>.

Essa visão da razão como um processo organizado e organizável, na busca de resultados eficazes, representa a confiança na capacidade racional ilimitada de conhecer (ou de ser capaz de conhecer) o mundo, sem que para isso fosse preciso recorrer a forças mágicas ou supra-humanas, como se pensava na filosofia Clássica. No pensamento weberiano, racionalidade é compreendida como a possibilidade ou a capacidade *humana* de explicar e justificar por meio de juízos verdadeiros a totalidade das coisas existentes no mundo objetivo, o que revela a crença de que o mundo objetivo pode ser conhecido utilizando-se meios técnico-científicos adequados<sup>434</sup>. Nas palavras do próprio autor:

A intelectualização e a racionalização crescentes não significam, pois, um crescente conhecimento geral das condições gerais da nossa vida. O seu significado é muito diferente: significa que se sabe ou se acredita que, em qualquer momento em que se queira se pode chegar a saber; que, portanto, não existem em torno de nossa vida poderes ocultos e imprevisíveis, mas que, pelo contrário, tudo pode ser dominado através do cálculo e da previsão. Isto significa simplesmente que se exclui o mágico do mundo<sup>435</sup>.

Pois bem, compreendido o conceito de racionalidade moderna, envolvendo a desmistificação do mundo, pode-se passar a exposição relativa à virada linguística. O movimento filosófico conhecido como “virada linguística”<sup>436</sup> vivido na filosofia no final

---

433 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 55-56.

434 BOLZAN, José. **Habermas: razão e racionalização**. Ijuí: Editora Ijuí, 2005, p. 36.

435 WEBER, Max. **O político e o cientista**. Lisboa: Presença, 1979, p. 121-122.

436 “Estritamente falando, a passagem para o paradigma pragmático-lingüístico tem seu ponto nuclear na «guinada lingüística». Porém tal guinada lingüística articula-se com outros motivos, a saber, racionalidade procedural, razão situada, precedência da práxis, os quais compõem uma constelação que caracteriza o modo pós-metafísico de pensar. Em consequência, para Habermas, a superação da filosofia da consciência corresponde também ao surgimento do modelo pós-metafísico. [...] Tal guinada lingüística é promovida por quatro motivos críticos: os paradoxos do Eu de Fichte; a substituição do esquema sujeito-objeto pelo esquema enunciado-estados de coisas; o emprego de terceira categoria, por ex. linguagem e ação, que encarnam a razão e permitem uma síntese de transcendentalismo e evolução; a aquisição de uma metodologia reconstrutivo-pública mais confiável que a introspecção”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 449.



do século XIX e início do século XX<sup>437</sup>, representou, em última análise, a compreensão de que a linguagem é um *medium* originário e universal, de forma que é a partir dela que os sujeitos se estruturam e se afirmam como tais. Com a virada linguística, esvazia-se a importância do indivíduo e da busca por uma racionalidade individual, estabelecendo-se, em substituição, um processo linguístico e cultural, uma vez que se percebeu que as intenções e interesses, desejos e sentimentos individuais, não são simplesmente privados, mas estão sempre ligados a um mundo simbólico cultural e, por isso, são sempre susceptíveis de interpretação, discussão e mudança. O mesmo ocorreu com os processos de individualização que passaram a ser compreendidos, simultaneamente, como processos de socialização, colocando em risco a concepção monológica Moderna<sup>438</sup>.

Nesse sentido, são as precisas lições de José Adércio Leite Sampaio<sup>439</sup> sobre as consequências desse movimento para o direito:

A dicotomia sujeito-objeto que atingiu o auge na Idade Moderna enxergava o mundo como algo objetivo que podia ser apreendido, compreendido e explicado pela consciência cognoscitiva. A justiça era um dado natural e, portanto, externo ao próprio sujeito, que podia também ser acessada objetivamente pela consciência. Esse fetiche objetivante que cativou os jusnaturalistas também envolveu os positivistas que viam na lei positiva o dado objetivo de estudo da ciência jurídica. A hermenêutica filosófica rompeu com esse paradigma, pois revelou em cores fortes que aquela consciência ao desejar entender o sentido das palavras, das coisas ou do mundo introduzia sua pré-compreensão no próprio entendimento, modificando o objeto de seu estudo. O entendimento para aspirar a alguma correção haveria de ser reflexivo e, ao mesmo tempo, um processo objetivo-subjetivo, cheio de idas e vindas. O direito, como produto cultural, seria também um objeto modificado pelo entendimento e somente poderia ser conhecido como processo de interação sujeito-objeto.

Charles Peirce realçou a ideia de que o conhecimento é um processo intersubjetivo. A verdade surge quando são considerados todos os fundamentos relevantes pela comunidade de argumentação livre e haja, enfim, um consenso de todos em torno desses fundamentos. A verdade não é, portanto, objetiva, mas intersubjetiva.

---

437 Sobre a virada linguística ver: RORTY, Richard M. **The Linguistic Turn: Essays in Philosophical Method**. Chicago: The University of Chicago Press, 1992. Para maior detalhamento de sua aplicação ao Direito ver: MARMOR, Andrei. (Ed.) **Direito e Interpretação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

438 “A Sociedade Moderna se compreende a partir da racionalidade com respeito a fins e por isso se organiza segundo o parâmetro da disponibilidade técnica monologicamente executada, ocultando a necessária mediação do sujeito social”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 10.

439 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 104-105

Essa virada linguística e a compreensão da racionalidade comunicativa foram, na verdade, a saída encontrada para um processo de corrosão da racionalidade moderna que, gradativamente, foi se convertendo em uma razão instrumental.

O aflorar da razão moderna realizou um processo de desmistificação e desencantamento do mundo de forma a “substituir a imaginação pelo saber”<sup>440</sup>, porém acabou promovendo, em decorrência do poder inerente ao saber, um crescente processo de escravização da natureza e dos homens, já que a busca incessante da eficácia levou ao distanciamento dos valores, da cultura e da sociedade enquanto um agrupamento de indivíduos que interagem. Nesse sentido, Adorno e Horkheimer, expoentes da escola crítica de Frankfurt, foram precisos em afirmar que “O que importa não é aquela satisfação que, para os homens, se chama ‘verdade’, mas a ‘operation’, o procedimento eficaz”<sup>441</sup>.

Por outras palavras, a proposta de uma razão emancipatória moderna foi aniquilada pela gradativa passagem a uma razão instrumental. Mais uma vez

---

440 “[...] o esclarecimento tem perseguido sempre o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calma triunfal. O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber. [...] o entendimento que vence a superstição deve imperar sobre a natureza desencantada. O saber que é poder não conhece nenhuma barreira, nem na escravização da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo”. ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 20. É interessante observar que, para muitos, qualquer concepção puramente racional é incompleta, vez que outros aspectos têm de ser levados em conta, inclusive as emoções. Nesse sentido as lições de Antonio Damasio: “Redução seletiva de emoção é ao menos tão prejudicial para racionalidade quanto emoção excessiva. Certamente não parece verdadeiro que a razão tenha algo a ganhar operando sem a influência da emoção. Ao contrário, emoção provavelmente auxilia a racionalidade, especialmente em questões pessoais e sociais envolvendo risco e conflito. Foi sugerido que certos níveis de processamento emocional provavelmente nos apontam ao setor do espaço de tomada-de-decisão onde nossa razão pode operar com mais eficiência. Não foi sugerido, entretanto, que emoções são um substituto para razão ou que emoções decidem por nós. É óbvio que perturbação emocional pode levar a decisões irracionais. A evidência neurológica apenas sugere que ausência seletiva de emoção é um problema. Emoções bem direcionadas e bem implantadas parecem ser um sistema de suporte sem o qual o edifício da razão não pode operar apropriadamente”. (tradução livre) No original: “Selective reduction of emotion is at least as prejudicial for rationality as excessive emotion. It certainly does not seem true that reason stands to gain from operating without the leverage of emotion. On the contrary, emotion probably assists reasoning, especially when it comes to personal and social matters involving risk and conflict. I suggested that certain levels of emotion processing probably point us to the sector of the decision-making space where our reason can operate most efficient. I did not suggest, however, that emotions are a substitute for reason or that emotions decide for us. It is obvious that emotional upheaval can lead to irrational decisions. The neurological evidence simply suggests that selective absence of emotion is a problem. Well-targeted and well-deployed emotion seems to be a support system without which the edifice of reason cannot operate properly”. DAMASIO, Antonio. **The Feeling of What Happens**. Harcourt Brace & Company: London, 1999, p. 41-42.

441 ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 20.

apoiando-se em Adorno e Horkheimer, expoentes da Teoria Crítica, fica claro que: “O que os homens querem apreender da natureza é como empregá-la para dominar completamente a ela e aos homens”<sup>442</sup>.

É possível afirmar, portanto, que a hegemonia dominante estabelecida pela filosofia da consciência, cuja centralidade gira em torno das relações existentes entre sujeito-objeto, construiu uma racionalidade dominadora e “instrumentalizante, redutora do ser ao ente, incapaz de dar espaço ao «diferente» e de pensar a intersubjetividade”<sup>443</sup>. Essa constatação evidenciou o exaurimento desse modo de pensar e a Teoria Crítica da escola de Frankfurt, que tão bem trabalhou esse exaurimento, serviu de pano de fundo para elaboração da Teoria da Ação Comunicativa por Habermas.

O que se percebe é que a necessidade da passagem para uma racionalidade linguística é, em especial, a incapacidade da racionalidade subjetiva de fundamentar e reger as relações sociais e a esfera pública<sup>444</sup>. Ora, convém lembrar que a base da sociedade é interativa, exigindo comunicação, o que não pode ser obtido a partir do esquema sujeito-objeto próprio da Modernidade. A filosofia do sujeito mostra-se deficiente em decorrência do reducionismo que promove na complexidade da racionalidade presente no mundo, isso porque valoriza apenas seu âmbito cognitivo-instrumental<sup>445</sup>. Três séculos após o início da modernidade, ficou claro que não é

---

442 ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 20.

443 “Todavia, nos últimos tempos, em condições às vezes caracterizadas como «nova intransparência», tem audiência crescente os contestadores da razão universalista Moderna e de seu portador, o Sujeito. Razão e sujeito são acusados de hegemonia e dominação, de situar-se em um quadro teórico sujeito-objeto sempre já derivado, não originário e instrumentalizante, redutor do ser ao ente, incapaz de dar espaço ao «diferente» e de pensar a intersubjetividade. Também Habermas considera o paradigma filosófico-consciencial exaurido e inadequado para pensar criticamente a sociedade contemporânea. Sua proposta alternativa de resgate da racionalidade Moderna se estrutura sobre a base de uma racionalidade comunicativa”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 07.

444 “Seguindo de perto o platonismo, a filosofia da consciência privilegiara o interior em relação ao exterior, o privado em relação ao público, a imediação da vivência subjetiva em relação à mediação discursiva”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 09.

445 “Ele (Habermas) considera a filosofia da consciência como incapaz de oferecer uma base teórica de racionalidade adequada à sociedade contemporânea. Porque, segundo ele, a filosofia do sujeito comete uma redução na complexidade da racionalidade já atuante no mundo da vida, selecionando e privilegiando o aspecto cognitivo-instrumental. Tal redução é caracterizada como «logocentrismo» e seria então característica do paradigma da consciência, que se estreita, com seu esquema Sujeito-Objeto: ontologicamente, ao mundo dos seres; epistemologicamente, ao contato com objetos e estados de coisas; semanticamente, às sentenças assertórias e à verdade proposicional. O logocentrismo está conectado com uma fixação às Ciências Naturais. O conceito de

automática a passagem de um âmbito de liberdade subjetiva para o de liberdade social, em especial porque o Estado não pode ser entendido como um macro sujeito<sup>446</sup>.

Com efeito, ficou evidente que a validade do pensamento solitário precisa passar por justificação dos enunciados linguísticos na comunidade de argumentação atual, pois o pensar, assim como sua validade, são sempre argumentativos/discursivos exigindo a intersubjetividade. Isso representa a superação da concepção de uma razão monológica, vinculada à idéia de um sujeito cognoscente e se torna o pano de fundo para o desenvolvimento da Teoria da Razão Comunicativa<sup>447</sup>.

Conforme já se afirmou, a linguagem é um médium intranscendível, o que significa que ela é condição de possibilidade e de validade de todo entendimento sobre o pensamento conceitual, sobre o conhecimento dos objetos, sobre o agir e de todo entendimento de si mesmo ou do “ser”<sup>448</sup>.

---

racionalidade comunicativa, propugnado por Habermas, amplia o quadro dos aspectos considerados, àquele normativo e ao auto-apresentativo. Somente tal ampliação permite à filosofia exercer seu papel de «guardiã da racionalidade», abandonando ao mesmo tempo a afirmação de uma «origem fundamental». Para Habermas o logocentrismo e o Primado das ciências naturais, que caracterizam a filosofia da consciência, está na base da «reificação». A objetividade da realidade diante do sujeito, sob o modelo das ciências da natureza, estaria na base da redução instrumental da razão processada pela tradição ocidental. A crítica da dissolução da Práxis em Técnica, a defesa metodológica da dualidade entre ciências naturais e sociais, a crítica epistemológica à pretensão universal do modelo Sujeito-Objeto e a subsequente articulação de uma Teoria da Sociedade sobre uma base intersubjetivo-linguística... são os passos habermasianos para uma superação da reificação, reificação que, a partir de certo momento de sua obra, passa a ser atribuída ao paradigma filosófico consciencial”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 448.

446 “Fica claro que a alternativa habermasiana ao equívoco da projeção da sociedade como um sujeito em tamanho grande é a «integração social», ou a coordenação de ações através da linguagem, com base na resolução argumentativa de diversas pretensões de validade levantadas pelos atos de fala”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 13.

447 Nesse sentido Pedro Luchi, com base em Habermas, adverte: “Habermas [...] procura também superar o esquema Sujeito-Objeto, porém em diálogo com as ciências, atravessando o processo científico e mostrando como de seu interior emerge uma racionalidade mais ampla. Por isso ele deve mostrar como é possível a ciência além dos estreitos limites sujeito-objeto. Seu esforço de fundamentar a ciências do espírito e sociais pode ser compreendido a partir dessa problemática. Ele mostra como o esquema sujeito-objeto só pode ser atuado no contexto sujeito-sujeito, isto é, o agir instrumental de fato sempre se realiza no interior de ação social, de regras e interesses comuns de interação”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 406.

448 Quanto ao ponto ver os estudos de Habermas sobre a função destranscendentalizadora exercida pela linguagem sobre a razão, retirando a posição central do sujeito cognoscente para colocá-la sob uma comunidade deliberativa. De tais ensinamentos destaca-se: “De mais a mais é a prática

[...] os sinais lingüísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados lingüísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estado de coisas substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa de subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais [...]. A própria Teoria Crítica é surpreendida no final pela guinada lingüística<sup>449</sup>.

Na verdade, a linguagem revela-se intranscendível porque não pode ser negada, já que a construção de qualquer argumento contrário seria formulado com base na própria linguagem. É nesse contexto que se percebeu a impossibilidade de uma visão reducionista de racionalidade, restando a necessidade de se refutar, inteiramente, a pretensão hegemônica de uma racionalidade instrumental, que revelou não ser capaz de promover a formação ou a fundamentação institucional da sociedade, pelos motivos já expostos.

O poder da linguagem é tão forte, que embora não soubesse o pensamento moderno, o médium linguagem se estende para além dos limites da racionalidade comunicativa. A linguagem se faz presente também na razão instrumental, sendo certo que, como sustenta Habermas, as espécies de racionalidade (instrumental e comunicativa) se entrelaçam pelo “medium comum da linguagem”<sup>450</sup>. Habermas ensina, porém, que “nem todo o uso da linguagem é comunicativo, e nem toda comunicação lingüística visa o entendimento mútuo, na base de pretensões de validade intersubjetivamente reconhecidas”<sup>451</sup>. Por outras palavras, embora toda racionalidade pressuponha a linguagem, nem toda ação racional é decorrente de um processo próprio da linguagem, já que, para uma razão teleológica, até mesmo a linguagem, é um simples meio (embora indispensável) para que se cheguem aos fins almejados. De uma forma ou de outra, fato é que mesmo as práticas não

---

lingüística – sobretudo o uso do termos singulares – que nos obriga à suposição pragmática de um mundo objetivo comum. O sistema de referência construído sobre a linguagem natural assegura a qualquer falante a antecipação formal de possíveis objetos de referência”. HABERMAS, Jürgen. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Tradução: Lucia Aragão; revisão: Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 39. E ainda: “A teoria do agir comunicativo destranscendentaliza o reino do inteligível, porém com o único intuito de aninhar a força idealizadora de antecipações transcendentais nos pressupostos pragmáticos inevitáveis dos atos de fala [...]”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 37.

449 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 15, 53.

450 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 126.

451 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 125.

linguísticas caracterizam-se pela estrutura proposicional da linguagem, mas não carregam a busca pelo entendimento recíproco entre os falantes<sup>452</sup>.

Discurso, portanto, entendido como a possibilidade de interação completa entre os interlocutores é uma situação linguística ideal<sup>453</sup>. Segundo Habermas, discurso é espécie de comunicação ou de fala que possui por objetivo fundamentar pretensões de validade das opiniões e normas em que se baseia implicitamente a outra espécie de comunicação ou fala, o “agir comunicativo” ou “interação”. É, pois, mecanismo que visa fundamentar o agir comunicativo. Revela-se como um processo de comunicação que visa o entendimento mútuo o qual está na base de toda a interação, pois somente uma argumentação em forma de discurso permite o acordo de indivíduos quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas.

Resta claro que o discurso pressupõe a interação, isto é, a participação de atores que se comunicam livremente e em situação de simetria. O discurso é uma verdadeira ideia reguladora contrafactual, o qual, como uma situação linguística ideal, é uma direção para a prática comunicativa que só seria atingível em condições ideais de realização. Tal qual entendido por Habermas, discurso é um modelo, um ideal para a comunicação<sup>454</sup>.

Nesse ponto, entende-se importante aprofundar alguns aspectos para que se elucide que as concepções de Habermas de ideia reguladora ou situação linguística ideal não se confundem com concepções metafísicas. Como lembram Alexandre Travessoni Gomes e Jean-Christophe, não se mostra correto compreender a situação ideal de fala ou mesmo o conjunto dos pressupostos idealizantes do agir comunicativo em Habermas como uma espécie de sucedâneo do “reino dos fins” ou como uma “ideia reguladora” kantiana que “serve como guia para discursos

---

452 “As práticas não-linguísticas são também marcadas pela estrutura proposicional da linguagem, mas não servem, como as linguísticas, para alcançar fins ilocucionários. Além disso, as ações são do tipo social ou não social. O agir social consiste ou na interação normativamente regida entre sujeitos que agem pela comunicação ou na tentativa dos antagonistas de exercerem uma influência estratégica mútua. Por certo, o agir instrumental está engastado em contextos de ação social, mas serve essencialmente a intervenções teleológicas no mundo de coisas e eventos causalmente ligados”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 21.

453 “E “discurso racional” é toda a tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 142.

454 FREITAG, Barbara; ROUANET, Sergio Paulo. **Habermas**: Sociologia. São Paulo: Ática, 1980.

empíricos” e “torna possível criticar resultados neles obtidos”<sup>455</sup>. Como afirma o próprio Habermas: “No lugar da subjetividade transcendental da consciência entra a intersubjetividade destranscendentalizada do mundo da vida”<sup>456</sup>.

Na realidade, o que percebeu Habermas, com base na teoria do discurso, é que qualquer ato de fala possui pretensões implícitas de validade, a saber: a veracidade (autenticidade) do locutor; a verdade das afirmações feitas e a correção das normas seguidas. O discurso ocorreria quando estas pretensões fossem integralmente cumpridas. Tais pretensões, ainda que não se materializem no mundo fático, não podem ser negadas, pois decorrem da estrutura do ato de fala, sendo contrafactuais. Como lembra José Adércio Leite Sampaio<sup>457</sup> essas pretensões de validade dos atos de fala: “São pressupostos contrafactuais de um consenso que funcionam como pano de fundo para o agir comunicativo e que permitem distinguir o verdadeiro do falso consenso ou daquele contaminado pelas ideologias”.

---

455 GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean Christophe. **Direito e moral em Kant**. Belo Horizonte: Mandamento, 2007, p. 69. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Pensar Habermas para além de Habermas: A Tese da Relação Interna entre o Estado de Direito e Democracia em uma sociedade agora dita “pós-secular” na obra recente de Habermas – uma revisão? In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. O próprio Habermas sustenta que: [...] as ideias kantianas da razão pura não podem traduzir-se diretamente da linguagem da filosofia transcendental à linguagem da pragmática formal. E estabelecer ‘analogias’ não resolve a questão. No curso de sua transformação, as oposições de Kant (constitutivo versus regulativo, transcendental versus empírico, imanente versus transcendente, etc.) perdem sua nitidez, já que a destranscendentalização implica uma profunda intervenção na sua arquitetura básica. [...] a transformação das ‘ideais’ kantianas da razão pura em pressupostos ‘idealizantes’ do agir comunicativo levanta dificuldades especialmente acerca do papel factual das suposições contrafactuais pressupostas performativamente. Isso porque elas adquirem uma eficácia operativa para a estruturação dos processos de entendimento e dos contextos organizados de interação. De acordo com a pragmática formal, a estrutura interna racional do agir orientado para o entendimento está refletida nas pressuposições que os atores têm que fazer se eles querem se engajar nessa prática. A necessidade desse ‘ter que’ possui antes um sentido wittgensteiniano do que kantiano. Isso é, ela não possui o sentido transcendental das condições numerais, necessárias e universais da experiência possível, mas o sentido gramatical de uma ‘inevitabilidade’ advinda das conexões conceituais internas de um sistema de comportamento guiado por regras, em que nos socializamos, e que, em qualquer caso, ‘é para nós inescapável’. HABERMAS, Jürgen. **Truth and justification**. Trad. Bárbara Fultner. Cambridge, Mass.: MIT, 2005, p. 85-87 *apud* OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Pensar Habermas para além de Habermas: A Tese da Relação Interna entre o Estado de Direito e Democracia em uma sociedade agora dita “pós-secular” na obra recente de Habermas – uma revisão? In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 273.

456 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 39.

457 SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 155. Mais adiante o autor completa: “São pretensões que habitam uma situação ideal de fala, em que os falantes emancipados são colocados em pé de igualdade comunicativa, podendo usar livremente os atos de fala (comunicativos, com sua compreensibilidade; constatativos, com sua verdade; representativos, com sua veracidade; e regulativos, com sua correção normativa), para afirmar, interpretar, interpelar, discordar, recomendar, opor-se, permitir, proibir, prometer, explicar e justificar”. p. 156

Nesse caminho, por vias discursivas, ou seja, a partir de um diálogo convincente e voltado ao entendimento, o que demanda a isenção de qualquer forma de violência interna ou externa, restabelece-se a comunicação desde que as pretensões de validade postas em questão tenham sido reafirmadas e revalidadas discursivamente. Em outros termos: a) um locutor convence seu parceiro de diálogo da veracidade de sua fala, fazendo-a coincidir com suas ações; b) com isso, esses argumentos verdadeiros passam a prevalecer, também por terem sido fundamentadas as proposições enunciadas de forma plausível, e c) os argumentos são revalidados, quando compreendidos, respeitados e aceitos por todos os integrantes de uma situação dialógica<sup>458</sup>.

Por conseguinte, no paradigma do pensamento pós-metafísico, fatos histórica ou sociologicamente constituídos são constantemente repensados e reconstruídos por meio de práticas discursivas. Já no âmbito do direito, essas mudanças ocorrem normativamente com auxílio das normas legisladas e também das decisões dos Tribunais, que interferem na prática cotidiana. Ademais, além dessa normatividade produzida pelo Legislativo e Judiciário, o Poder Executivo aplica as leis em vigor contribuindo também para a estruturação da realidade social.

A normatividade da Lei, quando internalizada pelos atores, gera expectativas sociais, que se concretizam em ações sociais. Porém, como tais ações são definidas pelo direito, longe de serem espontâneas ou resultantes necessariamente de processos comunicativos autênticos, decorrem da legalidade do poder instituído.

Para Habermas, a ordem institucional legal (legalidade) cria, em sociedades modernas, a legitimidade do sistema normativo, desde que atendidos certos critérios democráticos e princípios discursivos. Assim, a legitimidade depende da ordem legal, do direito discursivo e do poder democrático institucionalizado. Para que sistema normativo tenha validade social e seja efetivamente legítimo precisa ter elaborado as suas Leis (Constituição, legislação comum), as normas de sua aplicação (administração pública) e as formas de seu controle (judiciário), pelas vias argumentativas envolvendo os âmbitos moral, ético e prático, atendendo os preceitos de facticidade e validade<sup>459</sup>.

---

458 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

459 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.



A título de exemplo dessa relação entre faticidade e validade, a faticidade de uma ordem social como o nazismo alemão pode significar que esta ordem seja legítima, por se tratar de uma ordem em que houve a adesão da maioria dos alemães ao regime de Hitler e sua submissão incondicional. Essa faticidade, também significa legalidade, em decorrência das eleições de 1933 e porque o regime nazista reformulou as Leis da República de Weimar (por exemplo, a legislação anti-semita), baseando-se em um sistema jurídico, fixado em Lei e garantido pelo governo, democraticamente eleito.

Se for analisada a ordem social nazista a partir de Habermas, ver-se-á que embora tenha sido factual (isto é, ao mesmo tempo legal e legítima), jamais seria válida, já que somente pode ser válida uma ordem social cujas normas e Leis foram elaboradas democraticamente, envolvendo todos os atingidos e interessados. Ora, é difícil imaginar que os judeus aceitaram a argumentação nazista votando em favor das Leis anti-semitas. Esta mesma ordem social ainda não seria considerada válida, porque suas normas e Leis não podiam, sob uma perspectiva moral e racional, serem consideradas corretas para todos e por todos. Isso ocorreu porque não foram elaboradas por vias argumentativas criando uma nova normatividade baseada na razão comunicativa. Ora, para assegurar a validade de uma ordem social, tais critérios discursivos precisam ser atendidos e respeitados, sendo claro que esse raciocínio pode ser transplantado para o modelo de jurisdição e de juiz.

Em resumo, a faticidade refere-se a uma realidade social proveniente simultaneamente de duas fontes: processos históricos e sociais espontâneos, cuja normatividade pode ser atribuída ao sentimento comunitarista e à tradição; e práticas normativas, deduzidas da legislação vigente. Tal faticidade somente teria validade, ética e jurídica, se as normas jurídicas que a regem tivessem sido elaboradas segundo normas e critérios discursivos<sup>460</sup>, sendo mais uma vez possível pensar da mesma forma em relação à jurisdição e ao juiz.

É válido ressaltar que Habermas reconhece ainda não existir, nos dias atuais, nenhuma ordem social efetiva que tenha plena validade, no sentido discursivo que lhe atribui, já que as sociedades democráticas vigentes, que sem dúvida têm faticidade, ainda não atendem a todos os critérios democráticos, a todos os princípios discursivos e racionais exigidos para constituir uma ordem totalmente

---

460 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

válida<sup>461</sup> (também aqui é possível transportar esse pensamento para uma análise da jurisdição).

Da mesma forma, em *Verdade e Justificação*, pondera que no mundo real nem sempre é possível atingir plenamente os pressupostos pragmáticos do discurso. Vejam-se suas palavras:

Entretanto, nas condições imperfeitas do mundo real, eles não podem esperar (a) que os pressupostos pragmáticos dos discursos racionais, necessários, para um entendimento mútuo, sejam sempre cumpridos e (b) que todos os participantes realmente sigam as normas reconhecidas como válidas, mesmo quando estão de acordo<sup>462</sup>.

Voltando a questão do discurso, o autor apresenta alguns pressupostos para sua efetivação, quais sejam: “(a) publicidade e total inclusão de todos os envolvidos, (b) distribuição eqüitativa dos direitos de comunicação, (c) caráter não-violento de uma situação que admite apenas a força não-coercitiva do melhor argumento, e (d) a probidade dos proferimentos de todos os participantes”<sup>463</sup>.

Nessa linha de entendimento, José Adércio Leite Sampaio<sup>464</sup> faz interessante síntese das condições contrafactuais que envolvem a igualdade comunicativa:

É ainda importante notar que a igualdade comunicativa, sob a forma de condições contrafactuais da situação ideal, deve aplicar-se a cada um dos níveis universais pragmáticos: a) igualdade de oportunidades no emprego do discurso teórico, como garantia de que toda opinião possa vir a ser exposta e criticada – iniciar comunicações, perpetuá-las mediante intervenções e réplicas, perguntas e respostas; b) igualdade de oportunidade ou distribuição simétrica dos atos de fala regulativos, ordem, oposição, permissão, proibição, promessas, renúncias e outras mais, para evitar norma que coaja unilateralmente; e c) igual repartição e oportunização no emprego dos atos de fala representativos para garantia da reciprocidade nas autorrepresentações. Essa reciprocidade, com o fim de evitar a repressão ou a humilhação, vem complementada por uma reciprocidade de expectativas de comportamento que exclui os privilégios no sentido de uma obrigatoriedade somente unilateral das normas de ação.

---

461 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

462 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 55.

463 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 46.

464 SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 156.

Na infinidade de questões que ainda poderiam ser investigadas, mostra-se necessário aprofundar um pouco mais algumas ideias até aqui expostas para atender o recorte metodológico proposto por este trabalho. Assim, é preciso compreender, de forma mais detalhada, a concepção moderna, seu exaurimento e, também, a racionalidade comunicativa e como Habermas resgata a racionalidade instrumental, como mantém sua indispensável utilidade para âmbitos que não envolvem a interação humana e, claro, como esse tema se entrelaça com o objeto principal da pesquisa.

Dessa forma, é importante destacar que pelo processo de racionalização moderno, a ciência e a técnica foram, gradativamente, tornando-se uma “consciência positivista imperante” chegando ao ponto de se tornar verdadeira ideologia<sup>465</sup> que veio a substituir as ideologias burguesas iniciais, afastando-se, por completo, de um âmbito de interação, promovendo uma coisificação<sup>466</sup> do homem.

Foi a partir dessa constatação que a Teoria Crítica propôs o abandono da racionalidade moderna, convertida em racionalidade instrumental, já que: “O limiar da Modernidade caracterizar-se-ia, então, por esse processo de racionalização que se iniciou com a perda da ‘intocabilidade’ do marco institucional pelos subsistemas da ação racional dirigidas a fins”<sup>467</sup>.

Habermas percebeu, porém, que a racionalidade instrumental típica da modernidade não precisa ser abandonada, mas apenas relegada ao âmbito da ciência e da técnica, de forma que nunca fosse transportada para os ambientes de interação humana<sup>468</sup>.

---

465 “A ciência se convertia em uma ideologia, em um modo culturalmente produzido e socialmente respaldado de contemplar o mundo sem examiná-lo, modo este que, por sua vez, configurava e conduzia à ação social”. (traduziu-se) CARR, W.; KEMMIS, S. **Teoria Crítica de la Enseñanza**. La investigación-acción en la formación del profesorado. Barcelona: Martinez Roca, 1988, p. 145.

466 “Para Habermas o logocentrismo e o Primado das ciências naturais, que caracterizam a filosofia da consciência, está na base da «reificação». A objetividade da realidade diante do sujeito, sob o modelo das ciências da natureza, estaria na base da redução instrumental da razão processada pela tradição ocidental”. LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 448.

467 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 84.

468 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 84. Nesse ponto vale transcrever, ainda, o seguinte ensinamento: “Não estou a dizer que a fantasia cibernética de uma auto-estabilização das sociedades, semelhante à estabilização instintiva, esteja em vias de realização ou que seja mesmo apenas realizável. Mas penso que leva até ao fim, à maneira de utopia negativa, as vagas suposições fundamentais da consciência tecnocrática, apontando assim para uma linha evolutiva que se perfila sob a suave dominação da técnica e da ciência como ideologia. Sob este fundo, torna-se sobremaneira evidente

Nesse sentido, na busca pela superação do entendimento de Max Weber, Habermas propôs que a racionalidade não pode ser encarada sob um viés reducionista, já que mais do que um mecanismo de ciência e técnica é por meio dela que se articula a sociedade, utilizada como instrumento para o estabelecimento do direito e das instituições sociais, sempre por meio da interação entre os indivíduos. Portanto:

A racionalidade não tem tanto a ver com a posse do saber do que com o modo como os sujeitos capazes de falar e de agir empregam o saber. Ora, tanto as atividades não-lingüísticas como as ações de fala encarnam um saber proposicional; contudo, o modo específico de empregar o saber decide o sentido da racionalidade, que serve como medida para o sucesso da ação. Se tomarmos como ponto de partida o uso não-comunicativo do saber proposicional em ações teleológicas, iremos detectar a idéia da racionalidade orientada para um fim (*Zweckrationalität*) tal como foi elaborada na teoria da escolha racional. E se partimos do uso comunicativo do saber proposicional em atos de fala, descobriremos a idéia da racionalidade orientada para o entendimento (*Verständigungsrationaliät*), que numa teoria do significado pode explicitar apoiando-se nas condições para a aceitabilidade de ações de fala<sup>469</sup>.

Conforme explica João Augusto Bastos<sup>470</sup>,

[...] a primeira noção de razão tentou definir a primazia do sujeito (autoconsciência) sobre a relação sujeito-objeto, gerando a filosofia da consciência e afirmando que o conhecimento de si próprio é mais importante que a realidade. J. Habermas propõe a mudança de paradigma: da filosofia da consciência para a filosofia da lingüística e da comunicação.

Nesse segundo viés racional, ou seja, o viés comunicativo, a razão é obtida ante a interação de sujeitos que buscam o entendimento. Por outras palavras, a racionalidade comunicativa se faz presente no ato de fala voltado para uma meta ilocucionária: “o reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade”<sup>471</sup>. Essa

---

que se devem manter separados dois conceitos de racionalização. Ao nível dos subsistemas de ação racional dirigida a fins [...] A racionalização ao nível do marco institucional que só pode levar-se a cabo no meio da interação linguisticamente mediada, a saber, pela destruição das restrições da comunicação.” Obj. de citação p. 87.

469 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 69-70.

470 BASTOS, João Augusto. A educação tecnológica na sociedade do conhecimento. In: **Tecnologia & Interação**. Curitiba, Coletânea: “Educação e Tecnologia” CEFET-PR, 1998, pp. 53.

471 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 127-128. “Entre outras coisas, ele tem que tomar como ponto de partida que os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários, ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as conseqüências da interação e que resultam de um consenso”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

racionalidade comunicativa, ainda se diferencia de uma razão instrumental por não estar ligada a nenhum “ator singular nem a um macro-sujeito sociopolítico”<sup>472</sup>.

É justamente por esse motivo que Habermas sustenta que apenas a racionalidade comunicativa é capaz de atingir um marco institucional, vez que pode justificar o aspecto sócio-integrador do direito, na medida em que decorre de um processo de interação linguisticamente mediado, o que exige liberdade discursiva<sup>473</sup>.

Como aponta o autor:

A discussão pública, sem restrições e sem coações, sobre a adequação e a desiderabilidade dos princípios e normas orientadoras da ação, à luz das ressonâncias socioculturais do progresso dos subsistemas de ação racional dirigida a fins – uma comunicação deste tipo em todos os níveis dos processos políticos e dos processos novamente politizados de formação da vontade é o único meio no qual é possível algo assim como a ‘racionalização’<sup>474</sup>.

Com a concepção habermasiana<sup>475</sup>, altera-se, portanto, também a compreensão de Karl Marx sobre a dialética, entendida pelo autor a partir das forças de produção/relações de produção, que são apontadas como o motor de desenvolvimento da sociedade e instrumento de libertação que provoca movimentos emancipadores<sup>476</sup>. Em Habermas, essa dialética é substituída por uma categorização mais abstrata que se materializa na dialética do trabalho (ação racional dirigida a fins) e através da interação (ação comunicativa), sendo esta última considerada mecanismo de libertação e de emancipação.

Isso implica no abandono do conceito tradicional de ideologia, segundo o qual ideologia era associada ao mecanismo utilizado pela classe dominante como forma de disfarçar seus verdadeiros propósitos. Tal mecanismo possibilitava, de outro lado, uma proposta de revolução de classe que deveria ser realizada pelos indivíduos oprimidos e injustiçados. Habermas considera, na realidade, que essa perspectiva

---

472 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

473 “O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* lingüístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.” HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 20.

474 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 88.

475 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa, Edições 70, 1987, p. 45-92.

476 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 83.

mostra-se redutora e simplista da origem e constituição das estruturas sociais, bem como dos processos de socialização. Nesse contexto, Habermas propõe substituir o projeto marxista de uma revolução social fundada na desigualdade de classes, por um projeto emancipador do gênero humano<sup>477</sup>, já que:

A eficácia peculiar desta ideologia reside em dissociar a autocompreensão da sociedade do sistema de referência da ação comunicativa e dos conceitos da interação simbolicamente mediada, e em substituí-lo por um modelo científico. Em igual medida, a autocompreensão culturalmente determinada de um mundo social da vida é substituída pela autocoisificação dos homens, sob as categorias da ação racional dirigida a fins e do comportamento adaptativo<sup>478</sup>.

Fica claro, desse modo, que quando Habermas propõe a divisão da racionalidade em dois âmbitos, ele opera uma reformulação do conceito de “racionalização” do mundo da vida delineado por Max Weber, da mesma forma como pretende ultrapassar as categorias marxistas na sua reflexão sobre a evolução social. Isso ocorreu porque o autor, no contexto da virada linguística, parte de outro sistema de referências e conceitos, promovendo um diferente enquadramento categorial que envolve a distinção entre trabalho ou ação racional teleológica<sup>479</sup> (ação instrumental e estratégica) de um lado; e interação e ação comunicacional de outro lado.

---

477 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. Obj de ref. pp. 69-76.

478 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 74.

479 “Por trabalho ou ação racional teleológica entendo ou a ação instrumental ou a escolha racional ou, então, uma combinação das duas. A ação instrumental orienta-se por regras técnicas que se apóiam no saber empírico. Estas regras implicam em cada caso prognoses sobre eventos observáveis, físicos ou sociais; tais prognoses podem revelar-se verdadeiras ou falsas. O comportamento da escolha racional orienta-se por estratégias que se baseiam num saber analítico. Implicam deduções de regras de preferência (sistemas de valores) e máximas gerais; estas proposições estão deduzidas de um modo correto ou falso”. [...] “Por outro lado, entendo por ação comunicativa uma interação simbolicamente mediada. Ela orienta-se segundo normas de vigência obrigatória que definem as expectativas recíprocas de comportamento e que têm de ser entendidas e reconhecidas, pelo menos, por dois sujeitos agentes. As normas sociais são reforçadas por sanções. O seu sentido objetiva-se na comunicação linguística quotidiana. Enquanto a validade das regras e estratégias técnicas depende da validade de enunciados empiricamente verdadeiros ou analiticamente corretos, a validade das normas sociais só se funda na intersubjetividade do acordo acerca de intenções e só é assegurada pelo reconhecimento geral das obrigações”. HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 57-58.

Como lembra José Adércio Leite Sampaio<sup>480</sup>:

Por meio da descoberta dessas estruturas de racionalidade e do saber pré-teórico do processo comunicativo, é possível identificar a ação comunicativa, voltada para a obtenção de um consenso, a ação instrumental, guiada para o êxito, e a ação estratégica, orientada racionalmente para influenciar os outros, bem como assim distinguir o consenso verdadeiro do falso.

Ao contrário da Teoria Crítica, que busca um abandono da racionalidade instrumental, a proposta habermasiana funda-se na necessidade de manter a distinção entre praxis e técnica<sup>481</sup>, de forma que a consciência tecnocrática não se estabeleça como a única referência para intervenção social e para a constituição da individualidade, mas que se (re)valorize uma interação simbolicamente mediada por meio de ações comunicativas decorrentes de uma outra espécie de racionalidade: a racionalidade comunicativa, ainda que sem negar a importância daquela racionalidade para o âmbito da ciência e da técnica.

Percebe-se que se trata de um reenquadramento da proposta moderna a partir da concepção da linguagem. É a busca por aproveitar o lado positivo da proposta moderna sob a ótica da linguagem, tendo em vista a necessidade de se compreender que o processo de racionalização do mundo passa pelo médium linguagem. De todo modo, como a ideia não é o abandono da racionalidade instrumental, o que se evidencia é o entendimento de que o desenvolvimento humano só pode vir mediado pela interação entre os indivíduos (processo fundado em uma razão comunicativa), ao mesmo tempo em que, pelo trabalho, se apropriam da natureza (processo fundado em uma razão instrumental).

Portanto, Habermas introduz a concepção de uma ação orientada à intercompreensão, promovendo, desse modo, uma ampliação do conceito de racionalidade a um âmbito que foi subvalorizado por Max Weber, já que esse autor, em seus estudos, investigou exclusivamente a racionalização da sociedade a partir de indicadores econômicos e das razões de Estado. Em Habermas, a racionalidade instrumental é compreendida como uma das faces ou âmbitos da razão, que deve

---

480 SAMPAIO, José Adércio Leite. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 155.

481 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 82.

ser complementada pela racionalidade comunicativa que é o motor da integração social, por explicar a relação entre os consociados jurídicos.

Na verdade, quando a interação entre os indivíduos é pensada sob um viés apenas de racionalidade instrumental, constata-se a existência de uma instrumentalização dos indivíduos, que não são respeitados enquanto fins em si mesmos. E se, nesse contexto, em termos individuais, gera doenças de foro psíquico, no âmbito coletivo desencadeia convulsão social, com aumento da violência e dos conflitos sociais num processo de desintegração social, infelizmente, tão presente na sociedade contemporânea.

É importante pontuar, como se percebe também pelo que já foi exposto, que Habermas não preconiza o abandono da razão instrumental-estratégica, mas apenas identifica a necessidade de sua complementação por uma razão comunicativa. Na realidade, entende “a atividade que visa fins e o agir orientado para o entendimento como tipos elementares de ação, irreduzíveis um ao outro”<sup>482</sup>. Habermas acredita, também, que a consciência tecnocrática foi bem sucedida<sup>483</sup>, em especial porque ela se reproduz por sua própria dinâmica, fazendo do desenvolvimento tecnológico verdadeiro motor do desenvolvimento humano (embora não da sociedade) que gera a possibilidade fática do bem estar humano. A eficácia é da própria essência da instrumentalidade. Como afirma Habermas, a ineficácia, entendida como fracasso perante a realidade<sup>484</sup> é a forma de sanção no sistema de ação racional teleológica (instrumental e estratégica).

Se a racionalidade instrumental é, então, bem sucedida na sua proposta principal de apropriação da natureza, o problema é, assim, a invasão ideológica desse processo de racionalização moderno nos âmbitos da vida que deveriam ser mediados pela interação entre os indivíduos, o que pressupõe uma razão comunicativa<sup>485</sup>.

Dessa forma, se por um lado deve ser adotada a lógica do melhor meio para se atingir metas dadas, que é apta a promover o crescente domínio e controle sobre

---

482 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 70.

483 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 74, 80-82.

484 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, p. 59.

485 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 44-48.



a natureza por um poder objetivo; por outro lado, é necessário uma lógica cuja importância se revela através de um discurso e de uma ação (de uma ação comunicacional) que se pretendem estar livres da dominação imposta pelo poder ideológico da consciência tecnocrática. O estabelecimento de tal lógica, com a possibilidade de se manter livre do mencionado poder ideológico, só se revela viável por meio de um entendimento intersubjetivo. Claro que esse entendimento intersubjetivo pressupõe seja respeitada uma regulação do comportamento por meio de normas definidas por um acordo, que devem ser compreendidas, reconhecidas e aceitas por todos os participantes e envolvidos na questão. Por outras palavras, é necessário o estabelecimento de um processo de construção de sua legitimidade. É evidente, assim, que as questões práticas não passam a ser regidas por tal razão automaticamente, ou por mágica, é preciso que os envolvidos batalhem intersubjetivamente para a construção dessa legitimidade.

Como bem destaca Hermes Zaneti Júnior, “a técnica somente serve à ideologia, compreendida em seu sentido de valores que informam as leis processuais”. Nessa concepção, sendo corretamente estruturado e legitimado esse processo de interação, até mesmo a técnica, que foi apontada como produtora de ideologia e de controle das forças naturais, pode ser direcionada para um processo de libertação e de desenvolvimento humanos, desde que não invada o âmbito de racionalização da interação simbólica, que deve promover os processos de socialização e de estruturação social, como é o estabelecimento do direito e do processo<sup>486</sup>. Para cumprir tal tarefa, parece ser interessante adotar um conceito de técnica simplesmente como “[...] um fazer ordenado que atingirá um resultado útil”<sup>487</sup>.

Mais uma vez deve ser destacada a distinção entre uma ação racional dirigida a fins, fundada em uma racionalidade estratégica; da interação (ação comunicativa), que se baseia em uma racionalidade comunicativa. Vejam-se as palavras de Habermas:

---

486 Quanto ao papel da técnica para processo Hermes Zaneti Júnior adverte que “a técnica somente serve à ideologia, compreendida em seu sentido de valores que informam as leis processuais”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 72.

487 MADEIRA, Dhenis Cruz. Igualdade e Isonomia Processual. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. **Processo e constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 457.

A racionalidade orientada para um fim aponta para as condições necessárias a uma intervenção, eficiente do ponto de vista causal, no mundo dos estados de coisas existentes; ao passo que a racionalidade dos processos de entendimento mede-se pelo conjunto de condições de validade exigidas para atos de fala, por pretensões de validez que se manifestam através de atos de fala e por razões para o resgate discursivo dessas pretensões<sup>488</sup>.

A partir dessa compreensão, como alerta Habermas, deve ficar claro que conceber o processo de evolução social por um modelo que obedeça aos princípios dos sistemas autorregulados do tipo “homem-máquina”, nunca será suficiente para uma efetiva compreensão do fenômeno social nem do comportamento individual<sup>489</sup>. A racionalidade que objetiva a dominação da natureza, quando empregada no âmbito da interação, promove crescente alienação do comportamento humano, pelo que é forçoso concluir que a racionalidade estratégica não conseguiria substituir a racionalidade comunicacional.

Desse modo, a concepção do trabalho como mecanismo de articulação e de desenvolvimento social, na linha do entendimento de Karl Marx, deve ser substituído pela “ação comunicacional”<sup>490</sup>, que se revela como sendo o único instrumento legítimo de se promover a integração social por meio do estabelecimento de instituições sócio-integradoras, visto que, no campo estratégico, a linguagem, embora presente, não é empregada comunicativamente, mas de forma orientada a consequências<sup>491</sup>. No agir estratégico “a comunicação lingüística é subordinada aos imperativos do agir racional orientado a fins”<sup>492</sup>.

Justamente por esse motivo, Habermas sustenta ser fundamental a realização de uma análise dos sistemas sociais com base na contraposição entre a racionalidade estratégica e a racionalidade comunicativa, ao contrário do que propôs Max Weber, que entendia o progresso técnico-científico como instrumento do processo de racionalização<sup>493</sup>.

---

488 HABERMAS, Jürgen. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 70.

489 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, pp. 86-89.

490 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições. 70, 1987, p. 57.

491 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 118.

492 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 123.

493 HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987, pp. 57-60.

Nessa linha, essa nova concepção de racionalidade proposta por Habermas e suas consequências sobre o entendimento de evolução social e do modo de vida da sociedade, demonstra a existência de novo paradigma<sup>494</sup> na análise do movimento social. Promoveu-se uma superação da concepção marxista de luta de classes, com a concepção de um projeto de emancipação fundado no desenvolvimento de um processo de interação simbolicamente mediada, proporcionando uma institucionalização social coesa, legítima e integrada para a qual um direito validamente<sup>495</sup> posto realiza um papel fundamental.

Aprofundando um pouco mais esse processo discursivo, de construção da legitimidade institucional, social e jurídica, cumpre esclarecer que Habermas sustenta que o comportamento humano encontra-se ligado ao sistema de normas que surgem da gramática dos jogos linguísticos. Para o autor, o conjunto de pressuposições do discurso está presente no ato de comunicar, por meio da linguagem comum. Esse processo de interação, mediado pela linguagem, determina não somente o processo de socialização como o próprio processo de individualização, ou seja, a formação do sujeito também deve ser entendida a partir da intersubjetividade<sup>496</sup>.

É importante esclarecer que essa concepção sobre a formação do sujeito foi herdada de Hegel, que em sua *Fenomenologia do Espírito* concebe a subjetividade do 'eu' instituída a partir da relação dialética com o 'outro' e a partir da comunicação que se estabelece entre ambos. Trata-se, portanto, de uma concepção da "consciência" a partir de uma experiência de interação, ou seja, através de uma dialética do 'eu' e do 'outro'. Representa grande mudança do pensamento moderno tendo em vista que é o abandono da idéia de comunicação com o 'outro' por meio de uma reflexão solipsista da consciência. Isso decorre daquilo que já se afirmou, no

---

494 Conforme Thomas Kuhn, entendem-se paradigmas como "[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência". KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 218.

495 A validade é aqui encarada mais do que como uma mera validade formal da norma. Para ser considerado válido o direito deve unir a forma (processo legislativo) ao Princípio do Discurso, que, no âmbito jurídico, se apresenta como Princípio Democrático. Cf.: LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: **Linguagem e Sociabilidade**. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005, pp. 124-126.

496 "[...] o sujeito se forma na comunicação e não é anterior a ela." LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas**: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999, p. 456.

sentido de que toda ação, mesmo que estratégica ou instrumental, pressupõe, em certa medida, a linguagem, que é um médium intransponível.

Por fim, para deixar clara a concepção habermasianiana sobre a racionalidade comunicativa e seu papel na legitimação do direito e das relações humanas em geral, é importante destacar que não existem princípios morais absolutos antes da interação comunicativa. Na verdade, é a partir do discurso, quando os interlocutores adotam uma atitude voltada para o entendimento (ilocucionária), que se mostra possível a consolidação de princípios morais ou mesmo sua aplicabilidade. Para Habermas, apenas uma ampliação universal dos pressupostos comunicativos do discurso podem legitimar e validar normas e ações, na medida em que se torna possível afastar a subjetividade por meio da interação intersubjetiva discursiva que é apta a fazer prevalecer o melhor argumento. Por outras palavras, as normas têm de buscar seu fundamento no interesse comum, que só pode ser obtido pelo discurso. Essa é chamada “Ética do Discurso”<sup>497</sup>, que é apresentada nos seguintes termos:

A ética do Discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo. O Discurso prático é um processo, não para a produção de normas justificadas, mas para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente<sup>498</sup>.

Nessa concepção, embora se admita a existência de normas anteriores ao discurso, elas nunca estarão acima da possibilidade de rediscussão. Por outras palavras, existe sempre a abertura a novos argumentos, ainda que não se desconsidere a importância dos argumentos já sedimentados.

---

497 “Até os dias de hoje, as discussões teóricas sobre a moral são determinadas pelo confronto entre três posições: as argumentações transcorrem entre Aristóteles, Kant e o utilitarismo. Apenas as éticas da compaixão fazem valer um motivo diverso. Outras teorias, mesmo a hegeliana, podem ser entendidas como tentativas de síntese de iniciativas conhecidas. A ética do discurso (*Diskursethik*), que se põe como tarefa salientar o conteúdo normativo de um uso lingüístico orientado para a compreensão, não é a referida síntese. Ao tentar demonstrar, com os meios da análise da linguagem, que o ponto de vista do julgamento imparcial de questões prático-morais — o ponto de vista moral — surge em geral dos pressupostos pragmáticos inevitáveis da argumentação, ela se filia à tradição fundada pela *Crítica da razão prática*”. HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. In: **Revista de Estudos Avançados da USP**. Vol. 3. Nº 7. São Paulo, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2017. Obj. de citação p. 4.

498 HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 148.

Para o direito, isso representa a passagem de uma racionalidade puramente instrumental (lógica matemática – atribuição de uma ótica mecânica ao sistema normativo), para uma racionalidade comunicativa (lógica discursiva e hermenêutica)<sup>499</sup>.

Como ensina Juliano Zaiden Benvindo:

Contra a metafísica da natureza – sem dúvida, a mais explícita –, a proposta habermasiana estabelece a intersubjetividade como característica essencial para se superar justificativas normativas que, paradoxalmente, não se justificam, pois não são submetidas à crítica e à auto-referência social, mesmo quando tomadas pela ênfase kantiana da subjetividade constitutiva. Prevalece a crença em uma natureza das coisas ou em uma natureza advinda da razão humana, sem a necessária radicalização discursiva dessa própria crença. Contra a metafísica formal-normativa – aqui analisada a partir do projeto kelseniano –, mostra-se que a primazia do teórico e o intuito de estabelecer o ato de conhecer na ciência jurídica fecham-se sobremaneira em sua estrutura lógico-formal, que a questão da validade normativa, nos moldes críticos ora propostos, não é debatida. A transcendência normativa fica limitada, quando centralizada nas premissas metodológicas de uma pretensa teoria pura do Direito. E, no momento em que se pensa em superar essa primazia do teórico pela ênfase na práxis do Direito, aduzindo, para tanto, a historicidade e a finitude do ser a partir dos desenvolvimentos da hermenêutica gadameriana, uma nova metafísica aparece. A tradição, mesmo quando já se pressuponha a linguagem em suas bases, também obscurece o seu contexto de aplicação. Torna-se, assim, contaminada por possíveis interesses estratégicos, inviabilizando a necessária crítica da validade normativa, que exige ir além do contexto da historicidade<sup>500</sup>.

Um último aspecto dessa nova concepção racional que merece destaque é o fato de que embora Habermas promova uma exaltação do discurso e do consenso<sup>501</sup> como ideais reguladores para a legitimidade do direito obtida por meio

---

499 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 54-55. Dierle José Coelho Nunes, denunciando o desmerecimento do contraditório e da lógica argumentativa pela modernidade, afirma: “No século XVIII percebe-se que não há mais uma atribuição de importância para a lógica argumentativa, mas, sim com uma *racionalidade subjetiva*, que passou a atribuir ao processo uma ótica mecânica de sequência ordenada de atos”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 155.

500 BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade Jurídica e validade normativa**: da metafísica à reflexão democrática. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008, p. 193. O autor, dentre outros pontos, trabalha no livro a superação de três metafísicas: a metafísica da natureza; a metafísica formal-normativa; a metafísica da tradição.

501 Para Habermas: “O acordo no sentido estrito só e então alcançado se os envolvidos podem aceitar uma pretensão de validade pelas mesmas razões, enquanto um entendimento mútuo acontece mesmo quando um vê que o outro, à luz de suas preferências, tem sob circunstâncias dadas boas razões para a intenção declarada, isto é, razões que são boas para ele, sem que o outro precise se apropriar delas à luz de suas próprias preferências”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 115. Revela-se ser sem fundamento a crítica dirigida a Habermas de que o paradigma

de um procedimento democrático, ele não ignora que a necessidade prático-funcional do direito exige, em muitos casos, que esses ideais reguladores sejam colocados em segundo plano, de forma a ser suficiente um compromisso. Esse abandono pode se dar tanto na esfera legislativa do estabelecimento das normas, quanto em âmbito judicial de aplicação das Leis. Esta é uma das importantes e indispensáveis contribuições da razão estratégica, que sempre estará presente no direito.

Habermas não desconsidera a dimensão negocial-instrumental da jurisdição. Veja-se a seguinte passagem:

Na própria jurisprudência existem pontos de vista normativos subordinados “às razões de uma política de ordem”, aos imperativos de manutenção de instituições estatais ou aos imperativos de regulação de mercados. Na concorrência entre direitos, de um lado, e bens coletivos, de outro, conseguem impor-se exigências funcionais de subsistemas regulados pelo dinheiro e pelo poder, os quais não se integram mais através de normas e valores<sup>502</sup>.

Parece claro que a jurisdição adota o que Habermas denomina de agir comunicativo em sentido fraco, no qual “a racionalidade comunicativa entrelaça-se com a racionalidade teleológica de agentes orientados pelo sucesso, mas sempre de modo que as metas ilocucionárias dominem os sucessos “perlocucionários” que, conforme o caso, são também ambicionados”. Como resta claro, esse agir não deixa de ser comunicativo, já que “restringe o arbítrio dos agentes orientados ao sucesso apenas na medida em que esperam um do outro a renúncia a qualquer intenção enganadora (permitidas no agir estratégico)”<sup>503</sup>. Nesse sentido, em âmbito jurisdicional, a mera estratégia caminha para ser enquadrada como conduta desleal e de má-fé.

---

comunicacional seria uma utopia. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 80 e seguintes. Ele é antes um ideal regulador que deve ser incessantemente buscado, mesmo em países ou em sistemas nos quais esteja muito longe de ser atingido.

502 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 205.

503 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 121 e 119, respectivamente. Habermas diferencia o agir comunicativo nos sentidos forte e fraco do seguinte modo: “Falo de agir comunicativo num sentido fraco, quando o entendimento mútuo se estende a fatos e razões dos agentes para suas expressões de vontade unilaterais; falo do agir comunicativo num sentido forte tão logo o entendimento mútuo se estende às próprias razões normativas que baseiam a escolha dos fins. Pois então os envolvidos fazem referência a orientações axiológicas intersubjetivamente partilhadas que determinam sua vontade para além de suas preferências”. Obj. de citação p. 118.

De qualquer forma, nessa concepção comunicativa todas as manifestações processuais, atos, provas e decisões devem ser encarados como argumentos, em uma busca de convencimento recíproco entre todos os envolvidos, inclusive o juiz, sempre visando a prevalência do melhor argumento no interior do processo. O sistema recursal também cumpre esse papel, isto porque, não sendo a decisão do juiz o melhor argumento contido no processo, existe a possibilidade de questioná-la, reabrindo-se um novo ciclo do discurso processual, na busca da prevalência do melhor argumento. Contudo, em decorrência de seu caráter instrumental e por necessitar da produção de resultados prático-fáticos, o processo deve conter ciclos de diálogo finitos e delimitados, daí os institutos da preclusão e da coisa julgada, que são, certamente, expressão da racionalidade instrumental que contribui para a formação processual. Na linha dessas considerações, vale transcrever o seguinte trecho da obra *Verdade e Justificação*:

No que tange a conflitos de ação típicos, o *ethos* punha à disposição razões convincentes para a solução “correta”, sobre a qual as partes conflitantes podiam acordar, se necessário com o auxílio de um “terceiro imparcial”. O discurso do juiz, que aplica um direito já existente – e específico em função de cada caso –, era considerado modelo de julgar imparcial. Mas o conceito de imparcialidade teve de se livrar desse modelo tão logo as próprias normas a ser aplicadas necessitaram de fundamentação. Com isso se diferenciam os níveis de fundamentação e de aplicação das normas. A neutralidade do juiz em relação às partes conflitantes – a venda nos olhos da *Justitia* – é agora insuficiente como modelo da práxis de fundamentação exigida. Pois nela devem tomar parte, com igualdade de direitos, todos os membros enquanto potencialmente envolvidos, de modo que não haja mais uma separação de papéis entre um terceiro privilegiado e as partes envolvidas em cada caso. Agora, todos igualmente se tornaram partes que pretendem se convencer *reciprocamente* na competição pelo melhor argumento <sup>504</sup>.

Transportando todos esses ensinamentos de viés filosófico para o campo da presente investigação, é possível observar um claro alinhamento dos juízes Júpiter e Hércules à racionalidade instrumental, enquanto o juiz Hermes volta-se, prevalentemente, para a racionalidade comunicativa.

---

504 HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 297-298. Também Antônio Carlos de Almeida Diniz exalta a imparcialidade ao afirmar: “É precisamente a formação imparcial da vontade e do juízo através dos procedimentos institucionalizados no parlamento e no judiciário que possibilita uma racionalidade procedimental moral no direito e na política”. DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006, p. 175.

Percebe-se que Júpiter, o aplicador impassivo da Lei, não se abre para a possibilidade de questionamentos das premissas pré-dadas à decisão, tomando a Lei como verdade absoluta. Sua forma de atuar é tecnicista, voltada para a aplicação mecânica das normas, com base em uma racionalidade moderna matematizante. Evidentemente, não está aberto a qualquer argumento trazido pelas partes, mas encontra-se fechado na pirâmide legislativa.

Por sua vez, o juiz Hércules está preso ao paradigma mentalista, por acreditar que é o intérprete autorizado da Lei, o único capaz de fazer justiça. Hércules pensa que, individualmente, solipsisticamente, pode alcançar a solução para os litígios que lhe são submetidos. Hércules, ainda que consulte a posição das partes, não acredita que as partes possam contribuir na construção da decisão, tendo em vista que, sob sua ótica, as razões que fundamentarão a decisão decorrem de sua íntima convicção, de sua capacidade superior de realizar a reconstrução do sistema normativo.

O juiz Hermes, ao contrário, trabalha na perspectiva do discurso. Endente que uma solução, não apenas válida de um ponto de vista formal, mas especialmente legítima, só pode ser construída com a participação de todos os envolvidos. Entende, ainda, que não é detentor de uma posição superior, não sendo dotado de uma capacidade sobrehumana, mas compreende suas limitações e a necessidade de abertura para as indispensáveis contribuições que todos aqueles que participam da relação processual podem oferecer à solução do litígio.

Pois bem, assentadas todas essas premissas, passa-se a parte principal da presente investigação, conforme capítulo seguinte.



## 6 AS BASES PARA UM DISCURSO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO: EM BUSCA DE UMA *TEORIA PROCESSUAL DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA* PARA SUBSIDIAR A POSTURA DO JUIZ HERMES

Nas últimas duas décadas, o processo civil brasileiro vem passando por muitas reformas de viés instrumental, tendo em vista que o principal objetivo dessas reformas é buscar a eficácia e a eficiência, tudo isso como resposta a morosidade enfrentada em decorrência do gigantesco volume<sup>505</sup> de demandas que se amontoaram no Poder Judiciário, em especial a partir da Constituição Federal de 1988 e a conhecida liberação da “litigiosidade contida”<sup>506</sup> até então existente. Ocorre que, em muitas dessas reformas, não houve uma preocupação com a função do julgador e com o estabelecimento de mecanismos capazes de conferir estabilidade institucional ao Poder Judiciário e segurança jurídica às decisões jurisdicionais. Muitas vezes, tem-se a sensação de que se está substituindo o processo, atualmente acusado de formalista e causa da morosidade, por verdadeiro informalismo desregrado, uma vez que, pura e simplesmente, afastar ou flexibilizar o procedimento, sem uma preocupação profunda com a estabilidade do sistema e a segurança jurídica, poderá fazer com que o processo caminhe para profundo subjetivismo e consequente e grave descrédito social e institucional.

Como denuncia Leonardo Greco<sup>507</sup>

[...] Esta perspectiva garantística do processo civil contemporâneo vem sendo profundamente ameaçada ultimamente pelos movimentos de reformas processuais desencadeados em vários países, entre os quais o Brasil, ditados preponderantemente pela necessidade justificável de debelar a crise do Judiciário resultante do excesso de processos e de recursos, mas que relegam a segundo plano a função tutelar dos interesses dos jurisdicionados e dos direitos subjetivos agasalhados pelo ordenamento jurídico, de que decorrem a inafastabilidade do contraditório participativo e da mais ampla defesa, e sufocam essas garantias e a preocupação com a qualidade das decisões, em benefício da produção em massa de decisões padronizadas, pouco refletidas, pouco debatidas e com reduzida

---

505 Conforme o relatório “Justiça em Números”, em 2012 existiam 92,2 milhões de processos pendentes; em 2013 esse número subiu para 95,14 milhões; em 2014 já eram 99,7 milhões, atingindo, em 2015, 102 milhões e chegando a 109,1 milhões em 2016, com significativo aumento de cerca de 7% (sete por cento). Dados disponíveis em [http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros](http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros) Acesso em 13 de fevereiro de 2018.

506 A expressão ficou nacionalmente conhecida a partir da seguinte obra: WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: **Juizado Especial de Pequenas Causas** (Coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 2.

507 GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: **Revista de Processo Repro**. Vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29-56.

probabilidade de serem acertadas, tanto do ponto de vista da justiça processual, quanto da justiça substantiva, ou seja, tanto do ponto de vista do respeito às garantias fundamentais do processo, entre as quais avultam o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, quanto do ponto de vista do resultado, a correta reconstituição dos fatos e a adequada tutela dos direitos subjetivos das partes, através da aplicação da lei ao caso concreto.

Tal constatação se agrava quando se depara com o fato de que a ineficiência é, tão grande, que Antonio do Passo Cabral fala na existência de um “carnaval procedimental”, além de um verdadeiro “drama social”, vez que:

[...] já faz parte da cultura popular o mito de que aquele que tem o melhor advogado sairá vitorioso no processo, rito complexo e incompreensível, comparado frequentemente a um verdadeiro carnaval, onde os foliões, com insaciável volúpia por vitória a qualquer custo, desfilam na avenida com fantasias e alegorias, travestindo suas reais intenções em múltiplos recursos e requerimentos protelatórios, quando não fraudando ou manipulando fatos e documentos<sup>508</sup>.

Nesse contexto, como bem observam Paulo Cezar Pinheiro Carneiro<sup>509</sup> e Leonardo Greco<sup>510</sup>, também os magistrados e seus auxiliares e até mesmo intervenientes ocasionais (como os que, v.g., participam de uma hasta pública) têm parcela de responsabilidade, dado que, por lentidão ou preguiça, valem-se de procedimentos burocráticos que não condizem com o devido processo legal e à moralidade administrativa (art. 37, *caput*, CF/88).

Destarte, resta demonstrada a importância de uma *investigação sobre a matriz constitucional-democrática de processo que possa subsidiar uma adequada postura do juiz e sua função no modelo de Estado Democrático, a fim de apontar caminhos para uma mudança de paradigma em bases sólidas.*

Como sustenta Dhenis Cruz Madeira, [...] “mostra-se necessário formular não somente uma teoria da argumentação jurídica, mas, sobretudo, uma *Teoria*

---

508 CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *In: Revista de Processo: Repro*. Vol. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2005, p. 70.

509 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. *In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. Processo civil: novas tendências. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 555-562.

510 GRECO, Leonardo. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 170: “[...] A probidade ou boa-fé protege a busca da verdade, mas se trata de dever a que estão sujeitos não apenas os litigantes, mas todos os sujeitos processuais, desde o juiz até qualquer participante eventual, como aqueles que fazem lances em hasta pública. [...]”

*Processual da Argumentação Jurídica*”, a fim de que as decisões possam ser coparticipadas<sup>511</sup>.

Sendo assim, frente a esse momento de perplexidade e desconstrução das bases tradicionais que fundavam o direito processual civil brasileiro, parece evidente a necessidade de se repensar novo aporte teórico para o desenvolvimento da ciência processual, uma vez que parece evidente que apenas reformas legislativas não são suficientes para solucionar o problema da falta de efetividade<sup>512</sup>.

Nesse quadro, desponta a necessidade de se *reenquadrar a função do julgador, em contexto democrático-deliberativo de processo*, sem fechar os olhos para a necessidade de estabilidade e segurança jurídica do sistema.

Justamente por esse motivo buscou-se compreender a teoria do precedente jurisdicional, sua aplicação na *common law* e como vem sendo utilizada na *civil law* e, em especial no sistema brasileiro. Talvez o precedente jurisdicional possa ser apontado como um caminho para manutenção da estabilidade e da segurança jurídica do sistema jurídico<sup>513</sup>, mas essa conclusão não é automática, pois fica dependente da atuação das partes e do juiz no processo.

Além disso, a partir da percepção de que vem ocorrendo certa aproximação das tradições e quebra de axiomas<sup>514-515</sup>, ainda que não seja tão profunda como

---

511 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 303.

512 Nesse sentido conferir: NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 318: “[...] as pregações feitas por setores especializados em direito constitucional e processual, assim como também por setores leigos, no sentido de que são necessárias mudanças na legislação processual para ‘acabar-se’ com a morosidade da justiça, não deixam de ser um tanto quanto dissociadas das verdadeiras causas, e, portanto, não são adequadas soluções para esses problemas por eles apontados. Leis nós temos. Boas e muitas. Não se nega que reformas na legislação processual infraconstitucional são sempre salutares, quando vêm para melhorar o sistema. Mas não é menos verdade que sofremos de problemas estruturais e de mentalidade. Queremos nos referir à forma com que são aplicadas as leis e à maneira como se desenvolve o processo administrativo e o judicial em nosso País. É necessário dotar-se o poder público de meios materiais e logísticos para que possa melhorar sua infra-estrutura, e, ao mesmo tempo, capacitar melhor os juízes e servidores públicos em geral, a fim de que possam oferecer prestação jurisdicional e processual administrativa adequada aos que dela necessitam. *Mudança de paradigma*, portanto, é a palavra de ordem [...]”.

513 Nesse ponto, vale advertir que se parte da premissa de que o direito brasileiro não adota o sistema de precedentes, sendo certo que a “jurisprudência defensiva” que vem sendo adotada a partir da edição de súmulas vinculantes e outros institutos análogos, passa ao largo do que são os precedentes, tendo em vista que estes se apresentam como um princípio, ponto de partida para discussões judiciais, ou seja, “ele os problematiza e não carrega o mito de que seria possível sua aplicação em diversos outros casos de maneira lógico-subsuntiva, como pretende a súmula”. STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46.

514 CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antônio Fabris Editores, 1999, p. 111 e segs. No mesmo sentido, MARINONI, Luiz Guilherme.

muitos acreditam, é importante recordar as funções uniformizadora, paradigmática e, por vezes, criadora da jurisprudência.

A jurisprudência<sup>516</sup>, respeitadas certas bases envolvendo a participação e também a fundamentação das decisões, pode vir a ser utilizada como parâmetro *seguro* para a definição de critérios objetivos a fim de se cuidar de diversas mazelas processuais, desde a morosidade até o controle e repressão do abuso de direito, em respeito à probidade processual. No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier destaca a importância da orientação jurisprudencial consolidada e uniformizada, a fim de servir como um farol, um vetor de orientação tanto para os juízes inferiores, como para os jurisdicionados e seus procuradores<sup>517</sup>.

De outro lado, sempre é importante dizer que a *uniformização* da jurisprudência está, ao menos segundo o que se acredita, intimamente conectada à segurança jurídica e esta sob o prisma da isonomia material, o que também não passou despercebido pelos idealizadores do Novo Código de Processo Civil<sup>518</sup>. Por outras palavras, partindo da concepção de que, em determinado momento histórico, a norma deve apresentar um único sentido válido e considerando que os tribunais locais divergem a respeito de sua interpretação, o que é perfeitamente possível e

---

**A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil.** Disponível em [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) Acesso em 10 junho 2014.

515 Aproximação esta que também está ocorrendo por iniciativa do direito da *common law*, conforme bem salientou José Carlos Barbosa Moreira acerca do Código de Processo Civil inglês de 1998. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Uma novidade: o CPC inglês. *In: Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 179.

516 Embora tratando de outro assunto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho também foi buscar, na análise da jurisprudência, algumas respostas que as lacunas da lei não permitiam descobrir. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público**: a visão dos Tribunais Superiores. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_e\\_legitimidade\\_do\\_mp\\_160204.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_e_legitimidade_do_mp_160204.pdf) Acesso em 28 de maio de 2014.

517 Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 58-60.

518 “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema”. *In: Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil* Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 10 de junho de 2014.

fatível uma vez que quanto à questão aplica-se *apenas* o respeito ao livre convencimento motivado não contrário à Constituição Federal, passa a ser nítida a necessidade de que os Tribunais de cúpula intervenham a fim de que, conhecendo desses dissídios, fixem o sentido hipoteticamente correto da norma, para que a interpretação tida por correta seja objeto de uma “uniformidade interpretativa”, como já acontece na *common law* há alguns séculos<sup>519</sup>, embora de forma diferente do que se tem visto por aqui.

De qualquer forma, não se pode olvidar que, no sistema brasileiro, tal função é claramente perceptível no Recurso Especial fundado na alínea “c”, inciso III, art. 105, Constituição Federal de 1988, já que nele o recorrente deve demonstrar, objetivamente, a existência de divergência jurisprudencial entre tribunais inferiores em relação a uma mesma *quaestio* de direito. E também no Recurso Extraordinário, embora não exista expressamente hipótese de cabimento semelhante, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal, ao conhecê-lo, deve, além de tutelar a Constituição Federal de 1988, expressar qual o verdadeiro sentido que a Carta Magna contém, também em atenção à função *uniformizadora*<sup>520</sup>. Mas fica a questão de saber se tais medidas são suficientes para a uniformidade que se espera? A prática judicial brasileira parece mostrar que não, o que em grande parte pode ser atribuído ao hermetismo dos Tribunais de cúpula, também por suas posturas antidemocráticas.

Ademais, é bom ressaltar que a uniformização dos julgados dos Tribunais Superiores significa *segurança jurídica* sob o enfoque da *previsibilidade*, tendo em vista que, ao fixarem teses e preceitos, acabam por criarem na mente da população

---

519 É bom ressaltar que essa postura já começa a ser tratada pela doutrina e também pelo legislador. Veja nesse sentido, mais uma vez o que afirmou a Comissão de Juristas na Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil: “Se, por um lado, o princípio do livre convencimento motivado é garantia de julgamentos independentes e justos, e neste sentido mereceu ser prestigiado pelo novo Código, por outro, compreendido em seu mais estendido alcance, acaba por conduzir a distorções do princípio da legalidade e à própria idéia, antes mencionada, de Estado Democrático de Direito. A dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”.

520 Reconhecendo-a, expressamente, julgado do STJ: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. “Não pode ser conhecido recurso que sob o rótulo de embargos declaratórios, pretende substituir a decisão recorrida por outra. Os Embargos declaratórios são apelos de integração - não de substituição”. (EDResp. 9.770/Humberto) A Súmula 7 é resultado de velha e longa evolução jurisprudencial. Nela se traduz a exata função do STJ: obviar atentados à lei federal e unificar-lhe a interpretação pelos tribunais. Colher provas e avaliá-las é função reservada aos tribunais locais. Se o STJ avançar nesta seara, estará usurpando a competência dessas Cortes. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 539.178/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 28/09/2004, DJ 25/10/2004, p. 338)

“mediamente culta” quais as interpretações *corretas* acerca de determinada norma reguladora do convívio social<sup>521</sup>. Cuida-se, como afirmam Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, de observância do *princípio da proteção da legítima confiança*, vez que “a coerência da jurisprudência é pressuposto inarredável para que as decisões judiciais despertem, nos cidadãos, a necessária confiança<sup>522</sup>”.

Portanto, com tudo isso, é fundamental estabelecer a nítida definição de uma postura cooperadora de juiz, para que as atuais tendências do processo civil brasileiro possam ser consideradas mecanismos de equilíbrio entre a inexistência de legitimidade das decisões judiciais e um instrumentalismo excessivo<sup>523</sup>, de forma que o processo brasileiro possa, realmente, ingressar naquela que é denominada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira<sup>524</sup> e Daniel Mitidiero<sup>525</sup> de quarta fase metodológica, qual seja, o chamado *formalismo valorativo*.

Ora, espera-se que já tenha ficado claro, pelo exposto anteriormente, que a postura intransigente do julgador (Júpiter), ou mesmo sua postura paternalista (Hércules), impedem a construção de uma decisão judicial legítima, no sentido de ser reconhecida como co-pertence/co-produzida pelos consociados jurídicos e, em especial, pelas próprias partes, como deve ser na atuação de Hermes.

A proposta é que uma radicalização democrática é o caminho mais seguro para, ao mesmo tempo, resolver (ou pelo menos diminuir) a baixa carga de efetividade da prestação jurisdicional, sem que se perca a necessária dialeticidade (discursividade) do processo. Na verdade, é fundamental o equacionamento entre discurso e efetividade, vez que o diálogo processual deve ser voltado à produção de

---

521 Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 58-60.

522 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno**: parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

523 Instrumentalismo excessivo é visto como instrumentalismo vazio, oco, em descompasso com os princípios constitucionais. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador, Podivm, 2007.

524 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador, Podivm, 2007.

525 MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Para o autor, as fases metodológicas do processo seriam: a) praxismo ou pré-história do direito processual; b) processualismo ou fase da autonomia; c) instrumentalismo e; d) formalismo-valorativo. Nesta quarta fase o instrumentalismo avança para o *formalismo-valorativo*, no qual ocorre o aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*.

resultados, já que a baixa efetividade<sup>526</sup> tira da jurisdição sua própria razão de ser, pois precisa produzir resultados concretos, ou seja, permitir que o direito material seja alcançado<sup>527</sup> e ainda em tempo razoável<sup>528</sup>.

Nunca é demais recodar as, sempre atuais, lições de Cândido Rangel Dinamarco<sup>529</sup>, que observou que:

[...] todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. *Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber* (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valorização da ação não é capaz de explicar essa vocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele esperam. Daí a moderna preferência pelas considerações em torno da *tutela jurisdicional*, que é representativa das projeções metaprocessuais das atividades que no processo se realizam e, portanto, indica em que medida o processo será útil a quem tiver razão.

---

526 Em verdade, tal preocupação vem desde meados do século passado, com as “ondas renovatórias” de Mauro Cappelletti e Brian Garth: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brian. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

527 Nesse sentido, afirma José Carlos Barbosa Moreira: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista de Processo**. Vol. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 181.

528 Por meio da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, e também por diversas Leis, dentre elas as de nº. 11.187/05, 11.232/05, 11.277/06, 11.382/06, 11.417/06, 11.418/06, 11.419/06, 11.672/08 têm sido feitas constantes alterações, de forma sistemática, no sistema jurídico processual brasileiro, com finsas, sobretudo, à “*duração razoável do processo*”. Vale ressaltar, ainda, que essa iniciativa não é só do Poder Legislativo, mas faz parte de um programa maior, que envolve todos os poderes da República, e está sintetizado no “*Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano*”, firmado em 15 de dezembro de 2004, e que tem vários objetivos visando, basicamente, a propiciar o pleno “*acesso à justiça*” (art. 5º, inciso XXXV, CF/88). Tais informações podem ser encontradas no site oficial do Ministério da Justiça (MJ), mais precisamente no seguinte endereço: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm>> Acesso em 07 de agosto de 2014. Tudo isso foi aprofundado com a edição do Novo Código de Processo Civil.

529 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009, 111.

Pois bem, nos itens a seguir, passa-se ao aprofundamento dessa proposta de radicalização democrática na jurisdição, tratando da necessidade de efetiva participação na construção da decisão judicial (construção coparticipada); da necessária superação da visão puramente instrumental do processo; da fundamentação das decisões judiciais, que é apontada como instrumento de controle de legitimidade dos provimentos jurisdicionais; e do reenquadramento da oralidade como instrumento de atuação do juiz Hermes.

### 6.1 A efetiva participação na construção da decisão judicial

Dentro da ótica do juiz Hermes, que pressupõe a construção discursiva da decisão judicial, a participação das partes é ponto fundamental. Essa necessidade não é capricho do direito processual, mas está associada a própria forma de legitimação do sistema normativo e ao papel que o direito desempenha junto ao Estado.

Como sustenta Habermas,

[...] em primeiro lugar, ele (o direito) precisa ter eficácia na sociedade e, em segundo, tem que ser justificado eticamente; ao passo que a validade jurídica de normas particulares depende de uma legalização conforme a uma constituição que satisfaça aos critérios apresentados; além disso, essas normas jurídicas devem revelar por si mesmas um mínimo de eficácia social ou chance de eficácia, bem como um mínimo de justificativa ética, ou seja, capacidade de justificativa<sup>530</sup>.

Nesse sentido, não só a decisão judicial, mas o sistema normativo deve ser construído por uma vontade cívica autônoma e não por uma vontade empírica e contingente<sup>531</sup>. Ora, é importante recordar que o direito não se autoproduz, ou seja, não é autopoietico, sua produção e reprodução exigem um consenso dos cidadãos. Daí surge o que Habermas afirma ser a *tensão no âmbito legislativo entre a facticidade e a validade* do direito, que se materializa por, direito simplesmente posto pela constrição *versus* reconhecimento da Lei pelos cidadãos, através da aceitação comunicativa. Logo, para ser legítimo o sistema normativo (o mesmo vale

---

530 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 51.

531 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 52-53.



para uma decisão judicial) é necessário se unir a forma do direito (processo legislativo) à legitimidade da norma (Princípio Democrático: deliberação, discurso, comunicação, consenso). Sobre o papel do Princípio Democrático, José Pedro Luchi destaca que:

O Princípio da Democracia estabelece as condições para uma legítima colocação de lei, isto é, que seja processada pelas instâncias autorizadas de discussão, e assim possam obter a adesão de todos os consociados jurídicos. Tal princípio já pressupõe a possibilidade de fundamentações em discursos, e diz somente como pode ser institucionalizada a formação racional da opinião e da vontade política, isto é, através de um Sistema de Direitos<sup>532</sup>.

Para o trabalho do Juiz Hermes a razão comunicativa mostra-se como um modelo procedimental formal e não como um conjunto de regras substanciais que dita um padrão ao direito e a decisão. Não existe um conteúdo pré-dado que determine, de forma absoluta, a legitimidade e a validade da decisão, que depende do procedimento pelo qual suas regras são estabelecidas. Por outras palavras, a legitimidade é dada pelo procedimento. Claro que isso não significa a inexistência de valores sociais ou mesmo de pré-compreensões. Nessa concepção, porém, a tradição é mais uma fonte de argumentos que devem ser colocados em discussão, através de um procedimento discursivo e democrático.

Como ensina Antônio Carlos de Almeida Diniz:

A concepção procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionística e monológica<sup>533</sup>.

Sobre esse papel da racionalidade comunicativa, convém transcrever Habermas:

A razão comunicativa possibilita, pois, uma orientação na base de pretensões de validade; no entanto, ela mesma não fornece nenhum tipo de indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é

---

532 LUCHI, José Pedro. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. In: **Linguagem e Sociabilidade**. José Pedro Luchi (Org.) Vitória: EDUFES, 2005, p.125.

533 DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006, p. 169.

informativa, nem imediatamente prática. De um lado, ela abrange todo o espectro de pretensões de validade da verdade proposicional, da veracidade subjetiva e da correção normativa, indo além do âmbito exclusivamente moral e prático. De outro lado, ela se refere apenas às intelecções e asserções criticáveis e abertas a um esclarecimento argumentativo – permanecendo neste sentido aquém de uma razão prática, que visa a motivação e à conduta da vontade<sup>534</sup>.

Trabalhando o viés discursivo de processo, que se alinha perfeitamente ao modelo de juiz democrático, Piero Calamandrei, já na década de sessenta, era explícito ao afirmar:

O processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e de reações, de estímulo e de impulsos contrários, de ataques e de contra-ataques. Por isso foi assimilado a uma luta ou a uma disputa esportiva; mas é um luta de persuasões e uma disputa de argumentos<sup>535</sup>. (tradução livre)

Em outra oportunidade, o autor italiano acrescenta ainda: “Os atos processuais, formados e ordenados daqueles modos que vimos até agora, resultam da colaboração de várias pessoas, cuja atividade se sucede alternativamente na série, do mesmo modo que nas intervenções de um diálogo”<sup>536</sup>.

Em terras brasileiras, Araken de Assis foi categórico ao afirmar que “[...] em qualquer circunstância, o processo continuará dialético<sup>537</sup>, mostrando-se

---

534 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 21.

535 “Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropunte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti”. CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democrazia*. In: **Opere Giuridiche**. Vol. I. Napoli: Morano, 1965, p. 618-702. Nesse sentido também Francesco Redenti que fala da “estrutura dialética do processo”. REDENTI, Francesco. **Profili pratici del diritto processuale civile**. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1939, p. 59.

536 CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 278. Mais a frente, demonstrando uma confluência de interesse das partes e pregando a necessidade de colaboração entre as mesmas, completa: “Quanto ao conteúdo da decisão, as aspirações de cada litigante podem estar em conflito com as do adversário, mas quanto a pedir que se pronuncie uma decisão estão todos de acordo, e quanto a isso seus interesses confluem – como pode ocorrer, ainda que a semelhança seja distante, em uma competição esportiva em que todos os competidores, mesmo almejando cada um para si a vitória final, estão, contudo, de acordo em se ajustar às regras do jogo e em colaborar para o normal desenvolvimento da partida”. Obj. de citação p. 280.

537 Embora impossível saber a intenção do autor quando utilizou o termo “dialético”, para os fins da presente investigação entendeu-se “dialético” como sinônimo de “dialógico”, ou seja, marcado pela necessidade de diálogo. Até porque, a ideia de dialética como síntese de duas premissas foi superada por Habermas, como aponta José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior: “Assim, Habermas propõe a superação do método dialético por um método dialógico. Não há mais um ponto de chegada que constitui a síntese de duas teses antagônicas, mas um processo contínuo de discussão”. BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. *A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo*

inadmissível comprimi-lo a ponto de transformar a justiça em algo instantâneo e automático”. E adverte: “O discurso fácil em prol da rapidez e, notoriamente, da “efetividade” já produziu deformações notáveis”<sup>538</sup>.

No mesmo sentido, são as lições de Luiz Guilherme Marinoni<sup>539</sup> para quem:

A legitimação pela participação decorre da *efetividade* da participação das partes na formação da decisão, já que apenas proclamar o direito de participação, sem outorgar às partes as *condições necessárias* para tanto, implica em negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a idéia de participação.

É interessante recordar que, no processo, está-se diante de um discurso de aplicação da norma, e “em discursos de aplicação, não se trata da validade e sim da *relação adequada da norma à situação*”<sup>540</sup>. Por outras palavras, por meio do processo é verificado se uma norma válida *prima facie* é adequada ao caso concreto posto em litígio. Em âmbito processual, é possível, inclusive, a colisão de normas sem que nenhuma seja excluída do sistema. Como sustenta Habermas:

Se entendêssemos a “colisão” das normas ponderadas no processo de interpretação como uma “contradição” no sistema de normas, estaríamos confundindo a “validade” de uma norma, justificada sob o aspecto da

---

Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 4.

538 ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 195-204. Obj. de citação p. 197. Na mesma página, denunciando, ainda, o amadorismo e os equívocos das reformas processuais em busca da celeridade processual adverte: “Não é demais afirmar que a base racional de todas as alterações empreendidas sofre de vício congênito e insanável. Elas se baseiam em palpites mais ou menos felizes. O principal malefício de pretender a erradicação do problema da demora por intermédio das reformas processuais consiste em eleger solução simplista e rumo equivocado. As mazelas reais ou hipotéticas do processo jamais acabarão dando-se invariavelmente razão ao autor. É fato perceptível nas obras doutrinárias recentes, interpretando e patrulhando as reformas, a má vontade com os réus. Vários processualistas meteram-se na duvidosa empreitada de reinventar o processo banindo o réu. Com razão superficial, perceberam o papel de inimigo acerbo e natural da efetividade desempenhado pelo réu. Não só o réu contraria a pretensão do autor, como a ela resiste por meios legítimos. Recusa-se o réu a colaborar, a cumprir ordens judiciais e, de um modo geral, a quedar-se inerte, propiciando celeridade ao processo. Ao invés, resiste e recorre, pondo tudo a perder. O fato de o réu não corresponder às elevadas expectativas nele depositadas nos devaneios doutrinários exige medidas extremas e enérgicas para eliminá-lo do cenário”.

539 MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 541-574. Obj. de citação p. 544.

540 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 270.

fundamentação, com a “adequação” de uma norma que é examinada sob o aspecto da aplicação<sup>541</sup>.

É sempre importante ter em mente, também, que “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”<sup>542</sup>. Ademais, não se pode esquecer da máxima de Chiovenda no sentido de que “o processo deve dar praticamente, porquanto é possível, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito de receber”<sup>543</sup>, demonstrando, igualmente, a necessidade de efetividade processual.

Aproveitando o ensejo, é muito oportuna a síntese de José Carlos Barbosa Moreira sobre efetividade:

(a) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras disposições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, que resultam de expressa previsão normativa, que se possam inferir no sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energias<sup>544</sup>.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth, tratando do tema relativo ao acesso à justiça, também deram relevante lição, nos seguintes termos:

---

541 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 271.

542 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de citação p. 289.

543 A celebre afirmação de Chiovenda é tratada pela doutrina como postulado da máxima coincidência e foi esculpido originalmente com a seguinte expressão: “*il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire*”. CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell’azione nasce dal contratto preliminare**, in Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993, p. 110.

544 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema de efetividade do processo. In: **Revista de Direito Processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 27. O autor adverte, também, que: “Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la muito bem: não, contudo, a qualquer preço”. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de direito processual**. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 05. \_\_\_\_\_ In: **Revista de Processo**: RePro. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, pp. 228-238. Obj. de citação p. 232.

Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de “efetividade” é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa “igualdade de armas” – a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo<sup>545</sup>.

Nessa linha de entendimento, percebe-se que as decisões judiciais, enquanto normas de resolução de controvérsia, devem ser reconhecidas e aceitas pelos envolvidos no litígio, o que só é possível com uma efetiva participação dos litigantes para a formação da convicção judicial. Nesse sentido, Lúcio Grassi de Gouvêa afirmou que “a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo”<sup>546</sup>. Habermas, tratando da legitimidade do sistema normativo, apresenta a mesma lição em outras palavras:

Se as normas sustentadas por meio de ameaças de sanções estatais remontam a decisões modificáveis de um legislador político, essa circunstância enreda-se à exigência de legitimação de que esse tipo de direito escrito seja capaz de assegurar equitativamente a autonomia de todas as pessoas de direito; e para que se atenda essa exigência, o procedimento democrático legislativo deve ser suficiente. Dessa maneira cria-se uma relação conceitual entre o caráter coercivo e a modificabilidade do direito positivo, por um lado, e um modo de estabelecimento do direito capaz de gerar legitimidade, por outro. [...] no modo de validação do direito a facticidade da imposição do direito por via estatal enlaça-se com a força legitimadora de um procedimento instituidor do direito, o qual, de acordo com sua pretensão, é racional, justamente por fundamentar a liberdade<sup>547</sup>.

Porém, como a efetividade também é fundamental ao sistema jurídico, já que o direito é estabelecido visando à produção de resultados, ao mesmo tempo em que é articulador da malha social, por conectar os sistemas econômicos e administrativos

---

545 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 15.

546 GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 191.

547 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 294-295.

ao mundo da vida<sup>548</sup> e por ter que alcançar os mais variados campos da esfera social, percebe-se que o direito precisa utilizar tanto de uma racionalidade comunicativa quanto de uma racionalidade estratégica. Ora, o sistema jurídico precisa fornecer soluções, tem de determinar diretamente a ação, tem de possuir aplicabilidade ao mesmo tempo em que busca legitimidade.

Em relação à jurisdição, entendida como poder de definir concretamente o direito, não é diferente. Habermas sustenta que na prática das decisões judiciais “as exigências ideais feitas ao processo de argumentação têm que ser harmonizadas com as restrições impostas pela necessidade de regulamentação fática”<sup>549</sup>.

O que tem de ficar claro nessa proposta de efetiva participação na construção da decisão judicial é que inexistente uma “certeza jurídica” a ser alcançada por métodos monológicos ou solipsistas de aplicação do direito (Juiz Hércules)<sup>550</sup>, sendo possível se alcançar alguma correção da decisão somente de forma procedimental-deliberativa (Juiz Hermes), mantendo-se, ainda, coerência com o sistema de direitos e aceitabilidade racional do provimento<sup>551</sup>. Por outras palavras, se faz necessário consolidar a passagem de um modelo social-prestacionista de jurisdição (Hércules) para um modelo democrático-participativo de direito (Hermes). Nesse último, a decisão é produto da construção intersubjetiva de todos os envolvidos no processo, que deverão ter direitos, deveres e prerrogativas bem definidas, garantindo-se a segurança jurídica e possibilitando a correção da decisão. Como bem pontua Habermas, “A tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o Princípio da Segurança Jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”<sup>552</sup>.

É bom lembrar que o direito sempre demandará uma adequação, *in concreto*, para sua correta aplicação. Essa adequação só poderá ser legitimamente realizada

---

548 LUCHI, José Pedro. Propedêutica habermasiana ao direito. *In: Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, 2001, p. 175-200. Obj. de ref. pp. 181-183.

549 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 292.

550 “Habermas critica o solipsismo de Dworkin, na medida em que ele reduz as possibilidades dialógicas do discurso jurídico. Ainda assim, o autor norte-americano é apontado como o responsável por uma das teorias que melhor atende aos propósitos de justificação racional das decisões e segurança jurídica”. BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. *In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). Constitucionalismo Discursivo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 4.

551 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 19.

552 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245.

de forma procedimental-deliberativa, adotando-se na formação do provimento jurisdicional o maior nível possível das premissas discursivas do entendimento mútuo, que representa, em última instância, uma radicalização democrática em âmbito jurisdicional.

Em complementação ao que foi exposto, vale ressaltar que a questão da efetividade e da segurança jurídica, reapresenta-se na jurisdição como pretensão de correção das decisões e produção de resultados no processo, levando a constatação de que existe uma tensão entre discursividade (racionalidade comunicativa) e eficácia (racionalidade instrumental), que se apresenta como problema fundamental do processo, precisando ser equacionada para garantir os escopos processuais.

Mais uma vez, apoiando-se em Habermas<sup>553</sup>, deve ficar claro que:

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção.

Na mesma linha de entendimento, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao tratar das relações entre segurança jurídica e efetividade fez a seguinte observação: “Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa”<sup>554</sup>.

Da mesma forma, expõe Hermes Zaneti Júnior:

[...] os valores ideológicos subjacentes ao direito processual são principalmente a *efetividade* e a *segurança jurídica*, que não se contradizem, mas antes se completam e se aplicam por ponderação nos casos concretos, jamais se anulando, sendo que o primeiro tem aderência maior e nascimento em uma matriz lógica de direito material, e o segundo, nascido do “paradigma legalista”, dele abdica e se distancia para se tornar fruto de ótica principalmente procedimentalista, que prescinde da solução colocada *prima facie*, mas exige o controle na construção da solução que será dada<sup>555</sup>.

Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para quem:

---

553 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 247.

554 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 351-372, p. 356.

555 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 183-184.

A segurança liga-se à própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, caput), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade<sup>556</sup>.

Em relação ao valor segurança jurídica, na linha de entendimento de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, vale advertir que não se pode confundi-la com imobilismo, pois segurança jurídica não se pode tornar um fim em si mesma. Nas palavras do próprio autor: “Cumpre não identificar, outrossim, o valor da segurança jurídica com a “ideologia” da segurança, que tem por objetivo o imobilismo social”<sup>557</sup>. Cândido Rangel Dinamarco sustenta, igualmente, que o maior obstáculo no campo do “*modo-de-ser*” do processo “é representado pela mentalidade tradicional, voltada ao imobilismo no processo e preguiçoso imobilismo ante as novas tendências”. E completa afirmando: “A burocracia processual, como toda burocracia é irmã do espírito de rotina e filha da preguiça, do medo de errar e da pobreza de inteligência”<sup>558</sup>.

Em países de tradição romano-germânica, contudo, esse aspecto é difícil ser trabalhado, vez que existe forte vínculo com a clássica visão de segurança. Como apontam Daniel Francisco Mitidiero e Hermes Zaneti Júnior: “Na verdade, o valor certeza (aqui também segurança jurídica) inerente ao direito da tradição romano canônica<sup>559</sup> conformou de tal sorte a mentalidade do jurista que será preciso uma

---

556 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 351-372. Obj. de citação p. 356.

557 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 351-372. Obj. de citação p. 357.

558 DINAMARCO, Cândido Rangel. Escopos Políticos do Processo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127. Obj. de citação p. 118.

559 “Assim, no direito desta tradição, a lei representa a segurança contra o arbítrio e portanto a idéia de segurança jurídica estaria na legislação por todos conhecida e aplicável a todas as situações da vida. Não outro era o ideal do Código de Napoleão, que no auge do racionalismo pregava: o juiz é a boca da lei. Em síntese o vigor do pensamento da tradição romano-canônica pode assim ser demonstrado, por hora: “La literatura de la tradición del derecho civil hace gran hincapié en la importancia de la certeza del derecho. Por supuesto, la certeza es uno de los objetivos de todos los sistemas legales, pero en la tradición del derecho civil há llegado a ser uma especeie de valor supremo, um dogma indiscutible, uma meta fundamental”. cf MERYMAN, John Henry. **La Tradicion Juidica Romano-Canonica**, 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 96.



verdadeira revolução cultural para se obter a máxima efetividade que se propõe como valor nascente nesta mutação<sup>560</sup>.

Para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

Essa mudança de paradigma, que introduz um direito muito mais flexível, menos rígido, determina também uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para um estado dinâmico. Assim, a segurança jurídica de uma norma se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade por seu próprio movimento. [...] Nessa nova perspectiva, a própria segurança jurídica induz a mudança, a movimento, na medida em que ela está a serviço de um objetivo mediato de permitir a efetividade dos direitos e garantias de um processo equânime<sup>561</sup>. Em suma, a segurança, já não é vista com os olhos do Estado liberal, em que tendia a prevalecer como valor, porque não serve mais aos fins sociais a que o Estado se destina. Dentro dessas coordenadas, o aplicador deve estar atento às circunstâncias do caso, pois às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias peculiares da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto<sup>562</sup>.

Na linha do que já se expôs, é necessário somar à segurança jurídica a busca pela correção da decisão judicial, que, necessariamente, tem de ser fruto de alguma adequação do sistema ao caso concreto para que essa flexibilidade e dinamismo da segurança jurídica possam ser corretamente trabalhados num viés democrático de construção das decisões judiciais. Quanto à correção das decisões judiciais, Habermas afirma que “[...] mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação, que tornam possível uma formação imparcial do juízo”<sup>563</sup>.

Ademais, como já se afirmou, correção exige coerência com o sistema de direitos, pelo que “Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente”<sup>564</sup>.

Nas lições de Habermas:

---

560 ZANETI JR., Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004, p. 29-30.

561 A esse respeito: FREITAS, Lebre de. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais à luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 74-76.

562 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 351-372. Obj. de citação p. 359.

563 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 287.

564 Habermas com base nos ensinamentos de Dworkin. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 289.

O direito vigente garante, de um lado, a implementação de expectativas de comportamento sancionadas pelo Estado e, com isso, segurança jurídica, de outro lado, os processos racionais da normatização e da aplicação do direito prometem a legitimidade das expectativas de comportamento assim estabilizadas – as normas merecem obediência jurídica e devem poder ser seguidas a qualquer momento, inclusive por respeito à lei. No nível da prática da decisão judicial, as duas garantias precisam ser resgatadas simultaneamente<sup>565</sup>.

Do que foi asseverado, espera-se que tenha ficado clara a existência de um quadro de interdependência e complementariedade entre segurança jurídica (implementação de expectativas de comportamento) e correção (legitimidade da decisão). Na verdade, não basta ser possível enviar um conflito ao Poder Judiciário, o que é garantido por um amplo acesso à justiça, entendida apenas como universalização da jurisdição. Na perspectiva aqui enunciada, propor uma ação deve representar a certeza de obtenção de uma decisão que seja simultaneamente consistente (mantenha a segurança jurídica) e legítima (seja reconhecida racionalmente pelos envolvidos). Somente assim, será possível cumprir a função sócio-integradora do sistema de direitos. Em outros termos, é garantindo segurança jurídica e correção que um provimento judicial cumpre os escopos processuais, o que só pode ser obtido pela atuação de um juiz com a postura de Hermes. Para Habermas:

Não basta transformar as pretensões conflitantes em pretensões jurídicas e decidi-las obrigatoriamente perante o tribunal, pelo caminho da ação. Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições da aceitabilidade racional e da decisão consistente. E uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial<sup>566</sup>.

Esses critérios na prática das decisões judiciais envolvem, segundo o autor, justamente a segurança jurídica e a legitimidade da decisão. Em suas próprias palavras:

---

565 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245-246.

566 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 245-246.

De um lado, o princípio da segurança jurídica [que] exige decisões tomadas consistentemente, no quadro da ordem jurídica estabelecida. [...] De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com o sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito<sup>567</sup>.

Pois bem, se segurança jurídica relaciona-se à coerência da decisão com o sistema normativo vigente, a legitimidade só é alcançada com participação, na medida em que a fundamentação racional de uma decisão judicial, só pode ser construída, de forma legítima, quando se aproxima das condições de possibilidade do discurso. Para Habermas: “[...] o processo democrático de criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”<sup>568</sup>. E:

Os procedimentos e as premissas da justificação são agora os fundamentos legítimos sobre os quais se apóia a validade das legitimações. A idéia do acordo que se verifica entre todos – e entre todos enquanto livres e iguais – determina o tipo de legitimidade por procedimentos (*prozeduralen Legitimitatstypus*), que é própria da época moderna<sup>569</sup>.

Interessante recordar, como esclarece Habermas, que existem três modelos normativos de democracia: o modelo liberal, o modelo republicano (*rectius*: comunitarista) e o modelo deliberativo-procedimental<sup>570</sup>. O último, ou seja, o modelo deliberativo<sup>571</sup> representa uma articulação dos dois primeiros, por meio da teoria do discurso, já que mantém uma formação liberal da vontade política, que passa a ser condicionada a um direito comunitário, por meio do qual se encontra estruturada a sociedade. Esse modelo deliberativo-procedimental objetiva, portanto, uma verdadeira “institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos

---

567 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 246.

568 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 308.

569 HABERMAS, Jürgen. **Problemas de legitimação no Estado Moderno**. Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 236.

570 HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, nº 36, 1995, p. 39-54.

571 Quanto ao tema conferir também: LUCHI, José Pedro. Para uma teoria deliberativa da democracia. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado**. Brasília, ano 43, nº 172, pp. 73-83, out.-dez. de 2006. Cf. ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. In: **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 3. nº. 4, 2005, p. 579.

comunicativos”<sup>572</sup>. Em âmbito jurisdicional, ele busca afastar o individualismo do modelo liberal, marcado por uma atitude passiva do juiz Júpiter e também o prestacionismo social do processo comunitarista, marcado por um ativismo parcial do juiz Hércules.

Como lembra Márcio Carvalho Faria<sup>573</sup>,

O juiz dos tempos modernos tem que se preocupar, portanto, não apenas com os “extremos processuais”, mas com o *iter* processual em sua inteireza: deve, nesse cenário, a todo tempo, mostrar-se integrado, interessado, atuante e, sobretudo, colaborador. A função de construir uma decisão justa não mais se esgota no momento de proferir a sentença; a atuação jurisdicional característica de um processo justo impõe que todo ato processual seja resultado de uma efetiva participação democrática.

A seguir, passa-se a expor como a adoção de uma teoria apta a subsidiar o comportamento do juiz Hermes exige o ingresso do direito processual em outra fase metodológica, para além da instrumentalidade.

## **6.2 Da necessária passagem de uma visão simplesmente instrumental do processo para um modelo de construção coparticipada das decisões judiciais**

---

572 Conforme adverte Habermas: “A teoria do discurso, que associa ao processo democrático conotações normativas mais fortes do que o modelo liberal, porém mais fracas do que o modelo republicano, toma elementos de ambos e os articula de uma forma nova e distinta. Coincidindo com o modelo republicano, ela concede lugar central ao processo político de formação da opinião e da vontade comum, mas sem entender como algo secundário a estruturação em termos de Estado de Direito. Em vez disso, a teoria do discurso entende os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito como uma resposta conseqüente à questão de como institucionalizar os exigentes pressupostos comunicativos do processo democrático. A teoria do discurso não faz a realização de uma política deliberativa depender de uma cidadania coletivamente capaz de ação, mas sim da institucionalização dos correspondentes procedimentos e pressupostos comunicativos”. HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, nº 36, 1995, p. 39-54. Obj. de citação p. 47.

573 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 201. Quando se adota a expressão “processo justo” não se desconhece a visão de Rosemiro Pereira Leal no sentido de que: “[...] não nos é lícito acreditar que é hoje possível um conhecimento definitivo, nem mesmo daquilo que nas actuais condições seria justo em si ou indubitavelmente correcto. É-nos, em todo o caso, lícito acreditar que nos chega à mão, aqui e ali, um pedaço do fio cujo fim é para nós oculto. Sendo assim, então, para a ciência do Direito como também para a filosofia prática (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema aberto e, até um certo grau, móvel em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que torna clara a racionalidade intrínseca, os valores directivos e os princípios do Direito”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 82.

A concepção instrumental do processo trouxe a noção de que ele não pode ser encarado como um fim em si mesmo, mas antes como um meio. Essa visão instrumental, ao mesmo tempo em que afasta uma metodologia processual voltada sobre si mesma, ou seja, preocupada em aperfeiçoar o processo para o processo e pelo processo; exige uma visão teleológica da jurisdição, no sentido de que ela precisa vincular-se a um imperativo de efetividade em busca de um resultado útil para o processo<sup>574</sup>.

Antes de prosseguir, vale advertir que não se está tratando aqui da instrumentalidade técnica, tal qual defendida por Aroldo Plínio Gonçalves, que é essencial ao processo, mas serão apresentadas reservas em relação à instrumentalidade como ideologia processual, que é aquela responsável por definir os objetivos do processo, conforme acima mencionado.

Para Aroldo Plínio<sup>575</sup>,

O procedimento jurisdicional, como atividade disciplinada por uma estrutura normativa voltada para a preparação do provimento, com a participação, em contraditório, de seus destinatários, é uma técnica criada pelo ordenamento jurídico, e trabalhada pela ciência do Direito Processual, que, em sua função de formular conceitos, categorias e institutos concernentes a toda atividade da jurisdição, deve se esmerar em fornecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade.

---

574 Nesse sentido Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal ou pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução”. E mais a frente diz: “Aprimorar o serviço jurisdicional prestado através do processo dando efetividade aos seus princípios formativos (lógico, jurídico, político e econômico), é uma tendência universal, hoje. E é justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 25-26. Crê-se, contudo, que não é instrumentalidade (razão instrumental) que permite fazer do processo um canal axiológico da sociedade, mas antes a participação discursiva (racionalidade comunicativa). Assim também, não se entende possível pregar que é partir de uma visão instrumental que se possa legitimar o processo. Conforme já afirmado a legitimidade é algo mais complexo, que exige não só resultados como também reconhecimento das leis e decisões por parte dos destinatários.

575 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992, p. 168.

Logo, para o autor mineiro, a instrumentalidade não é teleológica, mas apenas técnica, ao contrário do entedimento dos autores paulistas.

Justamente por esse motivo, o movimento da instrumentalidade aqui abordado se preocupa com os escopos do processo, com os objetivos a serem alcançados pelo processo. Como sustenta Cândido Rangel Dinamarco, “O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que o utilizam”<sup>576</sup>.

Essa visão teleológica remete a preocupações externas ao sistema jurídico. Por ela, ultrapassam os objetivos puramente jurídicos do processo e propõe-se investigar as tarefas que lhe cabem perante a sociedade e o Estado<sup>577</sup>. Na concepção instrumental de processo, cujo viés é teleológico, a investigação dos escopos, finalidades ou funções do processo e da jurisdição torna-se aspecto central do estudo, não só em relação ao próprio ordenamento jurídico, mas também perante a sociedade e o Estado em que se insere<sup>578</sup>.

Os autores da Escola Paulista de processo, idealizadores da concepção instrumental, identificaram escopos sociais, políticos e jurídico da jurisdição<sup>579</sup>, os quais continuam relevantes até os dias atuais, motivo pelo qual se realizará breve explanação sobre esse tema.

---

576 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181. Bruno Silveira de Oliveira ao cuidar da instrumentalidade afirma: “Mas, afinal, quais os objetivos a atingir? Essa é uma pergunta que não pode, em hipótese alguma, ser levianamente considerada. Senão por outras razões, então apenas por estas: pouco adianta saber que algo é um instrumento se não conhecermos sua finalidade, tampouco ajudará sabermos que algo é um instrumento se, mesmo conhecendo sua finalidade, não soubermos utilizá-lo com a destreza necessária para a obtenção do resultado almejado”. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *In: Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 32, nº. 146, abril de 2007, p. 321-331. Obj. de citação p. 322.

577 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186. Para o autor um dos problemas do positivismo era, também, sua postura introspectiva. Vejam suas palavras: “O mal do pensamento positivista reside justamente no curto alcance de suas soluções. Investiga os resultados que o exercício da jurisdição produz sobre o sistema do direito, mas deixa na sombra o que realmente tem relevância e substancial valia, que é a função do próprio direito perante a sociedade”.

578 Conforme adverte Daniel Roberto Hertel: “Os escopos do processo coincidem com os escopos da jurisdição. Na verdade, sendo o processo o instrumento pelo qual se desenvolve a jurisdição, não poderia aquele ter escopos diversos desta”. HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica Processual e Tutela Jurisdicional**: A instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 41.

579 Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30 e 40. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 193-272.

Em relação aos escopos sociais, os autores identificaram dois escopos essenciais do processo ou da jurisdição, quais sejam: pacificar com justiça e educar a sociedade. O primeiro, pacificar com justiça, decorre da atribuição fundamental que a instrumentalidade atribui ao processo: a solução de conflitos na sociedade. Como sustenta Cândido Rangel Dinamarco, o viés de justiça da pacificação é fundamental, uma vez que a “missão social pacificadora” não se dá “por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. Eliminar conflitos mediante critérios justos – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”<sup>580</sup>. O segundo, educar a sociedade, envolve a necessidade de se conscientizar os consociados jurídicos de seus direitos e obrigações. Uma população juridicamente educada, consciente de seus direitos e deveres, tende a ser melhor preparada, não só para cumprir o direito, como também terá condições de pleitear corretamente aqueles que forem violados, tornando possível verdadeiro acesso à justiça.

Porém, a instrumentalidade é limitada ao propor o modo de se atingir esses escopos sociais. A instrumentalidade, como se afirmou, possui uma perspectiva reducionista do processo, já que está focada no valor efetividade e fundada em uma concepção do Estado Social-prestacionista<sup>581</sup>. Portanto, não é capaz de apontar, metodologicamente, de que forma seria possível fazer justiça no caso concreto. Verificando o problema da aporia da justiça, ao tratar do objetivo relativo a pacificar com justiça, Daniel Roberto Hertel lembrou que: “Nesse particular, desponta o problema da relatividade do conceito de justiça, o que dificulta sobremaneira o delineamento desse escopo”<sup>582</sup>. Da mesma forma, quanto a educar a população, a visão instrumental pouco contribui. Como se volta à busca por resultados, acaba desprestigiando o discurso, e afastando a preocupação de participação no processo<sup>583</sup>.

---

580 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Obj. de citação p. 196.

581 Cf. FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas**. Vol. 1, nº. 1, p. 57-110. 2º sem. 2002.

582 HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica Processual e Tutela Jurisdicional**: A instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 42.

583 Por mais que não seja admitido é certo que a prevalência da eficácia desprestigia o discurso. Veja a seguinte passagem na qual Cândido Rangel Dinamarco afirma que mesmo sentenças injustas

Quanto ao escopo político, Cândido Rangel Dinamarco identifica três aspectos fundamentais: o primeiro refere-se à afirmação da capacidade do Estado de decidir imperativamente; o segundo envolve uma valorização do valor liberdade; e o terceiro assegurar a participação dos cidadãos. Sustenta o autor que: “*Poder* (autoridade) e *liberdade* são dois pólos de um equilíbrio que mediante o exercício da jurisdição o Estado procura manter; *participação* é um valor democrático inalienável, para a legitimidade do processo político”<sup>584</sup>. Logo, sob o viés político, são objetivos do processo e da jurisdição a participação com a afirmação da autoridade do Estado e de seu ordenamento.

A concepção instrumental, contudo, também é carente em garantir o cumprimento desses escopos. Se, por um lado, ela não prejudica a imperatividade do Estado ao proferir um provimento judicial, da mesma forma como não invalida o valor liberdade, de outro lado em nada beneficia o escopo participação, já que razão instrumental (meio-fim) é a face oposta da comunicação. Tendo como meta apenas a produção de resultados, não se proporciona participação, que exige a criação de mecanismos processuais de inserção das partes, isto é, de diálogo, conversação. Na verdade, muitos dos institutos produzidos nas últimas décadas de reformas instrumentais são mecanismos de limitação da participação, notadamente por uma das faces da efetividade, qual seja, a face da celeridade, que fundamenta a supressão de fases ou atos procedimentais.

O último escopo do processo é o jurídico. Quanto a este, Cândido Rangel Dinamarco sustenta que, se por um lado, uma visão estritamente jurídica do processo seria equivocada, ou seja, que seria errado afirmar que o processo possui somente objetivos jurídicos, por outro lado, afirma ser igualmente equivocado “execrar a visão jurídica de um sistema que em si mesmo é jurídico”<sup>585</sup>. Nessa linha, investigar o escopo jurídico envolve o estudo da forma como opera e qual posição o direito processual ocupa no sistema jurídico, afastando, contudo, o ingênuo e frágil

---

pacificam os conflitos. “Além disso, quando se pensa nas chamadas sentenças injustas, que são aquelas que por algum motivo conduzem a resultados não indicados no ordenamento jurídico substancial, tem-se a eliminação definitiva do conflito, com total “imunização” do decidido contra novas investidas, apesar de nada terem contribuído para a atuação das leis”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 203.

584 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 205.

585 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 215.



entendimento de que a jurisdição exista simplesmente para produzir decisões, títulos executivos, ou mesmo a coisa julgada<sup>586</sup>.

Alguns instrumentalistas acreditam que a compreensão desse escopo jurídico revela verdadeira síntese dos demais escopos, vez que na aplicação da lei (seu escopo jurídico) o processo já promoveria o cumprimento, por via oblíqua, de seus escopos sociais e políticos. Como leciona José Roberto dos Santos Bedaque: “No escopo jurídico da atuação da vontade concreta da lei estão compreendidos os escopos social e político, que parecem muito mais ligados ao próprio direito material a ser atuado pelo juiz”<sup>587</sup>. Também Flávio Luiz Yarshell atesta:

Procede, a idéia de que os escopos sociais e políticos da jurisdição estão diretamente atrelados ao escopo jurídico (atuação da vontade concreta do direito objetivo), e deste são consequência, visto que incumbe precipuamente ao direito material (não contudo exclusivamente à lei) a tarefa de estabelecer a fórmula para eliminação dos conflitos; ao atuá-lo, via jurisdição, o Estado estará promovendo a pacificação com justiça e reafirmando sua própria autoridade<sup>588</sup>.

A grande relevância desse estudo sobre os escopos processuais, porém, decorre da percepção de que o processo ou mesmo o direito não devem ser entendidos como um sistema autopoietico, mas antes como um sistema de normas permeável por valores sociais e políticos. Hermes Zaneti Júnior exalta o autor paulista dizendo que: “Cândido Rangel Dinamarco prestou valiosa colaboração para os estudos do processo civil quando estabeleceu, em texto clássico, a convivência de diversos escopos, funções ou finalidades da jurisdição”<sup>589</sup>.

Malgrada essa relevância, pensa-se que a instrumentalidade do processo não é capaz de cumprir todos os objetivos da jurisdição, conforme já vem sendo afirmado. Na verdade, o alinhamento feito entre processo e instrumento remete a uma concepção de Estado Social, no qual a centralidade residia *no fazer* (meio – razão instrumental) e não no *como* se faz e no *quem* faz (participação – razão

---

586 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 216-217.

587 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material Sobre o Processo. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60. Afirma também: “Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político”. Obj. de citação p. 59.

588 YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 17.

589 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 138.

comunicativa), em especial porque o processo é apresentado como mero instrumento de pacificação social<sup>590</sup>. Ora, o processo deve ser entendido, também, como instrumento de exercício da democracia.

Sob o enfoque do Estado Democrático, o processo, enquanto instrumento da jurisdição, *inseri* (participação-discursividade) e não apenas *confere* (instrumento-eficácia)<sup>591</sup> direitos. Para que se obtenha esse viés participativo, faz-se necessário que se construam decisões corretas (pretensão de correção) e não somente decisões que “pacificam” os conflitos, ou seja, que somente coloquem fim aos processos. O Estado Democrático é o Estado da *parceria* (cidadãos) e não da *prestação* (clientes), levando a efetividade a ser apenas um entre muitos valores. Nessa linha de entendimento, o processo não pode ser visto somente como instrumento, no sentido de conferir o direito material, mas deve se revestir das características democrático-constitucional-deliberativas próprias de um Estado pluralista, de forma a ser capaz de assegurar a correta decisão no caso concreto<sup>592</sup>.

A concepção instrumental, embora não esteja equivocada, precisa ser complementada e reequilibrada. Ela é apenas um prato da balança, um lado da moeda. Entende-se que não são corretas as afirmações de Daniel Roberto Hertel de que “Na verdade, hoje, qualquer estudo de direito processual que estiver apartado

---

590 GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47 e seguintes. Veja-se o nítido caráter prestacionista evidenciado na seguinte passagem: “E hoje, prevalecendo as idéias de 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 pôr 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 da justiça”. Obj. de citação p. 43. Conferir, ainda, p. 31.

591 Para Cândido Rangel Dinamarco: “Sua natureza instrumental impõe que todo o sistema processual seja permeado dessa conotação, para que realmente apareça e funcione como instrumento do Estado para a realização de certos objetivos por ele traçados [...]”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

592 “À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo, já não pode ser visualizada apenas como instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinente aos valores da efetividade e da segurança jurídica, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. \_\_\_\_\_ In: **Revista de Processo RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 29, nº. 113, janeiro-fevereiro de 2004, p. 09-21. Obj. de citação p. 18. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 1. ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2002, p. 472.

da concepção instrumental estará fadado à inutilidade”, ou de José Roberto dos Santos Bedaque para quem: “[...] o caráter instrumental do processo constitui premissa inafastável de qualquer estudo envolvendo temas relacionados a esse ramo do direito”<sup>593</sup>.

Na verdade, mais que se realizar uma investigação sob a ótica da instrumentalidade, abordagem limitada e reducionista do processo (apenas eficácia), tem-se que buscar entender o processo pelos fundamentos constitucionais do contraditório, ampla defesa, isonomia, segurança jurídica, efetividade, razoável duração etc. (eficácia e discursividade). O processo não deve ser voltado e adequado apenas ao útil (âmbito pragmático), mas também ao bom (âmbito ético) e ao justo (âmbito moral)<sup>594</sup>.

Um modelo de construção coparticipada das decisões judiciais precisa estar atrelado a um sistema cujo primado é a soberania popular e os direitos fundamentais, o que demanda não somente efetividade, mas antes participação e pluralidade de ideias. Necessita-se, pois, da instituição de um contraditório real, o qual deve ser encarado como princípio regente (direito-garantia constitucionalizado) do procedimento, e não como simples prerrogativa prescrita em Leis processuais ordinárias ou, pior, apenas dosado pela atuação jurisdicional como simples conceito e juízo de senso comum, pautando-o por mera conveniência ou discricionariedade do julgador.

Como ensina Márcio Carvalho Faria<sup>595</sup>,

[...] é no contraditório, regra forte da consagração do princípio democrático no processo, que se encontra a raiz da obrigatoriedade de ciência inequívoca por todos os interessados dos atos do processo. Tal diretriz, contida expressamente no texto constitucional (art. 5º, LV), também pode ser visualizada na cláusula geral do devido processo legal (art. 5º, XXX) [...]

---

593 Respectivamente: HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica Processual e Tutela Jurisdicional**: A instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 36. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 11.

594 Diferentemente Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dele espera a nação. A tomada de consciência teleológica tem, portanto, o valor de possibilitar o correto direcionamento do sistema e adequação do instrumental que o compõe, para melhor aptidão a produzir tais resultados”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 183.

595 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 218.

É fundamental para uma construção democrática de processo que seja afastada uma ótica pela qual caberia aos juízes e tribunais “canalizar a vontade dominante”, promovendo uma “síntese das opções axiológicas da nação”, na qual o juiz seria “um canal de comunicação entre a nação e o processo”<sup>596</sup>, em uma típica visão substancialista pura<sup>597</sup>. Na realidade, a decisão não pode ser entregue ao jurisdicionado, mas antes construída com a sua efetiva participação. O juiz, sozinho, não é capaz de conceber a decisão correta. Ele é apenas uma peça no tabuleiro do xadrez processual, ainda que alguém possa lhe considerar a mais importante<sup>598</sup>.

Como lembram Dhenis Cruz Madeira e Alexandre Trad Vieira<sup>599</sup>:

Atualmente, sabemos que o discurso processual democrático desenhado pelo modelo constitucional de processo não permite a criação de espaços blindados de crítica, espaços de subjetividade. Tais espaços nus, na verdade, blindam o argumento do princípio do contraditório, retirando do discurso a característica de democrático. Nesse caso, o procedimento se torna apenas uma formalidade a ser cumprida sem a participação das partes. Julga-se apesar das partes, e não, com as partes, o que fere o modelo processual previsto tanto na Constituição Brasileira quanto no CPC de 2015.

Ou como sustenta Bruno Amaro Lacerda<sup>600</sup>, amparado por Eduardo Garcia de Enterría:

Se o juiz não é um aplicador autônomo de leis, também não pode ser, como observa Eduardo Garcia de Enterría (1997, p.51) “o senhor do Direito em uma sociedade livre e igualitária”, pois a democracia (com seu processo constitucional de produção de leis e outras normas) é incompatível com

---

596 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48, 240-241, 244 e 389. É interessante notar que na página 237, embora se pense ser incoerente, o autor admite a cooperação processual, afirmando que a decisão é formada por todos os envolvidos no processo. Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 60.

597 “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição Hermenêutica e Teorias Discursivas**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 21. Ora, quem legitimou o Judiciário a assumir este papel de intérprete? O próprio direito positivo, ou quem sabe uma capacidade superior do juiz?

598 Nesse sentido conferir: FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas*. Vol. 1, nº. 1, pp. 57-110. 2º sem. 2002.

599 MADEIRA, Dhenis Cruz; VIEIRA, Alexandre Trad. Cognição jurisdicional e anarquismo metodológico. *In: CASTRO, João Antônio Lima (Org.). Direito Processual e Público*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2018, p. 438.

600 LACERDA, Bruno Amaro. A imparcialidade do Juiz. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência*. Vol. 108. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ano 52, jul-dez 2016, p. 40.

“juízes pretensamente redentores ou iluminados, autoinvestidos como representantes de qualquer ideologia, doutrina ou tradição história” (1997, p. 50).

De fato, tem de ser abandonado o contexto do Estado Social, segundo o qual o Estado traz para si o dever de promover a plena realização dos direitos fundamentais, no qual o processo é entendido como um meio para realização da justiça, rumo ao bem-estar social. Nesse viés social, o processo seria um instrumento (meio – razão instrumental) a serviço da paz social, já que encarado como mecanismo por meio do qual os órgãos jurisdicionais estatais desempenham suas atividades visando pacificar os litigantes, em busca de uma eliminação dos conflitos.

Ora, pretendeu a Constituição da República brasileira estabelecer um modelo de Estado Democrático, tornando necessário uma adequação das instituições, institutos e preceitos jurídicos a este novo paradigma, eliminando, de uma vez por todas, concepções arcaicas decorrentes de modelos de Estado superados e sabidamente falidos, nos quais o objetivo do processo se resumia a simples pacificação dos conflitos, devendo estes, ainda, serem solucionados a qualquer custo por um Estado onipotente, que se vale de seu “poder” independentemente das garantias processuais constitucionais e dos direitos fundamentais.

Para atingir o *status* democrático, o processo deve ser estruturado com observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório, da isonomia entre as partes litigantes, da fundamentação das decisões, da publicidade, dentre outros. Ademais, em um Estado pluralista, deve ser visto num plano horizontal de cooperação e participação e não num plano vertical de imposição, sendo apontado apenas como instrumento de contenção de um possível caos social.

Como denunciou José Joaquim Calmon de Passos:

Um desses frutos perversos, ou peçonhentos gerados pela “instrumentalidade” foi a quebra do equilíbrio processual que as recentes reformas ocasionaram. Hipertrofiaram o papel do juiz, precisamente o detentor de poder na relação processual, portanto o que é, potencialmente, melhor aparelhado para oprimir e desestruturar expectativas socialmente formalizadas em termos de segurança do agir humano e previsibilidade de suas conseqüências. Privilegiaram, de outra parte, o autor, justamente aquele a quem cabe o dever ético e político de comprovar o inelutável da sujeição do outro a sua pretensão. Numa total inversão de valores, tem-se como “dado” o que jamais pode ser entendido nesses termos antes de comunicativa e intersubjetivamente produzido. Esses erros levaram a que as reformas, em lugar de resolverem a crise da Justiça, agravassem-na e o

fizessem progressivamente, até atingir o intolerável, que determinará o indesejável - a implosão, quando se queria apenas e se necessitava apenas de reformulação<sup>601</sup>.

Apesar da eloquência do professor Calmon de Passos, não se pretende desvalorizar o movimento da instrumentalidade, mas apenas elucidar que a instrumentalidade deve ser entendida em seus estritos e limitados termos, tendo em vista não ser capaz de solucionar todos os problemas processuais existentes.

Uma concepção mais completa do direito processual tem de ser capaz de abranger toda a multi-dimensionalidade prevista na Constituição Federal.

Como sustenta Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, não há direito processual que não deva ser constitucional, já que a Constituição é o fundamento de validade positivada do ordenamento jurídico, sendo indispensável conceber um “[...] modelo constitucional do processo, estruturante do Direito processual, que não pode ser desconsiderado sob pena de inconstitucionalidade”<sup>602</sup>. Ora, a Constituição é fundamento formal e substancial das normas jurídicas, já que, se de um lado, estabelece as regras de produção normativa, de outro, é fonte de orientação e matriz axiológico-teleológica do ordenamento. A Constituição é fator de unidade

---

601 E completa: “E por que as reformas, em sua dimensão mais pretensiosa, agravam antes de solucionar? Porque exacerbam a litigiosidade e favorecem o arbítrio. Essas duas coisas, casadas, estimulam os inescrupulosos a postular e decidir sem ética e sem técnica, transformando aos poucos o espaço forense no terreno ideal para a prática do estelionato descriminalizado, a par de incentivarem os ignorantes a ousarem cada vez mais, os arbitrários a oprimirem cada vez mais, os vaidosos a cada vez mais se exibirem e os fracos a cada vez mais se submeterem. O que pode ter sido pensado com boas intenções, na prática, justamente pela “viscosidade” da decantada “instrumentalidade”, transforma-se em arma na mão de sicários, ou, para usar as expressões de um ilustre advogado paulista - faz do direito e do processo, nos dias presentes, a pura e simples arte, ou artimanha, de se colocar o punhal, com precedência, na jugular do adversário. E ele completava entre infeliz e irônico: “Legalidade, dogmática, teoria jurídica, ciência do direito, tudo isso é pura perda de tempo e elucubração para o nada”. Em resumo – não aliviaram os bons da intolerável sobrecarga que os esmaga e proporcionaram aos maus meios excelentes para se tornarem piores”.

“Distorção não menos grave, outrossim, foi a de se ter colocado como objetivo a alcançar com as reformas preconizadas apenas uma solução, fosse qual fosse, para o problema do sufoco em que vive o Poder Judiciário, dado o inadequado, antidemocrático e burocratizante modelo de sua institucionalização constitucional. A pergunta que cumpria fosse feita - quais as causas reais dessa crise - jamais foi formulada. Apenas se indagava - o que fazer para nos libertarmos da plethora de feitos e de recursos que nos sufoca? E a resposta foi dada pela palavra mágica “instrumentalidade”, a que se casaram outras palavras mágicas - “celeridade,” “efetividade,” “deformalização” etc. E assim, de palavra mágica em palavra mágica, ingressamos num processo de produção do direito que corre o risco de se tornar pura prestidigitação. Não nos esqueçamos, entretanto, que todo espetáculo de mágica tem um tempo de duração e de desencantamento”. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: **Revista de Processo RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, p. 55-67. Obj. de citação pp. 66-67. \_\_\_\_\_ In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em 25 de abril de 2017.

602 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 212.

argumentativa, na medida em que articula princípios, regras e valores, por um viés de adequação e razoabilidade, permitindo um retorno aos juízos de equidade<sup>603</sup>.

A jurisdição tem de ser compreendida com os óculos da Constituição, afastando a visão embassada de uma concepção apenas fundada na racionalidade instrumental. Para tanto, faz-se necessário buscar uma coordenação entre duas premissas essenciais: a necessidade de correção formal e a de justiça substancial<sup>604</sup>, cumprindo os escopos constitucionais definidos pelo Estado Democrático.

O sistema normativo é decorrente da cultura, tem de ser conectado ao mundo da vida, de forma a trazer os valores do Estado Democrático de Direito, quais sejam: convivência social, liberdade, justiça e solidariedade, participação nas decisões, pluralismo (no sentido de pluralidade de ideias, culturas e etnias) tudo sob o pano da dignidade da pessoa humana<sup>605</sup>. Na lição de Mauro Cappelletti, é necessário valer-se dos direitos fundamentais como programa de reformas e método de pensamento<sup>606</sup>; tornando o próprio processo um direito fundamental de participação<sup>607</sup> e formação de decisões cooperativas e democráticas.

Nesse sentido, fica claro que as bases do movimento de constitucionalização do processo representam uma virada linguística em âmbito jurisdicional, já que adotam as premissas fundamentais da teoria do discurso. A constitucionalização envolve a valorização dos princípios do acesso à justiça, da igualdade dos litigantes e do devido processo legal buscando o estabelecimento de uma comunicatividade tendendo a um padrão discursivo (parâmetro ideal). Ademais, a constitucionalização é a revalorização da ponderação, da razoabilidade e de um contraditório substancial

---

603 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 4.

604 “Quella della correttezza formale e quella della giustizia sostanziale”. TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 678.

605 Em brilhante síntese Luiz Guilherme Marinoni leciona: “o Estado Democrático de Direito tem em seu conteúdo princípios de justiça social e do pluralismo, devendo realizar-se através da democracia participativa”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

606 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Helen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

607 “Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais; portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 267. \_\_\_\_\_ In: **Revista de Processo RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 29, nº. 113, janeiro-fevereiro de 2004, pp. 09-21. Obj. de citação p. 17.

que são expressões de discursividade<sup>608</sup>. Envolve, ainda, a adoção do princípio da cooperação, o que representa, em termos jurisdicionais, a busca por uma interação dos envolvidos no litígio, voltada ao entendimento mútuo, com a busca de decisão de forma legítima e, desse modo, aceita por todos os envolvidos.

É importante advertir, contudo, que não se está defendendo ou valorizando o abandono das formas. Ora, o formalismo é fundamental, inclusive como instrumento disciplinador dos poderes do juiz, evitando que uma arbitrária adaptação do processo aos casos concretos cause desequilíbrio entre o poder do juiz e as prerrogativas das partes. Como sustenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira,

Não se trata, porém, apenas de ordenar, mas também de disciplinar o poder do juiz e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado. Pondere-se, dentro dessa linha, que a realização do procedimento deixada ao simples querer do juiz, de acordo com as necessidades do caso concreto, acarretaria a possibilidade de desequilíbrio entre o poder judicial e o direito das partes<sup>609</sup>.

Na verdade, a forma processual desempenha papel central na garantia de segurança jurídica e também de efetividade da prestação jurisdicional, tratando-se de elemento essencial para que o processo cumpra todos os escopos que almeja. A ordenação, a disciplina e o procedimento garantem não só a legitimidade das decisões (discursividade), conforme já afirmado, mas a celeridade e a certeza na

---

608 De todo modo, é preciso ter a clareza que apenas a constitucionalização ou a adoção de modelos discursivos, não serão capazes de superar os desafios para a implantação de um Estado Democrático. Como adverte José Adércio Leite Sampaio: “A razoabilidade do possível pode e deve ser aferida judicialmente como já afirmamos mais de uma vez, todavia ela é apenas um dos instrumentos a serviço da “sociedade de direitos” que milita na construção de um *modus vivendi* justo e democrático. É na esfera pública não-estatal que se firmam as bases soberanas das decisões políticas de prioridades de afetação dos recursos existentes, do *quanto* cada parte das necessidades humanas protegidas pela Constituição devem ser atendidas, insistamos, em cenários de escassez. É ela que cria para si a responsabilidade de custear a promoção da igualdade e, ao mesmo tempo, que determina e controla a agenda política da esfera pública estatal, a incluir-se aí o próprio trabalho dos juízes. Portanto, a adoção de uma estrutura discursiva, à la Habermas e pelos padrões anódicos dos processos judiciais de efetivação dos direitos de prestações – por exemplo, com a introdução de briefs de amicus curiae –, não passará de mais um enredo semântico de tradição elitista que põe a capa de legitimidade na manutenção reprodutora da exclusão social pentassecular. Não há, seja no plano normativo, seja em sua realidade, modelo dialógico ou *responsive democracy* sem que a sociedade ocupe o centro dos processos deliberativos e seja capaz de sustentar as prioridades constitucionais nos fóruns decisórios primários (legislativos e executivos) e derivado-recursivos (judiciais)”. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 273.

609 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 352.



prestação jurisdicional (eficácia). Previsibilidade e organização são indispensáveis ao processo, das quais depende, inclusive, o exercício do contraditório e da ampla defesa<sup>610</sup>.

Para José Roberto dos Santos Bedaque: “Forma e técnica não são, em si mesmas, um mal. Ao contrário, a existência de um modelo legal é fator de garantia para as partes, que têm assegurada a participação efetiva no contraditório. Além disso, contribui decisivamente para o normal e ordenado desenvolvimento do processo”<sup>611</sup>.

Por sua vez, Giuseppe Chiovenda sustenta que:

Entre os leigos abundam censuras às formas judiciais sob alegação de que as formas ensejam longas e inúteis querelas, e freqüentemente a inobservância de uma forma pode acarretar a perda do direito; e ambicionam-se sistemas processuais simples e destituídos de formalidades. A experiência, todavia, tem demonstrado que as formas são necessárias ao processo, tanto ou mais que em qualquer relação jurídica; sua ausência carrega a desordem, a confusão e a incerteza<sup>612</sup>.

Na mesma linha de entendimento, está Candido Rangel Dinamarco para o qual:

Definir suficientemente o procedimento como um todo e os atos que o compõem em particular não significa enrijecer o sistema com disposições formais inflexíveis ou exageradamente precisas. A necessidade de oferecer segurança deve conviver com o princípio da liberdade das partes e racionalidade no exercício do poder, donde resulta que os sistemas processuais modernos buscam o desejável equilíbrio entre a legalidade e a liberdade formal. O resultado é a regra da instrumentalidade das formas, presente nos sistemas processuais da atualidade (infra, nn. 89 e 714)<sup>613</sup>.

---

610 “[...] verifica-se que o formalismo, ao contrário do que geralmente se pensa, constitui o elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo. A efetividade decorre, nesse contexto, do seu poder organizador e ordenador (a desordem, o caos, a confusão decididamente não colaboram para um processo ágil e eficaz), a segurança decorre do seu poder disciplinador. Sucede, apenas, que ao longo do tempo o termo sofreu desgaste e passou a simbolizar apenas o formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 353.

611 BÉDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52.

612 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 3. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002, p. 6.

613 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 30.

De todo modo, o formalismo não pode ser vazio, oco, sem razão de existir, ou distante dos valores fundamentais que devem reger o processo. Nesse sentido, seguindo a linha de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sem, contudo, adotar concepções baseadas na “justiça material” ou na “paz social”, por se tratarem de conceitos cujo conteúdo é indeterminado, acredita-se na necessidade de se equacionar, de um lado, a busca por uma decisão correta, com respeito ao sistema de direitos pré-estabelecidos com, por outro, respeito à efetividade, à segurança e à organização interna do próprio processo (*fair trial*)<sup>614</sup>.

Além desses, é importante acrescentar a lealdade e a boa fé de todos os envolvidos no processo como valores essenciais para correta polarização do formalismo, aos quais ainda precisa ser somada constante atitude de cooperação do judiciário com as partes e destas com aquele<sup>615</sup>.

Sempre é bom recordar que “[...] o formalismo excessivo pode inclusive inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado<sup>616</sup>.

Essa é a concepção de um “formalismo valorativo”, que já foi mencionado anteriormente e cuja construção é do próprio professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, conforme será detalhado logo abaixo.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery advertem, igualmente, que “O juiz deve desapegar-se do formalismo, procurando agir de modo a propiciar às partes o atingimento da finalidade do processo. Mas deve obedecer às formalidades do processo, garantia do Estado de direito<sup>617</sup>.

---

614 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 356.

615 “Por outro lado, o formalismo-valorativo, informado nesse passo pela lealdade e boa-fé, que deve ser apanágio de todos os sujeitos do processo, não só das partes, impõe, como visto anteriormente, a cooperação do órgão judicial com as partes e destas com aquele”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 368.

616 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 358. Nesse sentido o Ministro Sálvio de Figueiredo afirmou: “A concepção moderna de processo, como instrumento de realização da justiça, repudia o excesso de formalismo, que culmina por inviabilizá-la”. (STJ-4ª Turma, REsp 15.713-MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4.12.91, deram provimento, v.u., DJU 24.2.92, p. 1876). In: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. atu. até fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 330.

617 NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 425.

Em última análise, a passagem a essa quarta fase metodológica do direito processual deve ser marcada, em especial, por um contraditório substancial<sup>618</sup> e pela cooperação ou colaboração, motivo pelo qual é facilmente associada à teoria do discurso, também pelos motivos que já foram expostos anteriormente.

Parece claro que a superação de um modelo liberal-formalista de jurisdição (juiz Júpiter), ou mesmo de um modelo social-solipsista (juiz Hércules) exige, necessariamente, passar pela teoria do discurso como mecanismo procedimental na criação de uma jurisdição que poderia se chamar de deliberativa (juiz Hermes). Essa jurisdição deliberativa, tem de ter por fundamento um efetivo acesso à justiça, a adoção do contraditório como “valor forte”<sup>619</sup> e, ainda, a boa-fé, lealdade e cooperação de todos os envolvidos no processo.

Nesse sentido, afasta-se da base da jurisdição uma racionalidade puramente instrumental, para se perceber na razão comunicativa o fundamento central de validade da jurisdição, já que promove a concretização legítima do direito em um processo de argumentação<sup>620</sup> e formação da decisão pelos envolvidos, aos quais devem ser asseguradas, no mínimo, as prerrogativas de participação e igualdade<sup>621</sup>.

Nessa ótica a instrumentalidade do processo deve ser dosada e medida por uma aplicação constitucional e centrada nos direitos fundamentais, obedecendo à lógica do discurso, buscando-se, leal e cooperativamente (atitude voltada para o entendimento), a prevalência do melhor argumento. Até porque, como afirma José Roberto dos Santos Bedaque: “A regulamentação do processo depende basicamente de concepções filosóficas, políticas e culturais inerentes ao direito

---

618 Ou como afirma Hermes Zaneti Júnior “garantia substancial do contraditório”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 56.

619 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 62-63.

620 “Decorre daí, em primeiro lugar, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo. [...] Além de tudo, revela-se inegável a importância do contraditório para o processo justo, princípio essencial que se encontra na base mesma do diálogo judicial e da cooperação”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 360.

621 “É preciso atentar a que a relação processual deve desenvolver-se em consonância com a exigência constitucional da isonomia efetiva”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: Influência do Direito Material Sobre o Processo**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

material. Daí ser insuficiente o formalismo dogmático, que deve ser complementado pela idéia de valor”<sup>622</sup>.

Portanto, o formalismo não deve ser afastado, mas polarizado para cumprir as finalidades essenciais do processo. Retomando o que já se afirmou e apoiando-se nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, impõe-se o afastamento de um formalismo oco e vazio<sup>623</sup>, já que a forma jamais poderá contrariar os princípios essenciais do processo como são a segurança jurídica, a efetividade, a imparcialidade, o contraditório, o devido processo legal e, ainda, a boa-fé e a lealdade processuais. “O mal reside, portanto, no formalismo excessivo”<sup>624</sup>, já que: “A forma serve como garantia, e não amarra da justiça”<sup>625</sup>. Por outras palavras, valendo das lições de Marcelo Abelha Rodrigues: “A finalidade do processo é instrumental, ou seja, fazer valer um interesse primário aviltado. Exatamente por isso o processo não pode se constituir, ele mesmo, num óbice a este desiderato, a ponto de confundir-se formalismo com formalidade”<sup>626</sup>.

Quanto ao ponto, precisa é a lição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira para quem:

[...] o formalismo excessivo deve ser combatido com o emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medida as finalidades essenciais do instrumento processual (processo justo e equânime, do ponto de vista processual, justiça material, do ponto de vista material), e os princípios e valores que estão a sua base,

---

622 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material Sobre o Processo. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 21. Mas a frente afirma: “É preciso conciliar a técnica processual com seu escopo. Não se pretende nem o tecnicismo exagerado, nem o abandono total da técnica. Virtuoso é o processualista que consegue harmonizar esses dois aspectos, o que implicará a construção de um sistema processual apto a alcançar seus escopos, de maneira adequada”. Obj. de citação p. 52.

623 “De tudo o que foi dito e analisado impõe-se afastar o formalismo oco e vazio, incapaz de servir às finalidades essenciais do processo – relativizada assim qualquer invalidade daí decorrente –, mormente quando atente contra os princípios e valores imperantes no ambiente processual, a exemplo da efetividade, da segurança, da boa-fé e lealdade e do princípio do processo justo. O que importa, ao fim e ao cabo, é o formalismo-valorativo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 366.

624 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 52.

625 Afirmção de Hermes Zaneti Júnior ao sintetizar a mensagem que decorre do “formalismo valorativo”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 49.

626 RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 74.

desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo<sup>627</sup>.

Nos contornos dessa investigação, resta explicitada a necessidade de se ingressar em um modelo discursivo democrático (racionalidade comunicativa), que tem de permitir a interação cooperativa de todos os envolvidos no processo (voltados ao entendimento mútuo). Precisa ser superado um modelo codificado de regras aplicadas por um raciocínio apodíctico e demonstrativo para que, sob uma perspectiva problemática argumentativa, fundada na participação do autor, juiz e réu (volta ao juízo) consiga-se chegar a melhor solução jurídica.

Teori Albino Zavascki também afirma a insuficiência de um sistema normativo construído apenas pela via legislativa, apontando as hipóteses nas quais seria justificável a construção de normas pela via judicial direta:

A concordância prática entre direitos fundamentais eventualmente tensionados entre si é obtida mediante regras de conformação oriundas de duas fontes produtoras: há a regra criada pela via da legislação ordinária e há a regra criada pela via judicial direta, no julgamento de casos específicos de conflitos. A primeira (solução pela via legislativa) pode ocorrer sempre que forem previsíveis os fenômenos de tensão e de conflito, sempre que for possível intuí-los, à vista do que comumente ocorre no mundo dos fatos. Quanto à construção de regra pela via judicial direta, ela se tornará necessária em duas hipóteses: ou quando inexistir regra legislada de solução, ou quando esta (construída que foi à base de mera intuição) se mostrar insuficiente ou inadequada à solução de conflito concretizado, que não raro se apresenta com características diferentes das que foram imaginadas pelo legislador. Em qualquer caso, considerada a inexistência de hierarquia, no plano normativo, entre os direitos fundamentais conflitantes, a solução do impasse há de ser estabelecida mediante a devida ponderação dos bens e valores concretamente tensionados, de modo a que se identifique uma relação específica de prevalência de um deles<sup>628</sup>.

Logo, sem negar a força do sistema de direitos legislado, mas parece impossível afastar a possibilidade de definição de direitos também pela via jurisprudencial, ou seja, por meio de um raciocínio indutivo, partindo-se do concreto, do problema, do juízo. Adotando uma racionalidade prática discursiva-

---

627 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 367.

628 ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 5. ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 64.

procedimental<sup>629</sup>, Hermes Zaneti Júnior, afirma a possibilidade de superação do paradigma legalista e “a tópica passa a ser um instrumento para a verificação dos problemas e a lei, a dogmática e os precedentes formam os catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional”<sup>630</sup>. Desse modo, o juiz, sem “desprezar a lei”, deve-se “valer, não da lógica formal clássica do raciocínio físico matemático, mas do *logos de lo razonable* [...] que chega a conclusões elaboradas pelas técnicas de argumentação dialética [...]”<sup>631</sup>. Claro que o emprego dessa dimensão tópico-problemática à jurisdição não pode deixar de considerar:

[...] que rigor formal não significa interpretação “estrita” da lei processual. Não só admissível interpretação sistemática e teleológica, como se impõe observada a mudança do sentido da lei pela alteração das idéias éticas fundamentais, devendo o trabalho hermenêutico jamais esquecer as linhas mestras do sistema constitucional, suas garantias e princípios, normas valorativas primaciais para a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, preenchimento de lacunas e interpretação em geral da lei processual<sup>632</sup>.

Faz-se, porém, uma ressalva as afirmações de Hermes Zaneti Júnior, tendo em vista que, adotando a visão de Dhenis Cruz Madeira, não se acredita que a “tópica” possa ser utilizada como instrumento de construção do discurso processual, já que:

---

629 “Gostaria apenas de mencionar, aqui, que o que normalmente tratamos sob o título de “razão prática” não é nenhum fenômeno elementar, mas remete a um entrelaçamento operado na moldura de interações sociais entre racionalidade epistêmica, teleológica e comunicativa”. HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**: ensaios filosóficos. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 117. Nesse quadro, amparando-se em Habermas, por “razão prática” procedimental entende-se aquela espécie de razão que se volta para o modo de ser do processo compreendendo-o de forma procedimental-discursiva. Isto é, de uma maneira que busca conciliar uma necessária estabilidade dos institutos jurídicos processuais e a constante necessidade de reformulação do direito que se opera por meio do processo. Quando se diz “prática”, portanto, se diz num sentido de que tal racionalidade busca atuar sobre o modo como o processo efetivamente se desenvolve e não como ele é teoricamente formulado e com um enfoque que alcance sua dimensionalidade epistêmica, teleológica e comunicativa. Em outra medida, quando se vale do qualificativo “procedimental” quer-se exaltar a primazia de uma decisão que não é uma concretização de uma norma já existente, mas antes uma decisão que nasce do processo por meio da participação de todos os envolvidos em uma condição de igualdade e simetria, cujo ponto forte encontra-se ancorado no respeito mútuo, lealdade, boa-fé e cooperação.

630 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 88. Conferir também p. 205.

631 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 375-388. Obj. de citação p. 380.

632 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 366.

[...] a tópica jurídica é vaga, maleável, adapta-se aos problemas, não é rigorosa do ponto de vista apodítico e sistemático, e, por isso, pode ser usada como instrumento de manipulação da norma jurídica, fazendo com que a mesma atenda aos interesses do orador, que passa a ser um intérprete solipsista do texto legal. [...] Nesse sentido, a excessiva subjetividade aliada à exagerada maleabilidade permitida pelo discurso tópico gera o risco de que o intérprete se afaste demasiadamente do projeto de sociedade proposto pela Constituição. [...] Para aqueles que ainda vislumbram a possibilidade de empregar a tópica no discurso processual, é preciso dizer que, para que seja utilizada no discurso processual, a tópica deve passar por um número muito grande de mudanças, tantas, que perderia por completo suas características, deixando de ser, portanto, tópica<sup>633</sup>.

Acredita-se, por conseguinte, que uma jurisdição adequada ao Estado Democrático, em um quadro permeado por necessária densificação de sentido, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados etc. só pode se dar com recuperação e *reestruturação do discurso judicial*, “porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas dependente dos próprios elementos que nele serão colhidos”<sup>634</sup>.

De todo modo, as normas do procedimento e a garantia de uma participação com igualdade (paridade de armas) são fundamentais, até porque, como afirmou José Adércio Leite Sampaio<sup>635</sup>:

A legitimidade democrática não se resume à apuração empírica da vontade das urnas, mas exige o contexto da manifestação dessa vontade. É dizer que tem uma dimensão normativa inafastável. Quando Habermas usa a sua alegoria de democracia discursiva não deixa por menos a necessidade de uma igualdade básica, assim como Rawls, ao identificar decisões políticas justificadas quando elas são passíveis de serem endossadas pelos membros da comunidade à luz de princípios e ideias por eles aceitas como razoáveis e racionais ou “para sua razão humana comum”, fala de consociados que se exergam como “livres e iguais”.

Ademais, como lembra José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior: “É claro que a comunicação por si não assegura democracia. É indispensável a formação de

---

633 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 536-538.

634 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 421-440. Obj. de citação p. 421.

635 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010, p. 269.

massa crítica em torno de uma variedade inédita de temas, o que não é uma mera consequência da democratização da informação”<sup>636</sup>.

Logo, se de um lado, é necessário revalorizar o denominado juízo de equidade, considerado instrumento de adaptação do direito às particularidades de cada caso, de outro lado, a adoção desse juízo de equidade não significa um abandono do juízo de legalidade, mas antes entendê-los como necessários, co-existent e complementares na atual ótica constitucional-democrática-deliberativa de jurisdição. Assim, ambos os juízos teriam funções bem definidas:

[...] o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e equidade apresentam-se como dois aspectos distintos, mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro. No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos eqüitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz<sup>637</sup>.

Na verdade, é por meio desse equacionamento entre equidade e legalidade, pela definição de instrumentos democráticos no sistema processual que se tornará possível o estabelecimento de um modelo de construção coparticipada das decisões judiciais, apto a formar uma massa crítica pelas partes que compõe a relação processual, permitindo a formação de um contexto de manifestação democrática. Como sustentou Dhenis Cruz Madeira<sup>638</sup>, esse discurso processual deve observar algumas normas, tais como: “a) proibição do solipsismo decisional; b) formalização argumentativa; c) objetividade argumentativa; d) correlação lógica dos argumentos; e) observância de um procedimento (conceito fazzalariano); f) observância dos princípios da reserva legal e supremacia da Constituição; g) observância do devido

---

636 BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, p. 4.

637 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 351-372. Obj. de citação p. 364.

638 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo. Curitiba: Juruá, 2014, p. 538.



processo” [...] etc. Evidentemente que Hermes deve observar todos esses preceitos em sua atuação.

Nos itens seguintes, serão explicitados mais alguns aspectos desta concepção coparticipada.

### **6.3 O dever de fundamentação: único instrumento de controle?**

O dever de fundamentação é garantia tão essencial no sistema processual brasileiro que foi alçado a direito Constitucional fundamental. A Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX, afirma que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Como afirma Nelson Nery Júnior:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação<sup>639</sup>.

O dever de fundamentação no sistema brasileiro originou-se, em realidade, da tradição portuguesa, vez que já estava previsto nas Ordenações Filipinas, no Livro III, Título LXVI, nº. 7, no qual vinha consignado o dever do juiz de motivar as decisões, preceito que fora seguido pelo art. 232 do Regimento 737 de 1850.

Não restam dúvidas, ademais, que além de ser requisito de validade das decisões, a motivação é garantia da imparcialidade do julgador, legalidade do julgamento e da justiça da decisão. A fundamentação torna-se ainda mais importante diante da conotação política que, contemporaneamente, adquiriram as decisões judiciais (discurso de aplicação do direito). É ato essencial para fornecer respaldo à decisão judicial. É pela fundamentação que o juiz justifica a tomada de uma postura probatória e subsidia a posição das partes para efeito de se proferir o

---

639 NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.175-176.

juízo. Além disso, como afirma Hermes Zaneti Júnior, a motivação é “[...] atividade legitimadora da justiça perante a sociedade civil”<sup>640</sup>.

Evidente que não há devido processo legal, sem motivação. Quanto ao ponto, são precisas as palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro<sup>641</sup>:

Outro aspecto de transcendente importância na aplicação da cláusula do *devido processo legal* em sua acepção processual (*procedural due process*) tem a ver com o requisito de motivação das decisões judiciais. Trata-se de condição de validade dos editos prestadores de jurisdição, cuja finalidade última é justamente salvá-los da mácula da arbitrariedade. Da exatidão e suficiência da motivação depende o conhecimento pelas partes em juízo da estrutura e do teor do julgado, o que, inclusive, as habilita a interpor os recursos que lhes faculta a legislação processual.

A fundamentação cumpre, portanto, funções endoprocessuais e extraprocessuais, já que, de um lado, é formalmente indispensável, sob pena de nulidade; e, de outro, é materialmente essencial, como condição de legitimação da decisão.

Como bem argumenta Fredie Didier Júnior<sup>642</sup>:

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função. Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite, que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão. [...] Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do artigo 1º da Constituição Federal, ao povo.

Consciente do papel da fundamentação para o sistema processual e atento aos abusos quanto ao dever de fundamentar, em especial em decorrência de que se tornou recorrente nas decisões dos Tribunais Superiores que “o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os

---

640 ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. In: **Revista da Ajuris**. Ano XXXI, n.º 94, junho-2004, p.105-132. Obj. de citação p. 128.

641 CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006, p. 310, nota 50.

642 DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010, p.290.

fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão”<sup>643</sup>, o Código de Processo de 2015 foi expresso ao prescrever no §1º do art. 489 que:

Art. 489 [...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Porém, valendo-se da brecha deixada no inciso IV, já existem decisões<sup>644</sup> entendendo que o julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes

---

643 Para ilustrar, vejam as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: “Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. PRECATÓRIO. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. AFRONTA AO QUE DECIDIDO NAS ADIs 2.356 E 2.362. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA APRECIADA PELO TRIBUNAL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESPROVIDOS. 1. A omissão, contradição ou obscuridade, quando inocorrentes, tornam inviável a revisão em sede de embargos de declaração, em face dos estreitos limites do art. 535 do CPC. 2. O magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 3. A revisão do julgado, com manifesto caráter infringente, revela-se inadmissível, em sede de embargos. (Precedentes: AI n. 799.509-AgR-ED, Relator o Ministro Marco Aurélio, 1ª Turma, DJe de 8/9/2011; e RE n. 591.260-AgR-ED, Relator o Ministro Celso de Mello, 2ª Turma, DJe de 9/9/2011). 4. Embargos de declaração desprovidos. (Rcl 13002 AgR-ED / SP - SÃO PAULO EMB.DECL. NO AG.REG. NA RECLAMAÇÃO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 16/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 07-06-2016 PUBLIC 08-06-2016). “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 2. O acolhimento das alegações da agravante não dispensa o reexame de prova. Rever a conclusão a que chegou o Tribunal a quo demandaria a incursão no conjunto probatório para concluir-se da forma requerida pelo Recorrente. Incide nesse ponto a Súmula 7/STJ. 3. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 529018 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2014/0137684-9 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 19/08/2014 Data da Publicação/Fonte DJe 01/09/2014)

644 Em recente decisão, assim se pronunciou a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA PARCIAL DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, ART. 1.022 DO CPC. OFENSA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Não se configurou a ofensa ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal

de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida e, evidentemente, quem define quais são essas questões é o próprio julgador, promovendo, assim, um esvaziamento da garantia processual.

De uma forma ou de outra, que a fundamentação é indispensável para a própria existência válida da decisão judicial, é indiscutível. Não obstante, essa garantia, apontada como expressão máxima da democracia em âmbito jurisdicional, por assegurar a legitimidade das decisões, não parece ser suficiente para o atendimento de uma proposta vinculada a teoria do discurso. Para o atendimento a teoria do discurso, a participação é o aspecto central e a exigência de uma

---

de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. 2. A indicada afronta aos arts. 141, 492, 373, 502, 503, 505, 507, 508 e 783 do CPC e ao art. 3º, da LINDT não pode ser analisada, pois o Tribunal de origem não emitiu juízo de valor sobre esses dispositivos legais. O Superior Tribunal de Justiça entende ser inviável o conhecimento do Recurso Especial quando os artigos tidos por violados não foram apreciados pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos de Declaração, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Incide, na espécie, a Súmula 211/STJ. 3. A alteração do decisum, para modificar o entendimento do magistrado, demanda incursão no acervo fático-probatório dos autos, medida que encontra óbice na Súmula 7 do STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial." 4. É importante registrar a inviabilidade de o STJ apreciar ofensa aos artigos da Carta Magna, função afeta exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do seu art. 102, III, "a", da CF/1988. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 1704283 / RJ Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 12/12/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 19/12/2017) No mesmo sentido a 1ª Seção: "O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. O julgador possui o dever de enfrentar apenas as questões capazes de infirmar (enfraquecer) a conclusão adotada na decisão recorrida. Assim, mesmo após a vigência do CPC/2015, não cabem embargos de declaração contra a decisão que não se pronunciou sobre determinado argumento que era incapaz de infirmar a conclusão adotada. (STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016 (Info 585)". Também no Supremo Tribunal Federal: "Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE ANTES E DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3. ALEGADA OMISSÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INEXISTÊNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA SUPRIR EVENTUAL OMISSÃO DO JULGADO. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, o regime de substituição tributária é aplicável tanto no período anterior à Emenda Constitucional nº 03/93 quanto no período posterior a ela. Precedentes. 2. É entendimento assente do Supremo Tribunal Federal que o julgador não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar sua decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder um a um os seus argumentos. Precedentes. 3. Caso entendesse omissa a decisão monocrática, deveria a parte opor embargos declaratórios com o fito de suprir eventual omissão relativa à fundamentação. 4. Nos termos do art. 85, §11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (ARE 830821 AgR/MG Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 30/06/2017 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 10-08-2017 PUBLIC 14-08-2017)

fundamentação solipsista (Hércules) já demonstrou não atender a exigência dialógica de Hermes.

Nesse quadro, passa-se a apresentar a oralidade como instrumento de democratização da atuação do juiz, que deve ser adotada, inclusive, na construção da própria fundamentação, pelos motivos a seguir expostos.

#### **6.4 A oralidade como instrumento de democratização da atuação do juiz: um reenquadramento do debate processual como instrumento de controle democrático**

##### *6.4.1 O debate processual: uma valorização da dimensão dialógica do processo à luz da cooperação*

No Brasil, mesmo com a adoção de mecanismos voltados à valorização da jurisprudência, o direito não tem sido pensado a partir do caso, como ocorre na *common law*. Os juristas buscam, cada vez mais, afastar-se da faticidade intrínseca aos conflitos judiciais. A própria criação de precedentes vinculantes acaba demonstrando uma ligação do direito ao paradigma racionalista moderno<sup>645</sup>, com clara tendência à recepção dos casos individuais em série, como se fossem casos idênticos, em especial porque o precedente vem sendo encarado como ponto de chegada e não de partida. Essa tendência acarreta no desaparecimento ou, no mínimo, no enfraquecimento da dimensão dialógica do processo.

Paulatinamente, o sistema jurídico brasileiro vem sendo estruturado em manuais de cientificidade duvidosa e, conseqüentemente, o ensino jurídico

---

645 “O que é problemático, para alguns no Direito, isto é, enxergar que a crença cega no absolutismo da razão não faz mais sentido após os excessos vivenciados nos dois últimos séculos, em que, ao invés de gerar “libertação e igualização” gerou exploração e genocídio instrumentalizados. Assim, quando se aprovam mecanismos como “Súmulas Vinculantes” e “efeitos vinculantes” em controle concentrado de constitucionalidade de leis o que se tem ainda é a crença cartesiana de que a realidade é um dado objetivo, estático, que possa ser “presa” através de fórmulas – de forma semelhante como se pensou ser possível com o Código Civil francês. Complementar a isso estão outras reformas no processo, que nada mais fazem do que diminuir a esfera de discussão, na ideia de que a diminuição gerará celeridade, quando, na verdade, o efeito é justamente contrário, ou seja, é justamente a possibilidade do amplo debate e esclarecimento no primeiro grau que pode, potencialmente, reduzir a possibilidade de recursos desnecessários”. SIMINONI, Rafael Lazzarotto; Simioni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61> Acesso em 10 de novembro de 2017.

desemboca numa concepção dotada de construções *standards*, os quais são propagados também nas salas de aula<sup>646</sup>. O modelo jurídico de ensino é excessivamente baseado na mera leitura das Leis e de Códigos comentados<sup>647</sup>, os quais, muitas vezes, contêm resumos de ementários jurisprudenciais, em regra desacompanhados de seu contexto originário. Essa situação apresenta-se, igualmente, nos concursos públicos, que se limitam à verificação da capacidade de memorização das leis e da jurisprudência pelos candidatos<sup>648</sup>.

Em decorrência desse cenário, vem ocorrendo um enfraquecimento da força persuasiva da doutrina, perdendo importância a força da academia e prejudicando o diálogo processual. Em substituição, surge uma doutrinação pelos Tribunais, também decorrente de uma redução do senso crítico às decisões prolatadas, ficando com os Tribunais Superiores um poder desmedido de atribuir sentido às leis, papel que, tradicionalmente, cabia à doutrina<sup>649</sup>.

É um processo de estandardização do direito, pelo qual os juristas se limitam, em suas petições ou pareceres, a transcrever ementas jurisprudenciais desconectadas de seu contexto, sem considerar a relevância da historicidade e da

---

646 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 97. Na mesma linha Boaventura de Sousa Santos, destaca que “O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extranormativo, as faculdades de direito acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade. [...] Quanto ao ensino, os cursos de direito estão muito marcados por uma prática educacional que Paulo Freire denominou de “Educação Bancária”, em que os alunos são “depósitos” nos quais os professores vão debitando as informações, que, por seu turno, devem ser memorizadas e arquivadas”. O aluno é um receptor passivo das informações e deverá repeti-las literalmente, como forma de demonstrar que “apreendeu” o conteúdo”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011, p. 86-87.

647 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

648 Com propriedade, Lenio Streck aborda a temática no seguinte sentido: “[...] há, no Brasil, uma verdadeira ‘indústria cultural’ assentada em uma produção jurídica baseada em conceitualizações (enunciados e pautas gerais), retroalimentada pelas escolas de direito, cursos de preparação para concursos e exame da Ordem dos Advogados do Brasil, além da própria operacionalidade do direito, que tem no dedutivismo a sua forma de aplicar o direito, a partir de repositórios de verbetes *prêts-à-porters*, que escondem a singularidade dos casos. Por isto, não é temerário (re)afirmar que o positivismo jurídico – entendido a partir da dogmática jurídica que o instrumentaliza – é uma trincheira que resiste (*teimosamente*) a essa viragem hermenêutico-ontológica. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. In: **Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra**. Vol. 82. Coimbra, jan. 2006, p. 213-217. Obj. de citação p. 217. No mesmo sentido, ver RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 122.

649 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

temporalidade do momento da prolação da decisão que é adotada como precedente<sup>650</sup>.

Contudo, como afirmou Lenio Streck<sup>651</sup>

[...] a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.

Ora, como sustenta Ronald Dworkin<sup>652</sup>, “se [os juízes] fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória”. Luiz Guilherme Marinoni<sup>653</sup> arremata:

Trata-se de grosseiro mal entendido, decorrente da falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individual e egoística por um sujeito que pode fazer valer a sua vontade sobre todos os que o rodeiam e, assim, sobre o próprio sistema de que faz parte. Imaginar que o juiz tem o direito de julgar sem se submeter às suas próprias decisões e às dos tribunais superiores é não enxergar que o magistrado é uma peça no sistema de distribuição de justiça e, mais do que isto, que este sistema serve ao povo.

Não obstante, para ser possível a construção dessa decisão adequada, existe a necessidade de uma interação entre os envolvidos no litígio, a qual só pode ser efetivada quando garantido o contraditório e quando a relação processual é desenvolvida sob a ótica da cooperação. Nesse sentido, Hermes Zaneti Júnior afirma que: “No processo, o modelo procedimental deliberativo se dá por meio dos postulados da máxima cooperação (*Kooperationsmaxima*)<sup>654</sup> e do formalismo valorativo, no qual a forma é entendida em sentido amplo”<sup>655</sup>. Na mesma linha de entendimento, são as lições de Lúcio Grassi de Gouvea<sup>656</sup>, que afirmou:

---

650 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 100.

651 STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto:** decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 108

652 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. bras. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

653 MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: **Revista Jurídica**. n. 380. Porto Alegre: Notadez, 2009, p. 48.

654 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. In: **AJURIS:** Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, pp. 55-84, jun. 2003, p. 65.

655 ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional:** O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 170. Em outra parte da mesma obra afirma: “A proposta que se entende deva prevalecer é a que reconhece a “máxima cooperação”, como observância da participação das partes e como alternativa aos discursos antagônicos, uma

Tem sido uma preocupação constante dos processualistas modernos, além da entrega da prestação jurisdicional de forma rápida e eficiente, que os procedimentos tenham um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca da verdade real, devendo ter esta uma participação ativa no processo.

O Princípio da Cooperação, que tem origem na Alemanha, representa o direito de perguntar (*Fragerecht*) e o dever de perguntar e de se esclarecer (*Frage und Aufklärungspflicht*) atribuído ao juiz. No caso de descumprimento desses preceitos é possível, inclusive, a interposição de recurso se permanecerem obscuras questões de fato e de direito<sup>657</sup>.

Frédérique Ferrand<sup>658</sup>, em estudo a respeito do Código de Processo Civil Alemão (ZOP), destaca que o seu § 139 dispõe que:

O presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (*Erhellende Tatsachen*) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova. Neste desiderato, ele deve, se necessário, trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve chamar a atenção para os meios que devem ser levantados de ofício pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre suas pretensões, que formulem perguntas.

Interessante observar que embora a jurisprudência alemã, por temor de parcialidade, não admita inovações por parte do juiz, seja no âmbito fático ou probatório, fato é que o julgador possui o direito de determinar que as partes complementem informações ou provas a partir do que já foi deduzido em juízo<sup>659</sup>.

---

composição fundada na tentativa de harmonizar, pelo discurso e pela “pretensão de correção”, a contraposição entre os objetivos sociais e as liberdades individuais do processo. Obj. de citação pp. 165-166.

656 GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 183.

657 GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 184.

658 FERRAND, Frédérique. **Droit prive allemande**. Dalloz: Paris, 1997, p. 199. *Apud*: GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 184.

659 FERRAND, Frédérique. **Droit prive allemande**. Dalloz: Paris, 1997, p. 199. *Apud*: GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5ª ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 185.



No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015 adotou, expressamente, o princípio ao estabelecer, no art. 6º, que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Tratando sobre a cooperação processual, Miguel Teixeira de Sousa observou a existência de quatro subdeveres essenciais, quais sejam: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes<sup>660</sup>. Todos esses subdeveres também foram contemplados pelo Código de Processo Civil de 2015.

O dever de esclarecimento envolve a intervenção do juiz na busca por compreender, profundamente, todas as questões de fato e de direito presentes no processo e também se fazer entender pelas partes. Diz respeito à necessidade de questionar as partes quanto a obscuridades em suas petições; pedir que esclareçam ou especifiquem requerimentos feitos em termos mais genéricos, explicar seus próprios atos quando questionado dentre outras atitudes.

No novo Código de Processo Civil brasileiro um exemplo é § 3º, do art. 357, que dispõe: “Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”. Em relação a ele, Vitorio Denti<sup>661</sup> destaca que:

[...] a intervenção do juiz tende a provocar o esclarecimento das questões de fato e de direito que fundamentam a pretensão da parte. O exemplo mais conhecido de intervenções deste tipo é o interrogatório da parte com a finalidade de esclarecer as alegações, que teve sua aplicação mais importante nos códigos processuais alemão e austríaco e que foi estudado por Mauro Cappelletti como instrumento direto a promover a efetiva igualdade das posições das partes no processo. Esse tipo de poder do juiz se presta a, além de garantir a assistência do litigante débil, suprir a deficiência da sua defesa, também sob o plano de uma verdadeira e própria “inquisição” para além dos limites formais das alegações das partes. [...] Não há dúvida de que o poder de esclarecimento, no seu uso assistencial direto visando a obter a melhor defesa das razões do litigante débil, ingressa no quadro do emprego da técnica do processo por finalidade social.

---

660 SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos Sobre o novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

661 DENTI, Vitorio. **Proceso civile e giustizia sociale**. Milano: Edizioni de Comunità, 1971, p. 64.

O dever de prevenção, por sua vez, envolve a necessidade do juiz advertir as partes sobre os riscos e as deficiências das manifestações e estratégias por elas adotadas, conclamando-as a corrigir essas deficiências sempre que possível. O art. 321 do novo Código de Processo Civil é um bom exemplo: “O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado”.

O dever de consultar as partes foi difundido pelo denominado processo modelo de Stuttgart<sup>662</sup>, baseado no diálogo direto entre o juiz e as partes como forma de busca da verdade. Segundo Lúcio Grassi de Gouvea, os resultados práticos de tal modelo evidenciaram “que a presença ativa dos litigantes põe o juiz em um mais imediato contato com a realidade, torna mais ágil uma rigorosa reconstrução dos fatos deduzidos em juízo e favorece a composição amigável da lide”<sup>663</sup>. Por outras palavras, o dever de consultar as partes, impeditivo de decisões surpresa, nada mais é do que um dos desdobramentos do princípio do discurso sobre o processo, como imperativo de um Estado Democrático de Direito. No novo Código de Processo Civil esse dever também foi contemplado, nos termos do art. 9º: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”; e, também, do art. 10, que é ainda mais explícito quanto ao dever de diálogo: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

---

662 Para mais detalhes sobre o modelo de Stuttgart, conferir relevante estudo de Guilherme Guimarães Feliciano. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens Históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro: RIDB*. Ano 3, nº 4, 2014, p. 2717-2752. Disponível em [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014\\_04\\_02717\\_02752.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02717_02752.pdf) Acesso em 16 de fevereiro de 2018. Nas palavras do autor: “Nos anos setenta do século passado, na Alemanha, valorizando uma presumida “função assistencial” dos magistrados, alguns tribunais alemães construíram, com base na interpretação flexível da ZPO, um modelo de direção processual proativa a que se denominou “modelo de Stuttgart”, como antípoda do modelo liberal do juiz “inerte”. O modelo em testilha não pensava estanquamente as posições processuais do juiz, do autor, do réu, dos terceiros intervenientes e dos auxiliares do juízo; antes, concebia-as em unidade funcional, como comunidade de trabalho (“Arbeitsgemeinschaft”), preservando-se um mínimo de “imparcialidade” (conteúdo essencial do “procedural due process”).

663 GOUVEA, Lúcio Grassi de. *Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real*. *In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil*. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 183-197. Obj. de citação p. 192.

Nicolò Trocker<sup>664</sup> adverte que:

O sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões quanto aos aspectos de fato e de direito da controvérsia. Parece assim um modo externamente válido para afastar o perigo das 'decisões surpresa' e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento. O desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas suas conseqüências negativas. Uma tempestiva comunicação da própria 'Rechtsauffassung' da parte do órgão judicante favorece obviamente também a concentração das operações processuais e um mais rápido desenvolvimento do juízo. O resultado do 'modelo de Estugarda' confirma que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o 'prestigioso' silêncio do juiz constrange as partes a alegações supérfluas e dificulta a busca da verdade. É apenas o caso de constatar-se que a celeridade e concentração do processo e adequação da pronúncia são valores estritamente conexos à própria garantia de ação e de defesa.

Por fim, o último subdever de cooperação é o de auxílio entre as partes, consistente na remoção de dificuldades ao exercício de faculdades, direitos ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais pela parte que se encontra em melhores condições de fazê-lo<sup>665</sup>.

No novo Código de Processo Civil são exemplos a distribuição dinâmica do ônus da prova<sup>666</sup>, o poder de flexibilização procedimental, para a inversão da ordem das provas (art. 139, VI), e ainda a ampliação de prazos, quando houver dificuldade para o cumprimento do prazo definido em Lei (art. 139, VI, e art. 437, § 2º).

Por conseguinte, percebe-se que o debate processual democrático deve ser pautado não apenas por um contraditório substancial, como já se sustentou, mas também pela cooperação, que foi agregada ao Código de Processo Civil de 2015, em seus vários aspectos, sendo de adoção obrigatória para o juiz Hermes.

#### 6.4.2 A oralidade como instrumento de democratização da atuação do juiz

---

664 TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**: problemi di diritto Tedesco e Italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974, p. 667.

665 GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197. Obj. de citação p. 194.

666 Art. 373, § 1º: "Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído".

O processo, em qualquer hipótese, produz algo diverso do direito material afirmado pelas partes, “[...] algo que por sua vez é diverso mesmo da forma expressa no direito material positivado”. O processo produz uma solução interna razoável e argumentativa, um “direito material novo”<sup>667</sup>. Nas palavras de Ovídio A. Baptista da Silva: “Na pendência da relação processual, o direito torna-se simples “expectativa de direito” [...] as pretensões (de direito material) quando postas na relação processual litigiosa, perdem a solidez que lhe assegurava a inimpugnabilidade (incontrovertibilidade) própria do direito material, para tornarem-se meras “expectativas de direito”<sup>668</sup>.

Na verdade, isso representa uma “abertura à racionalidade prática procedimental que privilegia o problema, portanto, de abertura para a lógica dialética”<sup>669</sup>. É possível sustentar que o processo cria (e recria) a norma de direito material, por uma metodologia que não se distancia do problema, relacionando os âmbitos processual e material do direito e enfrentando as relações existentes entre estes planos “na perspectiva de sua interdependência e complementaridade”<sup>670</sup>.

Para José Roberto dos Santos Bedaque<sup>671</sup>:

[...] a afirmação de um direito, de uma relação jurídica substancial, constitui elemento imprescindível do processo. A jurisdição atua sempre em função de um direito afirmado. A ação não pressupõe direito existente, mas exige-se a afirmação de um direito material para o seu exercício. A defesa volta-se contra a existência desse direito.

---

667 ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: **Polêmica Sobre a Ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196. Obj. de citação p. 167.

668 SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Material e Processo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420. Obj. de citação p. 413 e 417.

669 ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: **Polêmica Sobre a Ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196. Obj. de citação p. 178. Diante de tal quadro Hermes Zaneti Júnior não nega a existência da categoria da ação material proposta por Ovídio A. Baptista da Silva e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, mas afirma que “sua essencialidade significaria um limite excessivo para a realização de novos direitos que precisam ser construídos pela jurisprudência, nos quais as circunstâncias fáticas não denotam automaticamente sua incidência, dependendo esta de laboriosa atividade das partes e do juiz no processo judicial [...]”. Portanto, frente à incerteza do direito material posto em juízo (*status assertionis*), volatizando-se, tornando-se mera expectativa, não faz qualquer sentido exigir-se uma ação material anterior.

670 ZANETI JÚNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: **Polêmica Sobre a Ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196. Obj. de citação p. 168.

671 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material Sobre o Processo. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 66.

Na ótica de aproximação dos planos de direito processual e material, sob a moldura constitucional, ensina Luiz Guilherme Marinoni<sup>672</sup>, que:

[...] na decisão jurisdicional, há uma inquestionável integração e complementação entre os planos do direito material e do direito processual, mediante a visualização das necessidades do direito material a partir da Constituição. Portanto, o que se insiste em propor é a idéia de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das “tutelas dos direitos”, e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual.

Fica evidente, na visão do autor, a centralidade atribuída à Constituição, uma revalorização das “tutelas de direito” e a afirmação de que é a jurisdição que promove a integração entre as esferas de direito material e processual. Em última análise, é dentro dos contornos constitucionais, ou seja, com respeito aos direitos fundamentais, aos preceitos constitucionais do Estado Democrático e aos princípios processuais constitucionais, que se devem analisar as relações entre direito material e processual, já que ambos devem convergir por um nexo de finalidade traçado pela Constituição, cerne e estrutura jurídica essencial de um Estado de Direito.

José Roberto dos Santos Bedaque<sup>673</sup> arremata:

O processo não é mero instrumento técnico, nem o direito processual constitui ciência neutra, indiferente às opções ideológicas do Estado. Somente a conscientização, pelos processualistas, do caráter ético de sua ciência, da necessária identidade ideológica entre processo e direito substancial, permitirá que o instrumento evolua para melhor atender a seus escopos.

Nesse contexto, onde se percebe a importância do discurso de aplicação das normas, inclusive para a própria existência dos direitos materiais, é clara a necessidade do contraditório, da máxima cooperação e de uma real participação na formação da decisão. Essa é a necessidade de uma visão comunicacional do processo, vinculada a uma razão comunicativa.

---

672 MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 139.

673 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

Resgatando essa concepção de reconstrução da ordem normativa no processo e tendo como base a razão comunicativa, percebe-se a necessidade de se reposicionar a oralidade<sup>674</sup> como instrumento de radicalização democrática.

Como primeiro ponto sobre o tema, vale lembrar que a democratização não está contida na oralidade, mas a oralidade pode ser utilizada como instrumento de prática democrática. Por outras palavras, não é a prática oral que, por si só, garante uma participação democrática, contudo, se bem direcionada, a oralidade mostra-se mecanismo eficaz de intensificação das práticas participativas.

Como lembrou Dhenis Cruz Madeira<sup>675</sup>:

[...] a oralidade, por si só, não atribui característica democrática ao procedimento, algo que só é aferível mediante a obediência da legalidade e constatação da efetiva participação das partes na construção do provimento final, notadamente, pela observância do *modelo constitucional de processo*. Escrita e fala, ambas, devem ser asseguradas aos participantes do procedimento, conforme as regras do Devido Processo, isso, para que possa se efetivar a ampla defesa e o contraditório, resguardando-se, aos que sofrerão os efeitos das decisões (provimentos) jurisdicionais, o direito de contribuição argumentativa.

Feita essa advertência, nesse reposicionamento da oralidade, é fundamental uma reflexão sobre o papel das audiências, que devem ser revalorizadas como o ponto alto do processo, já que representam para as partes o “seu dia na Corte”, como sustentam os norte-americanos.

É bom ressaltar que a audiência é momento de participação direta das partes. Essa participação, se bem direcionada, permite aumentar a confiança na administração da justiça, em especial porque é oportunidade de participação efetiva no processo.

Pois bem, no contexto da audiência, impera a oralidade, já que representa o principal espaço de diálogo verbal no processo, garantindo uma interação pessoal

---

674 O estudo sobre a oralidade em si não é, evidentemente, inédito, já que o tema vem sendo objeto de investigação desde as primeiras décadas do século XX. Na primeira metade do século, destacam-se, em especial, os seguintes estudos: CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Anotações de Enrico Tullio Liebman. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 998-1020; COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. In: **Revista Forense**. Vol. 74, jan. 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 21-29. A partir dos anos setenta, destacam-se os estudos de Mauro Cappelletti. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971. E, ainda, \_\_\_\_\_ Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 127 e seguintes.

675 MADEIRA, Dhenis Cruz. Técnicas de Argumentação oral em audiências. In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). **Técnica processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 217.

entre partes, advogados, juiz, auxiliares da justiça, membros do Ministério Público etc.

Como ensina Petrônio Calmon Filho<sup>676</sup>,

[...] Como modelo, a oralidade define um processo participativo, caracterizado pelo diálogo, pela ética e pela cooperação, no qual o princípio do contraditório assume sua plenitude. Como o processo oral é caracterizado pela audiência, nela as partes podem dispor do máximo de oportunidade de participação que o processo pode lhes oferecer. Tudo realizado instantaneamente, o contraditório começa a ser exercido quando se promove a tentativa de acordo. Em audiência o juiz deve dirigir novas ou pioneiras tratativas de conciliação, buscando não somente a solução para o processo formal, mas aprofundando o diálogo para buscar a pacificação das partes.

Na mesma linha de entendimento são as lições de Rolf Stürner<sup>677</sup>, que sustenta que o princípio da oralidade

[...] mostra-se especialmente sólido na sociedade democrática da modernidade, porque se harmoniza particularmente bem com a compreensão do indivíduo como sujeito processual com acesso pessoal ao tribunal, com o princípio da imediatidade e o princípio da publicidade e transparência, bem como, com o modelo de processamento dialógico eficiente [...].

De todo modo, é importante (re)lembrar que, em processo, não se pode falar em oralidade sem fazer referência ao processo modelo de Stuttgart, que já foi mencionado anteriormente. Nesse modelo, revitalizou-se a oralidade dos procedimentos, sendo atribuído ao juiz o poder de coibir os desvios ou excessos postulatórios dos advogados, tudo com objetivo de preparar adequadamente o processo para uma audiência bem produtiva, na qual fosse possível a realização de uma ampla discussão do litígio e todas as suas peculiaridades, tanto fáticas quanto jurídicas<sup>678</sup>. A concepção desse processo modelo era que todas as circunstâncias envolvendo a causa ficassem suficientemente esclarecidas, a fim de permitir a celebração de um acordo consciente entre as partes ou à prolação de uma sentença

---

676 CALMON FILHO, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

677 STÜRNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Trad. Ronaldo Kochem. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 111.

678 BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary in Germany. In: **German Law Journal: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence**. Vol. 05. nº. 10. Lexington: German Law Journal, out. 2004, pp.1317-1330. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=508> Acesso em 06 de janeiro de 2018.

bem estruturada. Boa parte da reforma processual civil alemã de 1976 foi realizada tomando por base essas ideias, que ainda hoje se fazem presentes no direito processual alemão<sup>679</sup>.

Do processo modelo de Stuttgart é relevante mencionar as seguintes características:

1. O procedimento deve ser construído para que se estabeleça um contato presencial entre partes, advogados e juízes permitindo um envolvimento ativo, em um diálogo oral e direto sobre os fatos e o direito em litígio. A concepção é que seja possível, com essa aproximação, aperfeiçoar o entendimento entre as partes e acelerar o procedimento, garantindo também maior legitimidade para a sentença, evitando recursos;

2. Nesse procedimento, não sendo possível uma solução consensual num primeiro momento, promovia-se a instrução processual com a colheita de provas orais e a oitiva das partes, e então o juiz retirava-se do local da audiência, produzia um “projeto de sentença”<sup>680</sup> e retornava reabrindo a discussão com as partes que ainda podiam chegar a um acordo. É importante mencionar que esse “procedimento aberto” durante o final da década de setenta do século XX, quando atingiu seu auge na Alemanha, obteve um recorde de apenas um terço de apelações para o total de sentenças, sendo certo que, aproximadamente 75% dos casos julgados sob o “modelo de Stuttgart” terminavam em não mais que seis meses, contra apenas 40% para a mesma média temporal nos tribunais regulares<sup>681</sup>;

---

679 Algumas das características básicas desse modelo, até então facultativas, tornaram-se cogentes para todos os Tribunais Federais alemães a partir da “Vereinfachungsnovelle” de 1976 (a “Lei para a aceleração e simplificação dos procedimentos judiciais” (tradução livre) “Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren”). As alterações citadas referem-se ao § 272 da ZPO.

680 Na doutrina brasileira, Freire Pimenta chega a observar que “este “anúncio antecipado da sentença” que será proferida logo em seguida, caso as partes não se conciliem, é muito interessante: o que em nosso sistema processual em vigor sem dúvida seria inaceitável, por configurar claro prejulgamento da causa pelo órgão jurisdicional, é na Alemanha, ao contrário, o modelo procedimental expressamente previsto na lei processual, com evidentes vantagens. Afinal, o “projeto de sentença” só é apresentado às partes após o encerramento da instrução processual realizada em pleno contraditório e da deliberação do órgão julgador (que, naquele país, também é colegiado no primeiro grau de jurisdição, como regra geral) – afinal de contas, não se vê qual seria o direito processual das partes lesado por tal prática. Em contrapartida, aos litigantes ainda será oferecida uma última oportunidade de optarem pelo caminho da conciliação, antes que seja proferida a decisão final daquele processo, pelo julgador. De lege ferenda, talvez uma solução semelhante pudesse ser adotada em nosso país, ao menos para os dissídios trabalhistas”. PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. In: **Revista LTr**. Vol. 65. nº. 02. São Paulo, LTr, fev. 2001 pp.153 e seguintes.

681 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p. 78, nota de rodapé 155.



3. Outra característica marcante é a concentração dos atos processuais em uma audiência única, que era de comparecimento obrigatório pelas partes. Essa audiência se iniciava com um resumo das questões de fato e de direito. Não sendo possível o acordo, realizam-se os necessários ajustes e promovia-se a produção das provas orais. Interessante observar que era proibido ao juiz “fundamentar sua sentença em aspecto jurídico para o qual não se tenha explicitamente dirigido a atenção das partes”<sup>682</sup>.

Na Alemanha, esse processo modelo também combate a chamada decisão-surpresa, que fora considerada um verdadeiro “câncer” da administração da justiça, subvertendo o princípio da confiança que deve presidir as relações entre o juiz e as partes<sup>683</sup>. Na verdade, nessa concepção, os poderes judiciais de assistência já não podiam ser vistos como uma mera expressão de autoridade ou autoritarismo, mas como uma extensão dos deveres recíprocos de colaboração<sup>684</sup>.

Essa questão da decisão surpresa está sendo, fortemente, combatida no Brasil pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial nos seus arts. 9º e 10, já

---

682 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002, p.78-79 e nota de rodapé 156. Na doutrina brasileira, FREIRE PIMENTA chega a observar que “[e]ste “anúncio antecipado da sentença” que será proferida logo em seguida, caso as partes não se conciliem, é muito interessante: o que em nosso sistema processual em vigor sem dúvida seria inaceitável, por configurar claro prejulgamento da causa pelo órgão jurisdicional, é na Alemanha, ao contrário, o modelo procedimental expressamente previsto na lei processual, com evidentes vantagens. Afinal, o “projeto de sentença” só é apresentado às partes após o encerramento da instrução processual realizada em pleno contraditório e da deliberação do órgão julgador (que, naquele país, também é colegiado no primeiro grau de jurisdição, como regra geral) – afinal de contas, não se vê qual seria o direito processual das partes lesado por tal prática. Em contrapartida, aos litigantes ainda será oferecida uma última oportunidade de optarem pelo caminho da conciliação, antes que seja proferida a decisão final daquele processo, pelo julgador. De lege ferenda, talvez uma solução semelhante pudesse ser adotada em nosso país, ao menos para os dissídios trabalhistas” (José Roberto Freire Pimenta, “A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho”, in Revista LTr, São Paulo, LTr, fev. 2001, v. 65, n. 02, pp.153 e ss.). Assim não nos parece: se — como assevera o próprio autor — todas as provas já foram colhidas e as partes já não desejam instruir, a apresentação de um “modelo de decisão” em nada vicia o julgamento final, já que nenhum outro elemento de convicção será introduzido. O vício de prejulgamento só seria sindicável se obstasse às partes o direito de serem ouvidas e participarem da formação da convicção do juiz, o que já não seria o caso. Daí porque não parece despropositado que a técnica seja incorporada nos juízos trabalhistas, com o devido critério, infletindo o rito celetário, a bem da pacificação social e da duração razoável do processo. É, aliás, um excelente exemplo de como o procedimento pode ser infletido sem malferir o “conteúdo

683 BENDER, Rolf; STRECKER Christoph. Access to Justice in the Federal Republic of Germany. In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Access to justice: a world survey**. Vol. I. Livro II. Milano: Giuffrè, 1978, p. 554 e seguintes.

684 CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e potrei delle parti nel processo ordinario di cognizione: rievocazione ufficiosa delle questioni e contraddittorio. In: **Il Foro Italiano**. Vol. 122. Parte V. Bologna, Zanichelli, 1999, p.01-10, especialmente p.06.

mencionados anteriormente, pelos quais foi proibida a prolação de decisões sem a oitiva prévia das partes.

Por sua vez, a proposta do presente trabalho, envolvendo uma releitura da oralidade como instrumento de radicalização democrática, parece ser o melhor mecanismo para a construção de uma decisão legítima, dentro do contexto de um processo do Estado Democrático, conforme já deixou bons indícios o modelo de Stuttgart. Com efeito, a oralidade é ferramenta poderosa a ser utilizada por Hermes para promover o diálogo efetivo na construção da decisão judicial, desde que observadas, na interação oral, as demais garantias processuais.

Vale reforçar que a oralidade pode ser direcionada como instrumento de garantia de um contraditório substancial, sendo, também, apta a fomentar a cooperação processual. Leonardo Greco<sup>685</sup> ensina que:

[...] a garantia do efetivo acesso à justiça e o princípio da participação democrática exigem formas processuais que assegurem aos contendores o mais amplo poder de influir eficazmente nas decisões judiciais, o que somente pode ser alcançado através do diálogo humano entre as partes e o juiz, estabelecendo presencialmente e com o emprego da palavra oral. [...] A oralidade cria a atmosfera necessária para a atuação da livre convicção, pela singeleza e espontaneidade dos atos de produção das provas, favorecendo a sua apreciação através de uma metodologia concreta e empírico-dedutiva.

A aproximação presencial dos envolvidos na relação processual, num debate oral, franco, com regras definidas e possibilidade de manifestação, garante um melhor controle da boa-fé e lealdade processual. Como afirma Victor Fairén<sup>686</sup>,

---

685 GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

686 No original “La oralidad – sigue De Pina – no es recomendable tan solo desde un punto de vista técnico sino también teniendo en cuenta la influencia que ejerce en la moralización del proceso. En el proceso oral no hay lugar para las chicanas. En este sentido influye poderosamente en la moral procesal. Mediante la oralidad, los procesos maliciosos o dilatorios son inútiles y, consiguientemente no existen. La oralidad – continúa De Pina -, que supone el contacto directo entre cuantas personas intervienen en el proceso constituye una serie de obstáculos al éxito de las maquinaciones fraudulentas o dolosas que en él puedan intentarse. Por muy escasa que sea la experiencia del juez y su conocimiento de los hombres, en um sistema como el oral, en el que el principio de la inmediatez se manifiesta en forma rigurosa, le será siempre bien fácil, no solo darse cuenta de la disposición de ánimo de los personajes que desempeñen algún papel en el drama del proceso y de sus cualidades éticas, sino también influir en ellos, dándoles, con una conducta diligente y ejemplar, la sensación de que una falta de probidad no solo habría de ser ineficaz, sino advertida a tiempo y sancionada oportunamente con todo el rigor de la Ley”. FAIRÉN GUILÉN, Victor. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grecia. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 127-128.

Oralidade - segue De Pina - não é recomendada somente a partir de uma perspectiva técnica, mas também tendo em conta a influência sobre a moralização do processo. No processo oral, não há lugar para chicanas. Nesse sentido, tem uma influência poderosa sobre a moral processual. Através da oralidade, processos maliciosos ou condutas protelatórias são inúteis e, conseqüentemente, não existem. Oralidade - continua De Pina - que envolve o contato direto entre as pessoas envolvidas no processo constitui uma série de obstáculos ao sucesso das maquinações fraudulentas ou enganosas que no processo podem ser tentadas. Não importa o quão pequena é a experiência do juiz e seu conhecimento dos homens, um sistema oral, em que o princípio da imediação manifesta rigorosamente, será sempre muito fácil, não só perceber o arranjo de humor dos personagens que desempenham um papel no drama do processo e suas qualidades éticas, mas também influenciá-los, dando-lhes, com uma diligente conduta exemplar, a sensação de que a falta de probidade não só seria ineficaz, mas advertindo tais condutas a tempo e sancionando, oportunamente, com todo o rigor da Lei. (tradução livre)

O que se percebe é que sustentar mentiras e adotar posturas abusivas cara a cara, olho no olho, é muito mais difícil. Como lembra Márcio Carvalho Faria<sup>687</sup>:

Não é por outra razão que o legislador previu, na imensa maioria dos procedimentos, a realização de audiências públicas, a fim de que as partes, através do contato imediato com o julgador, pudessem se sentir aptas a influenciá-lo. Nesse ato processual, o magistrado, por seu turno, tem a oportunidade de, como representante do Estado, mostrar aos litigantes – e por, consequência, à sociedade – toda a seriedade e sobriedade das regras atinentes ao modo de exercício da função jurisdicional, além de, direta ou indiretamente, incutir no (in)consciente coletivo a imagem de que a justiça é idônea, imparcial e capaz de ouvir os argumentos de todas as partes antes de tomar a melhor decisão.

Lamentavelmente, na contramão dessas considerações, os juízes brasileiros têm, cada vez mais, buscado evitar a designação de audiências. Tornando-se comuns, inclusive, o indeferimento da produção de provas orais para se evitar a necessidade da realização de audiência de instrução<sup>688</sup>.

---

687 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 335.

688 Os Tribunais Superiores corroboram essa prática, não só por afirmarem que rever a necessidade de produção de provas não é papel das instâncias superiores, mas também por afirmarem que o deferimento de provas decorre do livre convencimento do juiz. Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL. CHOQUE ELÉTRICO. EMBARCAÇÃO ANCORADA EM PÍER DE HOTEL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. ART. 1022, I E II, DO NCPC. CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE E OMISSÃO INEXISTENTES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INDEFERIMENTO DE PROVA ORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 211 DO STJ. MÉRITO. ACÓRDÃO QUE RECONHECEU COMPROVADO O ATO ILÍCITO, O DANO E O NEXO DE CAUSALIDADE COM BASE NOS FATOS DA CAUSA. REFORMA DO ENTENDIMENTO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos

Ocorre que a audiência de instrução é ato pessoal e intransferível do juiz. O juiz não pode delegar a ninguém a realização de audiência de instrução. Na estrutura atual do Poder Judiciário brasileiro, os juízes são cercados por um verdadeiro exército de servidores aos quais vem sendo delegadas funções, inclusive que deveriam caber estritamente ao juiz. Dentre esses servidores, desponta a importância dos assessores diretos dos juízes, profissionais cujo papel precisa ser debatido com urgência, pois embora não sejam investidos de jurisdição, é de conhecimento geral que, em muitos casos, são de fato (ainda que não de direito), mais responsáveis pela prestação jurisdicional do que o próprio juiz.

Talvez a maior prova da aptidão da oralidade em fomentar a democracia, por poder ser convertida em mecanismo de participação real nos rumos do processo, esteja justamente aí. Na interação oral o juiz não pode se fazer substituir. Ele precisa estar pessoalmente presente, ele precisa se expor, ele está, literalmente, ao alcance das partes. Como afirma Márcio Carvalho Faria<sup>689</sup>, [...] o juiz, no momento da audiência, consegue, a um só tempo, não apenas se legitimar perante as partes (e à sociedade) como e, principalmente, delinear com melhores condições o processo para o qual ele foi designado [...].

Ademais, muitas vezes o juiz designa a audiência por ser inevitável, mas menospreza o ato. Comparece à audiência sem ter conhecimento do processo, o que também não é incomum ocorrer com os advogados, defensores e membros do Ministério Público, em especial quando em substituição a algum colega ou em escritórios de advocacia de massa.

---

do Enunciado nº 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. [...] 4. Sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta. Rever a conclusão a que chegou o acórdão recorrido acerca da necessidade ou não de dilação probatória, ensejaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado no recurso especial a teor do enunciado nº 7 da súmula do STJ. [...] 7. Agravo interno não provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedida a Sra. Ministra Nancy Andrighi. (AgInt no AREsp 978603 / DF AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2016/0235046-8 Relator(a) Ministro MOURA RIBEIRO (1156) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 16/02/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 07/03/2017)

689 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 337.

No geral, quando essa situação é vivenciada pelo próprio juiz, ou se atrasa a audiência para que o mesmo tome conhecimento do processo, postura que prejudica toda a ordem de trabalhos e os horários das audiências, ou sequer existe essa preocupação, o que ocorre quando o juiz deixa para verificar o conteúdo do processo diante de todos os presentes, sem nenhum constrangimento, evidenciando total desconhecimento do litígio<sup>690</sup>.

Ora, é claro que tal situação é irremediavelmente prejudicial à obtenção de uma decisão correta, observadas as premissas básicas do discurso e levando em conta a postura necessária ao juiz Hermes. Por mais capacidade que tenha o julgador, não terá condições de bem compreender a demanda instantes antes (ou mesmo durante) a realização da audiência.

Sem conhecimento do processo, a tendência é o juiz manter-se o mais passivo possível (Júpiter), até mesmo para não se colocar em uma situação ainda mais constrangedora. Nesse contexto, é evidente que não terá como desempenhar um papel de colaboração, antes mencionado, e sequer terá condições de dirigir corretamente o processo, coibindo atos desleais e abusivos das partes.

Curiosamente, porém, a própria doutrina e os operadores do direito em geral costumam não valorizar os atos orais do processo<sup>691</sup>.

Quanto à audiência prévia de conciliação ou mediação, por exemplo, prevista no art. 334 do Código de Processo Civil de 2015<sup>692</sup>, há os que a defendem, como

---

690 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 339.

691 Nesse sentido Leonardo Greco afirma: "Por outro lado, o excesso de processos que os juízes devem julgar, leva-os e aos advogados, com apoio na doutrina, preferirem, nas questões mais complexas em matéria de fato ou de direito, a adoção da forma escrita, para que os argumentos possam ser considerados com mais cuidado e precisão". GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *In*: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

692 Ainda não existem decisões do Superior Tribunal de Justiça quanto à audiência prévia de conciliação, mas em relação à antiga audiência preliminar do art. 331 do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento pacífico era no sentido de que não se tratava de ato processual obrigatório, em especial na hipótese de julgamento antecipado. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DO CRÉDITO DA RECORRIDA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO A QUO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. NÃO REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 331 DO CPC/1973. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. [...] 2. "Havendo julgamento antecipado da lide (CPC, art. 330), não há nulidade do processo por ausência da audiência de conciliação prevista no art. 331, CPC" (AgRg no REsp 736.550/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 24/5/2011). Em igual sentido: AgRg no REsp 1.412.972/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 16/2/2016; AgRg no AREsp 409.397/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 29/8/2014; AgRg no Ag 1.050.276/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 16/2/2009; REsp 591.965/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 10/4/2006. 3. Agravo interno

são exemplos Fredie Didier Júnior<sup>693</sup> e Humberto Theodoro Júnior<sup>694</sup>, e aqueles que a consideraram “péssima”, a exemplo de Marcelo Pacheco<sup>695</sup>, ou mesmo inconstitucional, segundo o que afirma Diego Crevelin<sup>696</sup>.

Claro que o volume de processo, excesso de trabalho pendente e mesmo as diversas metas impostas aos magistrados, são fatores que contribuem para esse desprestígio dos atos orais, que se de um lado possuem inclinação em permitir um debate democrático, franco e aberto; por outro são capazes de expor as deficiências de administração da justiça, ou mesmo as deficiências do julgador que, em muitos casos, quer manter a aparência a qualquer custo.

Ademais, como lembra Leonardo Greco<sup>697</sup>,

Mas ainda que se proclame a oralidade como essencial a um processo humanizado, não é possível ignorar que na sociedade moderna a prova documental tornou-se o principal e, muitas vezes, o único meio de prova adotado na grande maioria das relações jurídicas, especialmente naquelas que possuem algum conteúdo econômico. E na sociedade massificada, os produtos e serviços postos à disposição dos consumidores são objeto de milhares de negócios jurídicos padronizados e praticados sem qualquer influência de circunstâncias de caráter pessoal dos respectivos sujeitos. Quando surge uma controvérsia sobre um desses negócios, em geral os produtores e fornecedores adotam comportamentos e reações igualmente padronizados e preestabelecidos, pouco importando a identidade das pessoas que os representem em juízo. Vivemos o paradoxo de buscar uma justiça mais humana para servir a uma sociedade desumanizada, cujos cidadãos são frequentemente identificados por números ou por senhas, preferindo, ao diálogo espontâneo como o outro contendor e com o juiz, a couraça de proteção da prova documental preconstituída.

---

não provido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (Presidente), Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. (AgInt no REsp 1560164 / RR AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2015/0252257-4 Relator(a) Ministro BENEDITO GONÇALVES (1142) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 23/05/2017 Data da Publicação/Fonte DJe 29/05/2017)

693 DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 18. ed. Salvador: Juspivm, 2016, p. 631-635.

694 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 795-799.

695 MACHADO, Marcelo Pacheco. **Como escapar da audiência de conciliação e mediação no Novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc-11042016> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

696 SOUSA, Diego Crevelin de. Conciliação obrigatória? Pode até não ser legal, mas é melhor jogar com ela. **Revista Eletrônica Empório do Direito**, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/conciliacao-obrigatoria-pode-ate-nao-ser-legal-mas-e-melhor-jogar-com-ela/> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

697 GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. In: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

Não obstante, essas constatações não desvalorizam os atos orais do processo, ao contrário, só evidenciam o quanto a situação vivenciada atualmente está longe de atingir um formato adequado para obtenção de decisões corretas, com base em um modelo de Estado Democrático e com a atuação de um juiz Hermes.

O próprio autor acima referido, logo em seguida, admite a excelência da oralidade para promover uma “[...] cognição aprofundada e completa sobre fatos e provas”<sup>698</sup>. Márcio Carvalho Faria<sup>699</sup>, a seu turno, denuncia que nesse contexto de desvalorização das audiências “[...] a cooperação intersubjetiva se enfraquece, vez que poderes-deveres como os de advertência e de auxílio, que têm na audiência um dos palcos primordiais de atuação, acabam tendo seu potencial reduzido drasticamente”.

Nessa linha de concepção, quando se propõe um reenquadramento da oralidade, não se está pensando em estabelecer procedimentos puramente orais, ou que desprestigiem a documentação como forma básica de estruturação do processo. Chama-se atenção, porém, que o julgamento em papel, sem nenhum contato humano e pessoal, é caminho para a arbitrariedade e o abuso das prerrogativas de todos os envolvidos. Sem interação, sem contato, não há diálogo e sem diálogo não há democracia<sup>700</sup>.

De fato, como afirmou Dhenis Cruz Madeira<sup>701</sup>:

Trata-se de um princípio que não se opõe, propriamente, ao princípio da escrituração e formalização argumentativa [...]. Não há oposição ou exclusão, mas sim, complementariedade entre oralidade e escrituração, de forma que se amplie, pela fala e escrita, o exercício do contraditório e da ampla defesa. A fala complementa e dá vida à escrita, ao passo que a formalização argumentativa trazida pela escritura estabiliza o discurso processual, algo importante para garantir a segurança jurídica no procedimento.

---

698 GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. *In: Revista de Processo: Repro*. Vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 34.

699 FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 338.

700 “Todos têm direito a um diálogo humano e público com o juiz da causa, como instrumento de autodefesa, podendo exigí-lo antes do julgamento mesmo que o procedimento adotado e as circunstâncias da causa não revelem a necessidade de provas orais. Esse direito à audiência oral integra a garantia do contraditório participativo, compondo o direito de influir eficazmente na decisão da causa. A praxe de decisões não antecedidas de audiência oral significa apenas que a oralidade é renunciável”. GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

701 MADEIRA, Dhenis Cruz. Técnicas de Argumentação oral em audiências. *In: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique (Coord.). Técnica processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 211-212.

Para além da necessidade de revalorização das audiências, ou seja, tratando especificamente de uma proposta de aprimoramento do sistema processual brasileiro, com o objetivo aproximá-lo à ótica de Hermes, é importante observar que, no sistema atual, nem em tese, seria possível a construção da própria decisão judicial de forma coparticipada.

Cumprir dizer que nas disposições atuais do processo civil brasileiro, a prolação da sentença é ato absolutamente solipsista do juiz (Hércules/Júpiter). Compreende-se que a sentença é exercício do poder e que o juiz tem, no final das contas, a última palavra. Isto não está de nenhuma forma equivocado.

Não obstante, para a radicalização democrática da oralidade é necessário um aprimoramento dessa concepção, sem que a sentença perca seu caráter de exercício do poder estatal. Afinal de contas, como destacou André Del Negri<sup>702</sup> “[...] o provimento final (sentença) ao ser preparado pelas “partes”, afasta a posição dominante do juiz como propunham as antigas teorias de relação entre pessoas (contrato, quase-contrato, relação jurídica...)”. No mesmo sentido, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias<sup>703</sup> lembra o perigo das decisões judiciais quando os fundamentos do magistrado são solitários, não mediados por uma argumentação preparatória da decisão.

Pois bem, pelo que dispõe o Código de Processo Civil, em especial em seu art. 364, com o fim da instrução o juiz dá a palavra aos advogados do autor e do réu, bem como ao membro do Ministério Público, para se manifestarem oralmente.

Afirma o § 2º do mesmo artigo que se a causa apresentar questões complexas de fato ou de direito, o debate oral poderá ser substituído por razões finais escritas.

Para arrematar, o art. 366 define que “encerrado o debate ou oferecidas as razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de 30 (trinta) dias”.

Quanto a essas disposições legais, algumas considerações têm de ser feitas. A primeira delas é que a legislação não faculta o direito de se manifestar oralmente a própria parte. Na verdade, segundo as disposições legais, mesmo que a parte

---

702 DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão *interna corporis***. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39.

703 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 122.



possa não querer falar, até por desconhecimento técnico, fato é que também não tem o direito de, caso queira, se manifestar. Aliás, o depoimento pessoal é sempre considerado uma prerrogativa da parte contrária ou do juízo, nunca da própria parte. Esse aspecto, para muitas pessoas, gera um sentimento de grande frustração e sede de justiça, na medida em que não se sentem ouvidas. Afasta o sistema de administração da justiça do cidadão. Torna hermético e fechado o discurso jurídico, atrapalhando a obtenção da verdade. Boa parte dos próprios advogados, inclusive, prefere que seus clientes fiquem quietos para não atrapalharem sua estratégia. Da mesma forma, boa parte dos juízes não gosta de tomar depoimento pessoal por acreditar que as teses já estão escritas. Com todo respeito aos que pensam diferente, mas essa postura tem de ser revista! Enquanto o objetivo de qualquer dos que intervenham no processo for de ocultação ou de distanciamento, não teremos democracia, não teremos um modelo de processo do Estado Democrático.

Um segundo ponto refere-se ao fato de que, embora o Código assim defina, não se fazem razões finais orais. A exceção é, na prática, a regra. O que ocorre é a conversão desses debates em memoriais<sup>704</sup>, em total desprestígio ao diálogo.

Ademais, mesmo quando ocorrem os debates orais, é ainda mais rara a prolação de sentença em audiência. Em anos de advocacia conta-se nos dedos de uma só mão as oportunidades em que se viu a prolação de uma sentença em audiência. Ora, em especial para as partes, assistirem presencialmente a prolação da sentença é uma experiência muito relevante de convencimento e aceitação do

---

704 O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de afirmar que os debates orais finais em audiência são a regra, sendo sua conversão em memoriais escritos a exceção. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÕES FINAIS. FALTA DE OPORTUNIDADE. NULIDADE NÃO ALEGADA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO NEM NO PRAZO DE AGRAVO NESTA SURGIDO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE NÃO DECLARADA. CONTRATO ESCRITO. DESFAZIMENTO POR ACORDO TÁCITO. EXISTÊNCIA DESTE NÃO AFIRMADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME INVIÁVEL NA INSTÂNCIA ESPECIAL. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. RECURSO DESACOLHIDO. I – Em princípio, a regra do art. 454, CPC, adota a oralidade como regra na instrução e julgamento, sucedendo à instrução a faculdade de as partes sustentarem, oralmente e na mesma audiência, suas razões finais antes do julgamento. A substituição dessa fase oral por memoriais vincula-se às "questões complexas de fato ou de direito" mencionadas no dispositivo, traduzindo-se, assim, em exceção à regra. [...]. Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior. (REsp 167383 / DF RECURSO ESPECIAL 1998/0018472-4 Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 08/05/2001 Data da Publicação/Fonte DJ 15/10/2001 p. 265)

provimento. O cidadão viu e ouviu com seus próprios olhos e ouvidos a materialização do provimento estatal na pessoa do juiz.

Por fim, nos raros casos em que a sentença é proferida em audiência, portanto na presença pessoal de todos os envolvidos, fato é que o Código de Processo Civil não estabelece nenhuma possibilidade de intervenção. A sentença é proferida com o absoluto silêncio de todos. O ato final das partes são as razões finais, como o próprio nome indica.

Não obstante, por vezes a sentença deixa de observar aspectos fundamentais do processo. Questões centrais são desconsideradas e omitidas, ao arrepio do próprio Código que, em seu art. 489, exige que todos os argumentos deduzidos no processo sejam enfrentados e, em seu art. 371, exige que o juiz aprecie as provas constantes dos autos<sup>705</sup>.

Parece indispensável, para que possa existir um juiz Hermes, que não só as sentenças sejam proferidas na presença das partes, como se estabelecer a possibilidade de um momento final de diálogo e apresentação de razões após a minuta inicial da sentença ser apresentada. Por outras palavras, sustenta-se que o debate democrático seja estendido para dentro do ato de prolação da sentença. Entende-se que tal postura, embora possa parecer para alguns como desperdício de tempo, representa uma ampliação da legitimidade das decisões a fim de pacificar o conflito de forma mais eficiente e, em especial, diminuir a incidência de recursos.

Cumprе lembrar que nas instâncias superiores, onde o julgamento é colegiado, as decisões são proferidas na presença das partes, que possuem o direito de se manifestarem. Não obstante estar se tornando comum a prolação de

---

705 “Todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentado justificação suficiente do seu conteúdo e evidenciado o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes. A motivação atende a dupla exigência. De um lado, as partes e o público têm o direito de conhecer as razões que sustentam a decisão e de verificar se essa fundamentação é logicamente consistente e se é capaz de convencê-los de que o juiz empenhou-se para que a decisão fosse a mais acertada e a mais justa possível. De outro lado, o juiz tem o dever de demonstrar que examinou todos os argumentos relevantes de fato e de direito apresentados pelas partes para influir na sua decisão. Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados. O Tribunal Constitucional da Espanha, em duas ocasiões, invocando violação do princípio da congruência como componente da garantia da tutela jurisdicional efetiva, teve oportunidade de firmar que tal violação ocorre se houve efetiva arguição de questões que constitui fundamento do pedido e o tribunal não lhe deu uma resposta motivada.” GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo:** o processo justo. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

julgamentos virtuais, nos quais não há sessão presencial, fato é que tem sido facultado às partes o pedido de cancelamento dessa forma de julgamento, com simples petição, indicando o interesse em julgamento presencial.

Ora, sendo assim, não se sustenta que a sentença seja proferida distante das partes, muitas vezes distante até mesmo do próprio juiz, em decorrência da atuação de outros servidores.

É importante lembrar, pelos motivos expostos ao longo deste trabalho, que o processo precisa equacionar segurança jurídica e efetividade, razão instrumental e razão comunicativa, tudo sob os moldes constitucionais adequados a um Estado Democrático.

## 7 CONCLUSÃO

Espera-se que tenha sido evidenciado, pela exposição efetivada nos primeiros capítulos, que a *common law*, assim como a *civil law*, formaram-se em contextos histórico-culturais distintos, tendo se distanciado, definitivamente, no momento em que houve uma separação no campo probatório, quando a *civil law* adotou uma razão voltada para a busca da verdade real e a *common law* permaneceu compreendendo a verdade como provável. Divergiram, portanto, no momento em que se adotou, na *civil law*, pensamento dedutivo e formal, atinente a racionalidade moderna, aflorando-se sistema jurídico fechado e estratificado, enquanto a tradição anglo-saxã manteve-se adepta a racionalidade dialética, do razoável e do provável, numa conformação mais flexível do sistema jurídico, permeável aos necessários contornos da vida e peculiaridade das relações sociais.

Observou-se, também, que essa distância entre as tradições começou a diminuir com ampliação de normas escritas na *common law* e com a percepção jurídico-filosófica de que não eram tão sólidas as premissas modernas de completude e capacidade absoluta da razão, adotadas pela *civil law*. Na realidade, com a noção de que a razão subjetivista moderna, fundada em antropocentrismo exacerbado, não foi capaz de lidar com todas as mazelas de interação e convívio enfrentadas pelo homem e nem resolver os desafios a serem superados pelo direito, as bases de fundação de um sistema normativo matematizado se desfizeram. De todo modo, pelo que foi exposto, a aproximação entre as tradições não é tão profunda como defendida por alguns autores, em especial porque cada tradição decorre de sólida construção cultural, que não pode ser simplesmente transposta de um sistema normativo para outro.

Essa aproximação, porém, levou a certa convergência da função de julgar em ambas as tradições, uma vez que ficou explicitada a capacidade de criação do sistema normativo, que hoje é atribuída ao juiz da *civil law*, muito distinto do julgador da clássica tradição legislada, tido como mero *longa manos* da lei ou, se preferir, boca da lei.

Também por isso, se observou que o papel da jurisprudência se intensificou e tomou proporções nunca antes vista no sistema brasileiro, ao ponto da verificação das posições dos tribunais superiores, quanto a determinado tema, passarem a ser verdadeira condição de definição e existência de direitos. Do estudo feito, percebeu-se que direitos apresentados como legislativamente líquidos, deixam de existir por atuação judicial, ao passo que foram estabelecidos uma série de direitos a partir das decisões judiciais.

Para além disso, contudo, foi possível perceber nas investigações realizadas que o sistema brasileiro é sobremaneira carente na adoção dos mecanismos de controle dos poderes atribuídos ao Judiciário. Observou-se que a ausência de tradição na busca por solução jurisdicional de afirmação de direitos faz com que não existam a consolidação de mecanismos suficientemente equivalentes ao *distinguishd* e ao *overruling* do sistema anglo-saxão. Dessa forma, diferente do que ocorre naquela tradição, por aqui se está entregue a perigoso subjetivismo quando se ampliam os poderes jurisdicionais.

A valorização da jurisprudência, no entanto, não pode ser utilizada como subterfúgio e velamento de graves problemas da práxis processual, em especial o descompromisso em bem julgar e o desmerecimento da garantia constitucional da fundamentação das decisões e da participação dos envolvidos em diálogo leal e ético. Ora, não se pode admitir a banalização de institutos da *common law* para lidar com casos fáceis (*easy cases*); desvirtuando a abertura legítima e necessária do sistema legislado a fim de lidar com casos difíceis (*hard cases*), ainda que a adoção dessa distinção entre casos fáceis e difíceis seja apenas didática. Por outras palavras, não se pode aproveitar da necessária e inevitável mudança de paradigma no campo jurisdicional para se fundamentar desmedida e injustificável politização do direito que vem perdendo o que lhe é indispensável como mecanismo de estabilização social, ou seja, sua previsibilidade decorrente da garantia de segurança jurídica.

De toda forma, como tal segurança já não pode, em muitos casos, ser buscada na literalidade da legislação, tornou-se indispensável melhor sistematização do respeito ao precedente e conscientização profunda da comunidade jurídica de que isso não representa afronta à liberdade de julgar, mas é antes imposição dos superiores interesses democráticos e coletivos que devem superar subjetivismos e

posturas contrárias aos interesses de todos, travestidos em supostas prerrogativas funcionais.

Porém, evidenciou-se, sob outro foco, que independente ou não da adoção dos precedentes judiciais vinculantes, não há caminho por meio de propostas que objetivam fechamento prematuro do discurso. Não se mostra suficiente buscar institutos jurídicos diversos sejam ou não sejam inspirados em outras tradições jurídicas, para solucionar problemas de atuação judicial, tendo como foco definir pontos de chegada e segurança no sistema, como se fosse possível o estabelecimento de referenciais absolutos.

Na verdade, após a desconstrução filosófica das bases pseudo-seguras que se assentaram as filosofias antiga (cosmos), medieval (deus) e moderna (razão), há que se tomar consciência da ausência de referenciais absolutos, de forma que, alguma segurança, só pode ser atingida concretamente, com base em premissas participativas e democráticas.

Nesse sentido, pensar em processo democrático é compreender que não é possível sustentar instrumentos de fechamento absoluto do sistema. Ao contrário, um processo democrático é processo que se volta para o diálogo leal entre as partes. Um processo cujas premissas básicas do discurso são respeitadas, proporcionando uma tomada de posição clara e leal de todos os envolvidos na relação processual, inclusive o julgador.

Percebe-se, na verdade, que não é possível resolver o problema de hoje com a solução de ontem. Por outras palavras, não se mostra factível que sejam demonstradas as inconsistências da proposta emancipatória da modernidade e continue-se a buscar referenciais absolutos e soluções simplistas de fechamento do sistema ou de estabilidade da jurisprudência.

A segurança exige trabalho árduo e contínuo de aperfeiçoamento com o comprometimento ético dos envolvidos. Não há caminho fora do debate, não há solução fora do árduo trabalho de construção da decisão correta. É impossível se encontrar pronta e acabada a decisão correta. A decisão correta exige não só inspiração, mas também transpiração.

Portanto, sustenta-se a necessária passagem de um modelo social-prestacionista de jurisdição para um modelo democrático-participativo de direito, no qual a decisão é construção intersubjetiva de todos os envolvidos no processo, que

deverão ter direitos, deveres e prerrogativas bem definidas, garantindo-se a segurança jurídica e possibilitando a correção da decisão, tudo para que o processo possa ser síntese, teórico-prática, de uma democracia constitucional-deliberativa.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 491-552.

ABRAHAM, Henry J.; PERRY, Bárbara A. **Freedom and the Court**. London: Oxford University Press, 1994.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ADORNO, Theodor L. Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALDRIDGE, Peter. Precedent in the Court of Appeal: another view. *In*: **The Modern Law Review**. Vol. 47, mar. 1984, p. 199. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/mlr.1984.47.issue-2/issuetoc> Acesso em 20 de novembro de 2017.

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

ALEXY, Robert. Balancing, Constitutional Review and Representation. *In*: **International Journal of Constitutional Law**. Vol. 3. nº. 4, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. 1. ed. 3 reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionais, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito - Introdução e teoria geral**: uma perspectiva lusobrasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

\_\_\_\_\_. **Introdução à ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ASSIS, Araken. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. *In*: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.). **Estudos**



**em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BACCAGOINI, Laura; DI PAOLO, Gabriella; CORTESE, Fulvio. The value of judicial precedent in the Italian legal system. *In: **Civil Procedure Review***. Vol. 7, n. 1, 2016, p. 4. Disponível em: [http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=504%3Athe-value-of-judicial-precedent-in-the-italian-legal-system-laura-baccaglini-gabriella-di-paolo-and-fulvio-cortese&catid=88%3Apdf-revista-n1-2016&Itemid=111&lang=pt](http://www.civilprocedurereview.com/index.php?option=com_content&view=article&id=504%3Athe-value-of-judicial-precedent-in-the-italian-legal-system-laura-baccaglini-gabriella-di-paolo-and-fulvio-cortese&catid=88%3Apdf-revista-n1-2016&Itemid=111&lang=pt) Acesso em 11 de janeiro de 2018.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; SILVA, Diogo Bacha e. O novo CPC e a sistemática dos precedentes: para um viés crítico das reformas processuais. *In: **Direito, Estado e Sociedade***. n. 46, 2015.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A Teoria Discursiva do Direito e o Constitucionalismo Brasileiro. *In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo***. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. *In: Revista **Brasileira de Direito Constitucional***. Vol. 07, nº 1, 2006 pp. 17-19. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/311> Acesso em 27 de janeiro de 2018. Nesse texto, o autor informa que propôs o conceito em seu *Filosofia del diritto: un'introduzione storica*, publicado em 2000 Acesso em 10 de janeiro de 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: **Temas de direito processual***: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BASTOS, João Augusto. A educação tecnológica na sociedade do conhecimento. *In: **Tecnologia & Interação***. Curitiba, Coletânea: "Educação e Tecnologia" CEFET-PR, 1998, pp. 53-66.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: Influência do Direito Material Sobre o Processo. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_  
**Efetividade do Processo e Técnica Processual.** São Paulo: Malheiros, 2006.

BENDER, Rolf; STRECKER Christoph. Access to Justice in the Federal Republic of Germany. *In*: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acess to justice**: a world survey. Vol. I. Livro II. Milano: Giuffrè, 1978.

BENVINDO, Juliano Zaiden. **Racionalidade Jurídica e validade normativa**: da metafísica à reflexão democrática. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria Geral do Direito**. Trad. bras. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BIN, Mario. **Il precedente giudiziario**: valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di diritto romano**. 3 ed. Milão: Giuffrè, 1956.

BOLZAN, José. **Habermas**: razão e racionalização. Ijuí: Editora Ijuí, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONNECASE, Julien. **Tratado elemental de derecho civil**. Parte A. Trad. esp. de Enrique Figueroa Alfonso. México: Harla, 1997.

BONNET, Julien. Les Contrôles a priori et a posteriori. *In*: **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, jan./mar. de 2013, nº 40, p. 110. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-40/les-nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-40.137425.html> Acesso em 13 de janeiro de 2018.

BÖTTCHER, Hans-Ernst. The Role of the Judiciary in Germany. *In*: **German Law Journal**: Review of Developments in German, European and International Jurisprudence. Vol. 05. nº. 10. Lexington: German Law Journal, out. 2004, pp.1317-1330. Disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=508> Acesso em 06 de janeiro de 2018.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare Indecisis**: The alteration of precedent on The Supreme Court, 1946 – 1992. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, reimpressão de 2006.

BURNHAM, William. **Introduction to the law and legal system of The United States**. United States of America: West, Thompson, 2006.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*): uma alternativa às ações coletivas. *In: Revista de Processo*. n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *In Revista de Processo: RePro*. Vol. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAENEGEM, R. C. van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Trad. Luiz Carlos Borges. Revisão Técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia. *In: Opere Giuridiche*. Vol. I. Napoli: Morano, 1965.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. Tradução Douglas Dias Ferreira. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.

CALMON FILHO, Petrônio. O modelo oral de processo no século XXI. *In: Revista de Processo: RePro*. Vol. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *In: Revista de Processo RePro*. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 26, nº. 102, abril-junho de 2001, p. 55-67.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 786. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Antônio Fabris Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. **Procédure orale et procédure écrite**. Milano: Giuffrè, 1971.

\_\_\_\_\_. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *In: Revista de Processo: Repro*. Vol. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARDOZO, Benjamin N. **The Nature of the Judicial Process**. New Haven e Londres: Yale University Press, 1991.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil: novas tendências**. Estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 555-562.

CARR, W.; KEMMIS, S. **Teoria Crítica de la Enseñanza**. La investigación-acción en la formación del profesorado. Barcelona: Martinez Roca, 1988.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Curso de introdução ao estudo do direito**. Coimbra: J. Abrantes, 1971-72.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2006.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa**: le fonti e il pensiero giuridico. Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1979.

CHAMBERLAIN, Daniel Henry. **The Doctrine of Stare Decisis**: its reasons and its extent. New York: Baker, Voorhis & Co. Publishers, 1885.

CHASE, Oscar. **Law, culture and ritual**: disputting systems in cross-cultural context. New York: New York University Press, 2005.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**: principles and policies. 2. ed. Nova Iorque: Aspen, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Dell'azione nasce dal contratto preliminare**, in Saggi di diritto processuale civile (1894-1937). Vol. 1. Milano: Giuffrè, 1993.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Vol. 3. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Paolo Capitanio. Anotações de Enrico Tullio Liebman. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CIVININI, Maria Juliana. Poteri del giudice e potrei delle parti nel processo ordinario di cognizione: rievio ufficioso delle questione e contraddittorio. *In: Il Foro Italiano*. Vol. 122. Parte V. Bologna, Zanichelli, 1999.

COLE, Charles D. Precedente judicial – A experiência americana. *In: Revista de processo*. Vol. 92. Out./dez. de 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

COLE, Charles D.; JENKALA, Adrian A. **Comparative Constitutional Law: England and the United States**. Lake Mary: Vandelas Publishing, 2008.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Etica e tecnica del “giusto processo”**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

CORDEIRO, António Menezes. Introdução *In: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

COUTURE, Eduardo J. Oralidade e regra moral no processo civil. *In: Revista Forense*. Vol. 74, jan. 1939. Rio de Janeiro: Forense, 1939, p. 21-29.

CRISCUOLI, Giovanni. **Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). **Constitucionalismo Discursivo**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. (Coord.). **(O) Outro (e) (o) Direito**. Vol. I Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

\_\_\_\_\_ **A resposta correta:** incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

\_\_\_\_\_ **Hermenêutica Jurídica e(em) Debate:** o Constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O regime processual das causas repetitivas. In: **Revista de Processo**. n. 179. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DAMAŠKA, Mirjan. **I volti della giustizia e del potere:** Analisi comparatistica del processo. Società editrice il Mulino: Milano, 2000.

DAMASIO, Antonio. **The Feeling of What Happens.** Harcourt Brace & Company: London, 1999.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DENTI, Vitorio. **Processo civile e giustizia sociale.** Milano: Edizioni de Comunità, 1971.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão *interna corporis*.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

\_\_\_\_\_ **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil:** Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 18. ed. rev. ampl. atu. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil.** Vol. 2. 5. ed. Salvador: Podivm, 2010.

DI MAJO, Adolfo. **La tutela civile dei diritti.** 2 ed. Milano: Giuffrè, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Vol. I. São

Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. rev. atua. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Escopos Políticos do Processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 114-127.

DINIZ, Antonio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado**: uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

DÓRIA, Antonio Roberto Sampaio. **Direito constitucional tributário e due process of law**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DURÇO, Karol Araújo. **Tensões entre discursividade e eficácia no processo civil**: aplicação da contraposição habermasiana entre razão instrumental e razão comunicativa ao direito. Dissertação de mestrado apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo em 20 de junho de 2008. Disponível em: [http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select\\_action=&o\\_autor=79585](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/PesquisaObraForm.do?select_action=&o_autor=79585). Acesso em 01 de julho de 2017.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. *In*: **Ensaio e pareceres**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 403-420.

FAIRÉN GUILÉN, Victor. La humanización del proceso: lenguaje, formas, contacto

entre los jueces y las partes desde Finlandia hasta Grecia. *In: Revista de Processo: Repro*. Vol. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FARBER, Daniel A. The rule of law and the law of precedents. *In: Minnesota Law Review*. Vol. 90, 2005, pág. 1.183-1.184. Disponível em: [http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Farber\\_Final.pdf](http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Farber_Final.pdf). Acesso em 17 de janeiro de 2018.

FALLON JR., Richard H. Stare decisis and the Constitution: an essay on constitutional methodology. *In: New York University Law Review*. Vol. 76. 2001.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

FARIA, Márcio Carvalho. A duração razoável dos feitos: uma tentativa de sistematização na busca de soluções à crise do processo. *In: Revista Eletrônica de Direito Processo: REDP*. Vol. VI, p. 480. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336). Acesso em 20 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **A lealdade processual na prestação jurisdicional**: em busca de um modelo de juiz leal. Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FAYT, Carlos S. **El absolutismo**. Buenos Aires: Bibliografica Omeba, 1967.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. O modelo de Stuttgart e os poderes assistenciais do juiz: origens Históricas do “processo social” e as intervenções intuitivas no processo do trabalho. *In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro: RIDB*. Ano 3, nº 4, 2014, p. 2717-2752. Disponível em [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014\\_04\\_02717\\_02752.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/04/2014_04_02717_02752.pdf). Acesso em 16 de fevereiro de 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves A. Processo, Democracia e Constituição: A instrumentalidade do processo e os escopos processuais à luz de uma teoria processual e constitucional adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito. *In: Revista da Faculdade de Direito de Sete Lagoas*. Vol. 1, nº. 1, p. 57-110. 2º sem. 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **O conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.



\_\_\_\_\_ **Introdução ao estudo do direito.** São Paulo: Atlas, 2008.

FIFOOT, Cecil Herbert Stuart. **History and sources of the common law:** tort and contract. London: Stevens & Sons, 1949.

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 782. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzionalismo:** percorsi della storia e tendenze attuali. Bari: Editori Laterza, 2009.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *In: International Review of Law and Economics*. Vol. 26. Elsevier, 2006.

FRANCO JÚNIOR, Hilário. **O Feudalismo**. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

FREITAG, Barbara; ROUANET, Sergio Paulo. **Habermas:** Sociologia. São Paulo: Ática, 1980.

FREITAS, Lebre de. **Introdução ao processo civil:** conceito e princípios gerais à luz do Código Revisto. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Law in America:** a short history. New York: A Modern Library, 2002.

GARNER, Bryan A. **Black's law dictionary**. Estados Unidos: Thomson West, 1990.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GLASSON, Ernest Désiré. **Histoire du Droit et des Institutions Politiques, Civiles ET Judiciaires de L'Angleterre**. Comparé au Droit aux Institutions de la France, Depuis Leus Origine Jusqu'à nos Jours. Vols. 1-6 Paris: Pedone-Lauriel, 1882-1883.

GLENN, Patrick H. **Legal traditions of the world**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

GIULIANI, Alessandro. **Il concetto di prova**: contributo alla lógica giuridica. Milano: Giuffrè, 1971.

GOMES, Alexandre Travessoni; MERLE, Jean Christophe. **Direito e moral em Kant**. Belo Horizonte: Mandamento, 2007.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O juiz e o direito**: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1992.

GOUVEA, Lúcio Grassi de. Cognição Processual Civil: Atividade Dialética e Cooperação Intersubjetiva na busca da Verdade Real. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. rev. atu. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 183-197.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil. Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

\_\_\_\_\_. A Reforma do Direito Probatório no Processo Civil Brasileiro- Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Vol. XIII, p. 301-351. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336](http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/11923/9336) Acesso em 20 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *In*: **Revista de Processo Repro**. Vol. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. A execução e a efetividade do processo. *In*: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 94. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **Garantias fundamentais do processo**: o processo justo. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. rev. atu. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Filosofia Processual do Direito. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário Mundial**. Salvador: Juspodivm, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. Trad. Bras. Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Justificação: ensaios filosóficos**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

\_\_\_\_\_. **Agir Comunicativo e Razão Destranscendentalizada**. Tradução: Lucia Aragão; revisão: Daniel Camarinha da Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Pensamento Pós-metafísico**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

\_\_\_\_\_. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução Márcio Suzuki. *In*: **Revista de Estudos Avançados da USP**. Vol. 3. Nº 7. São Paulo, set./dez. 1989, pp. 4-19. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>>. Acesso em 10 de dezembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **A inclusão do outro:** estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Problemas de legitimação no Estado Moderno.** Para a reconstrução do materialismo histórico. São Paulo: Brasiliense, 1983.

\_\_\_\_\_. Três modelos normativos de democracia. Trad. Gabriel Cohen e Álvaro de Vita. *In: Lua Nova: Revista de Cultura e Política.* São Paulo: CEDEC – Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, nº 36, 1995, p. 39-54.

HAZARD, Geoffrey Jr.; LEUBSDORF, John; Bassett, Debra Lyn. **Civil procedure.** Estados Unidos: Thompson Reuters/Foundation Press, 2011.

HERTEL, Daniel Roberto. **Técnica Processual e Tutela Jurisdicional:** A instrumentalidade substancial das formas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

HONNETH, Axel. **O Direito da Liberdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2015.

JÁUREGUI, Carlos. **Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés.** Buenos Aires: Depalma, 1990.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** Trad. Beatriz Viana e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1994.

LACERDA, Bruno Amaro. A imparcialidade do Juiz. *In: Revista de Doutrina e Jurisprudência.* Vol. 108. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, ano 52, jul-dez 2016.

LACOMBE CAMARGO, Margarida Maria. **Hermenêutica e Argumentação.** 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOSANO, Mario G. **I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei**. Roma-Bari: Laterza, 2000.

LUCHI, José Pedro. **A superação da Filosofia da Consciência em J. Habermas: A questão do sujeito na formação da teoria comunicativa da sociedade**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1999.

\_\_\_\_\_. A racionalidade das decisões jurídicas segundo Habermas. *In: Ajuris: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXXIV, nº 107, pp. 157-170, setembro de 2007.

\_\_\_\_\_. A lógica dos Direitos Fundamentais e dos Princípios do Estado. *In: Linguagem e Sociabilidade*. José Pedro Luchi (org.) Vitória: EDUFES, 2005.

\_\_\_\_\_. Propedêutica habermasiana ao direito. *In: Sofia: Revista de Filosofia*. Vitória, nº. 07, 2001, p. 175-200.

\_\_\_\_\_. Para uma teoria deliberativa da democracia. *In: Revista de Informação Legislativa do Senado*. Brasília, ano 43, nº 172, pp. 73-83, out.-dez. de 2006.

MACCORMICK, Neil e SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

MACEDO, Lucas Buril. **Os precedentes judiciais, a criatividade não reconhecida e a esquizofrenia jurisprudencial**. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/04/24/os-precedentes-judiciais-a-criatividade-nao-reconhecida-e-a-esquizofrenia-jurisprudencial/> Acesso em 01 de novembro de 2017.

MACHADO, Parcelo Pacheco. **Como escapar da audiência de conciliação e mediação no Novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc-11042016> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica: (In)compatibilidade entre a Tópica e o Processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. 1. ed. (ano 2008) 4ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. Igualdade e Isonomia Processual. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. **Processo e constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz; VIEIRA, Alexandre Trad. Cognição jurisdicional e anarquismo metodológico. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (Org.). **Direito Processual e Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Aproximação Crítica entre as Jurisdições de *Civil Law* e de *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Teoria do Processo**: panorama doutrinário mundial. Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. A Jurisdição no Estado Contemporâneo. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível na Internet: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/17809-17810-1-PB.htm> Acesso em 08 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil**: Teoria Geral do Processo. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil**. Disponível em [www.professormarinoni.com.br](http://www.professormarinoni.com.br) Acesso em 10 junho 2014.

\_\_\_\_\_. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. A transformação do *civil law* e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. In: **Revista Jurídica**. n. 380. Porto Alegre: Notadez, 2009.

MARMOR, Andrei. (Ed.) **Direito e Interpretação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARTÍNEZ, Juan Antonio Hurtado. La Evolución del Sistema Francés como Modelo de Control de Constitucionalidad de las Leyes. In: **Revista de Derecho UNED**. n. 10, 2012, p. 721. Disponível em: <http://e-spacio.uned.es/fez37/public/collection/bibliuned:RDUNED-2012-10> Acesso em 13 de janeiro de 2018.

MAUROIS, André. **História da Inglaterra**. Trad. Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1959.

MATTEI, Ugo. **Common law**: il diritto anglo-americano. Torino: Utet, 2001.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo Civil Moderno**: parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro. In **Novas Tendências do Processo Civil** – Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Ed. Juspodvm, 2013, p. 677-700.

MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. In: **Revista dos Tribunais**. Vol. 974, São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016, p. 129 – 154,dez. 2016.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. **Trabalhando com uma nova lógica**: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-28/artigo-barroso-explica-precedente-cpc-muda-direito> Acesso em 04 de junho de 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. O efeito vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal nos processos de controle abstrato de normas. In: **Revista Jurídica Virtual**. Vol. 1, n. 4, 1999.

MERRYMAN, John Henry. **La tradición jurídica romano-canónica**. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

\_\_\_\_\_. **La Tradicion Juidica Romano-Canonica**, 2. ed. México: Fondo de Cultura Econômica, 1989.

MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A Tradição da Civil Law** – uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Trad. bras. de Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MILMAN, Fabio. **Improbidade processual e comportamento das partes: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultura, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O Processo Civil Brasileiro entre dois Mundos. *In: Revista da EMERJ*. Vol. 4, nº. 16, 2011.

\_\_\_\_\_. A importância de modelos jurídicos. *In: Temas de direito processual civil*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Uma novidade: o CPC inglês. *In: Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Por um processo socialmente efetivo. *In: Revista de Processo*. Vol. 105. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o problema de efetividade do processo. *In: Revista de Direito Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_. O futuro da justiça: alguns mitos. *In: Temas de direito processual*. 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor**. 37. ed. atu. até fevereiro de 2005. São Paulo: Saraiva, 2005.



NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. 9. ed. rev. atu. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NEUMANN, Franz. **El Estado democrático y el Estado autoritário**: ensayos sobre teoría política y legal. Buenos Aires: Paidós, 1968.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare Decisis et Non Quieta Movere**: A vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 151-173.

\_\_\_\_\_. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 1. ed. 1. reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual. *In*: **Revista de Processo RePro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. São Paulo, ano 32, nº. 146, abril de 2007, p. 321-331.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *In*: DIDIER JR. Fredie (Coord.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5ª ed. rev. atu. Salvador, Podivm, 2007.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: Do formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Efetividade e tutela jurisdicional. *In: MARINONI, Luiz Guilherme. (Coord.). Estudos de Direito Processual Civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 421-440.

\_\_\_\_\_. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. *In: AJURIS: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ano XXX, nº. 90, p. 55-84, jun. 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Tópicos sobre dialética**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Contribuições para uma teoria discursiva da Constituição e do Processo Constitucional a partir do caso brasileiro. *In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle. (Coords.) Processo e Constituição: dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

\_\_\_\_\_. Pensar Habermas para além de Habermas: A Tese da Relação Interna entre o Estado de Direito e Democracia em uma sociedade agora dita “pós-secular” na obra recente de Habermas – uma revisão? *In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). Constitucionalismo Discursivo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

OST, François. Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. *In: DOXA*, nº 14, 1993. pp. 169-194. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>. Acesso em 12 de julho de 2017. Disponível também em [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas\\_108/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas_108/jupiter-hercules-hermes-tres-modelos-de-juez.pdf) Acesso em 12 de julho de 2017.

PANIAGUA, Jose Maria Rodriguez. **Historia del pensamiento jurídico**: De heráclito a la revolución francesa. Vol. I. 8. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1996.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do Direito Processual Brasileiro**. Barueri: Manole, 2002.

PEJOVIC, Caslav. Civil Law and Common Law: two different paths leading to the same goal. In: **Victoria University of Wellington Law Review** (VUWLR). Nº. 32, 2001, p. 817-841.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **The civil law tradition**: an introduction to the legal system of Europe and Latin America. Stanford: Stanford University Press, 2007.

PERLINGIERI, Pietro; FEMIA, Pasquale. In PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di Diritto Civile**. 6. ed. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.

PICARDI, Nicola. Processo civile (Diritto moderno). In: **Enciclopedia del Diritto**. Vol. 36. Milano: Giuffrè, 1987.

PIMENTA, José Roberto Freire. A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho. In: **Revista LTr**. Vol. 65. nº. 02. São Paulo, LTr, fev. 2001.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público**: a visão dos Tribunais Superiores. Disponível em: [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_e\\_legitimidade\\_do\\_mp\\_160204.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_e_legitimidade_do_mp_160204.pdf) Acesso em 28 de maio de 2014.

PORCHAT, Reynaldo. **Curso elementar de direito romano**. Vol. I. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1937.

POUND, Roscoe. **El espíritu del common law**. Trad. José Puig Brutau. Barcelona: Bosch, 1954.

POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. In: **Doxa**. Vol. 21, nº II, 1998, p. 339-353. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/> Acesso em 27 de janeiro de 2018.

RABASA, Oscar. **El Derecho Anglo-Americano**: Estudios Expositivo y Comparado del Common Law. México: Fondo de Cultura, 1944.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

REDENTI, Francesco. **Profili pratici del diritto processuale civile**. 2 ed. Milão: Giuffrè, 1939.

RODORF, Renato Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano. *In: Il Foro Italiano*. Vol. 131, Fascicolo 9. Parte 5, pp: 279-290, 2006, p. 279. Disponível em: <http://www.biblio.liuc.it/scripts/essper/ricerca.asp?tipo=scheda&codice=11091872> Acesso em 20 de outubro de 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RORTY, Richard M. **The Linguistic Turn**: Essays in Philosophical Method. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

ROSENKRANTZ, Carlos F. Introducción a la edición en castellano. *In: ACKERMAN, Bruce. La justicia social en el Estado liberal*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**: retórica e historicidade. 2 ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. Habermas entre amigos e críticos. Prolegômenos para uma esfera pública judicial militante. *In: CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). Constitucionalismo Discursivo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, José Eduardo Marques dos. **O Processo Penal Português no período medieval**. Lisboa: Edições Ecopy, 2012.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: \_\_\_\_\_ (Coord.). Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHAUER, Frederick. Precedente. Trad. bras. de André Duarte de Carvalho e Lucas Buril de Macêdo. *In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes*. Vol. 3. Salvador: JusPodivm, 2015.

SELDEN, John. **Johannis Seldeni ad feltam dissertativo**. Trad. D. Ogg. Cambridge, 1925. p. 165 *apud* CAENEGEM, Raoul Charle van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985. Trad. Luiz Carlos Borges. Revisão Técnica Carla Henriete Bevilacqua. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SÈROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. São Paulo: Landy, 2001.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

\_\_\_\_\_. Direito Material e Processo. *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 404-420.

\_\_\_\_\_. Da função à estrutura. *In*: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 158. Abr. de 2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SIMINONI, Rafael Lazzarotto; Simioni; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Como os juízes decidem?** Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p61> Acesso em 10 de novembro de 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. Estudos de Direito Comparado I: O que é a “*common law*”, em particular, a dos EUA. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Vol. 92 São Paulo: Universidade de São Paulo, 1997.

SODRÉ, Emanuel de Almeida. Jurisprudência: só obriga se constante e uniforme. *In*: RAITANI, Francisco. **Prática de Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1949.

SOUSA, Diego Crevelin de. Conciliação obrigatória? Pode até não ser legal, mas é melhor jogar com ela. **Revista Eletrônica Empório do Direito**, 20 fev. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/conciliacao-obrigatoria-pode-ate-nao-ser-legal-mas-e-melhor-jogar-com-ela/> Acesso em 20 de fevereiro de 2018.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Estudos Sobre o novo Processo Civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

STEINER, Eva. Theory and practice of judicial precedent in France. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de (Coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **A juristocracia no novo Código de Processo Civil**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocraciaprojeto-codigo-processo-civil> Acesso em 23 de novembro de 2017.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. A hermenêutica jurídica e o efeito vinculante da jurisprudência no Brasil: o caso das súmulas. *In*: **Boletim da faculdade de direito Universidade de Coimbra**. Vol. 82. Coimbra, jan. 2006.

\_\_\_\_\_. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STÜRNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Trad. Ronaldo Kochem. *In*: **Revista de Processo: Repro**. Vol. 223. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.). **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial**: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional. São Paulo: Forense, 2010.

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law. *In*: TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: Ensaios. Trad. bras. de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Boa-fé e processo - princípios éticos na repressão à litigância de má-fé - papel do juiz**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior\(3\).formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%C3%BAnior(3).formatado.pdf). Acesso em 17 julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Interpretação e aplicação das normas jurídicas. *In*: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). **Teoria do processo**: panorama doutrinário Mundial. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 375-388.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 57 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRENTE, Andrea; SCHLESINGER, Piero. **Manuale di diritto privato**. 19. ed. Milão: Giuffrè, 2009.

TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974.

TROPER, Michel; GRZEGORCZYK, Christophe. Precedent in France. *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Edit.) **Interpreting Precedents**. Dartmouth: Ashgate, 1997.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa. **Poderes e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial**. Vol. I, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 1976.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y jurisprudencia**. Traducción de Luis Díes-Picazo Ponce de León. Madri: Taurus, 1964 (Reimpressão 1986).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. *In: Juizado Especial de Pequenas Causas* (Coord. Kazuo Watanabe). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Lisboa: Presença, 1979.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WOLF, Francis. Nascimento da razão, *origem e crise*. *In: NOVAES, Adauto (Org.). A crise da razão*. São Paulo: Cia. das Letras, 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional específica nas obrigações de declaração de vontade**. São Paulo: Malheiros, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Torino: Giuio Einaudi Editore, 1992.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: O modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Processo constitucional: relação entre processo e Constituição. *In: Revista da Ajuris*. Ano XXXI, n.º 94, junho-2004, p.105-132.

\_\_\_\_\_. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). *In: Polêmica Sobre a Ação*: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.

ZANETI JUNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 5. ed. rev. atu. São Paulo: Saraiva, 2007.