

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA – FDV  
CURSO DE MESTRADO EM  
DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS**

FELIPE DE SOUZA COSTA COLA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS  
DECISÕES JUDICIAIS NA PERSPECTIVA DO  
CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL**

VITÓRIA  
2010

FELIPE DE SOUZA COSTA COLA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS  
DECISÕES JUDICIAIS NA PERSPECTIVA DO  
CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Doutora Carolina Bonadiman Esteves.

VITÓRIA  
2010

FELIPE DE SOUZA COSTA COLA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS  
DECISÕES JUDICIAIS NA PERSPECTIVA DO  
CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da FDV, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito, na área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, sob a orientação da Prof.<sup>a</sup> Doutora Carolina Bonadiman Esteves.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2010.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Carolina Bonadiman Esteves  
Faculdade de Direito de Vitória  
Orientadora

---

Prof.<sup>o</sup> Dr.  
Faculdade de Direito de Vitória

---

Prof.<sup>o</sup> Dr.

A meus pais, que, desde cedo, me ensinaram a amar a justiça e o conhecimento.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, que, diariamente, concede-me força, luz e inspiração e, em Sua infinita bondade, me concede generosas bênçãos; sem a proteção e o auxílio divinos, não me teria sido possível realizar este trabalho.

A Nossa Senhora e, também, a Santa Rita de Cássia e Santo Expedito, pela perene intercessão.

À minha família, pelo amor incondicional, pela compreensão, pelos conselhos e pelo estímulo que sempre recebi em meus estudos.

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Carolina Bonadiman Esteves, exímia processualista e minha orientadora de todas as horas. Sempre pronta a me atender, contribuiu decisivamente para a realização de minha pesquisa desde o momento em que esta era apenas uma ideia; suas críticas, sugestões e ponderações foram essenciais à realização desta empreitada científica e seus ensinamentos me foram absolutamente marcantes. Ademais, suas lições, em especial sobre o processo constitucional e o acesso à justiça, foram decisivas em minha formação intelectual.

Ao Prof. Dr. William Couto Gonçalves, eminente pensador do direito, com quem tive a grata e proveitosa oportunidade de conviver durante o curso de mestrado. Muitas reflexões importantes para a realização deste trabalho surgiram em nossas conversas; seria, ademais, impossível descrever o enorme auxílio que me concedeu ao abrir as portas de sua impressionante biblioteca, símbolo de autêntico amor ao conhecimento.

À Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, permanente incentivadora de meus estudos. Foram tantas as oportunidades de crescimento acadêmico e pessoal que por ela me foram oferecidas que, por certo, não caberiam em um simples “obrigado”. Ainda assim, espero possam estas breves palavras expressar meu especial carinho por esta querida Professora.

Ao Desembargador Ronaldo Gonçalves de Sousa, luminar da magistratura capixaba, que tão generosamente me tem incentivado nos estudos jurídicos e por quem tenho imensa admiração. Cada novo dia transcorrido em sua convivência me

proporciona importantes lições, seja sobre o bom direito ou sobre a arte da vida; e a sabedoria, a honradez e o amor pela justiça que tanto o caracterizam são exemplos que sempre guardarei comigo.

Ao Prof. Wilson José Witzel, que sempre e tanto me estimulou em meu crescimento acadêmico e profissional, desde a época em que eu ainda prestava os exames para admissão no curso.

A todos os Professores que partilharam comigo seu conhecimento ao longo do curso: cada um a seu modo teve papel especial em minha formação.

A todos os amigos que, dividindo comigo os espaços acadêmicos e profissionais, tornaram-se diletos parceiros na sublime busca pelo conhecimento jurídico.

À FDV, onde passei dois anos de proveitoso crescimento intelectual e que me deu a oportunidade de concretizar meu projeto de tornar-me mestre em Direito.

“Se não quiser sacrificar a *justiça*, a arte judiciária deve conservar seu caráter artesanal”.

Michel Villey

## RESUMO

A presente dissertação objetiva solucionar o seguinte problema: *à luz do contraditório substancial – aqui entendido como garantia fundamental de efetiva possibilidade de influência dos destinatários da atuação jurisdicional, mediante argumentação dialética, na decisão a ser tomada –, está o juiz ou tribunal obrigado, no processo civil brasileiro, a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos apresentados pelas partes?* Utiliza o método dedutivo e parte de uma hipótese afirmativa para o problema proposto. Com base na tópica de Viehweg e na nova retórica de Perelman, sustenta, primeiramente, que a decisão para o caso concreto é elaborada mediante argumentação dialética e deve ser, simultaneamente, conforme ao direito positivo e moral e socialmente justa. Em seguida, analisa a garantia do contraditório, relacionando-a ao princípio democrático e apresentando suas duas dimensões: a *formal*, correspondente à *bilateralidade da audiência*, e a *substancial*, relativa à possibilidade de as partes efetivamente influírem na decisão a ser tomada. Finalmente, analisa o dever de motivação das decisões judiciais e sustenta, em conclusão, uma resposta positiva para o problema proposto.

**Palavras-chave:** Tópica jurídica. Nova retórica. Contraditório substancial. Dever de motivação.



## ABSTRACT

The present dissertation aims to solve the following problem: *in the perspective of the guarantee of a substantively contradictory process – here understood as a fundamental guarantee that the addressees of jurisdictional actuation can effectively influence the decision to be taken –, is the judge or court obliged to expressly consider all the arguments brought by the parties?* It utilizes the deductive method and starts from an affirmative hypothesis to the proposed problem. Based on Viehweg's juridical topics and Perelman's new rhetoric, it asserts, first, that the decision for the concrete case is taken by means of dialectical argumentation and must be, simultaneously, conformable to the positive law and morally and socially fair. Then, the study analyzes the constitutional guarantee of a contradictory process, relating it to the democratic principle and presenting its two dimensions: the *formal* one, which corresponds to bilateral hearing, and the *substantive* one, related to the possibility of the parties effectively influence the decision to be taken. Finally, it analyzes the duty of motivation of judicial decisions and asserts, in conclusion, an affirmative answer to the proposed problem.

**Keywords:** Juridical topics. New rhetoric. Substantively contradictory process. Duty of motivation.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

AgR – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

Ap – Apelação

Art. – Artigo

CC/02 – Código Civil de 2002

CE - Ceará

CF/1891 – Constituição Federal de 1891

CF/34 – Constituição Federal de 1934

CF/37 – Constituição Federal de 1937

CF/46 – Constituição Federal de 1946

CF/67 – Constituição Federal de 1967

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CI/1824 – Constituição Imperial de 1824

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DF – Distrito Federal

DJ – Diário da Justiça

EC – Emenda Constitucional

ED – Embargos de Declaração

EUA – Estados Unidos da América

LICC – Lei de Introdução ao Código Civil

MG – Minas Gerais

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

MT – Mato Grosso

n. – Número

PE – Pernambuco

Pet. - Petição

PR - Paraná

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

RJ – Rio de Janeiro

RS – Rio Grande do Sul

SC – Santa Catarina

STF – Supremo Tribunal Federal.

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

TRF – Tribunal Regional Federal

ZPO – Zivilprozessordnung

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	13
<b>1 TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA</b> .....	16
1.1 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO.....	16
1.2 A TÓPICA JURÍDICA .....	21
<b>1.2.1 A propósito de um sistema de direito</b> .....	38
<b>1.2.2 Críticas usuais à tópica jurídica</b> .....	42
1.3 A NOVA RETÓRICA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO .....	51
<b>1.3.1 Críticas usuais à nova retórica e à concepção perelmaniana do direito</b> ...	70
1.4 O RACIOCÍNIO TÓPICO-RETÓRICO E O “SILOGISMO JUDICIÁRIO”.....	86
<b>2 DEMOCRACIA E CONTRADITÓRIO: O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL</b> .....	92
2.1 BREVES NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO .....	92
2.2 JURISDIÇÃO, PODER E DEMOCRACIA .....	100
2.3 CONTRADITÓRIO: NOTAS HISTÓRICAS .....	123
2.4 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO e suas DIMENSÕES FORMAL E SUBSTANCIAL .....	130
<b>2.4.1 Sentença de improcedência proferida na ausência de audiência bilateral: interpretação do art. 285-A do CPC à luz do contraditório substancial</b> .....	154
2.5 CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, CONCEPÇÃO TÓPICO-RETÓRICA DO DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO.....	158
2.6 CONTRADITÓRIO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	166

<b>3 CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E DEVER DE MOTIVAÇÃO</b> .....	169
3.1 DEVER DE MOTIVAÇÃO.....	169
3.2 RACIOCÍNIO JUDICIAL E MOTIVAÇÃO .....	182
3.3 DEVER DE MOTIVAÇÃO E APRECIÇÃO INTEGRAL DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS PARTES .....	188
<b>3.3.1 Apreciação integral dos argumentos conducentes à tese vencedora</b> ....	223
<b>3.3.2 Questões preliminares e prejudiciais e apreciação integral de argumentos</b> .....	225
<b>3.3.3 Apreciação integral de argumentos em primeiro e segundo grau de jurisdição: notas sobre o art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC.....</b>	227
<b>3.3.4 Motivação de sentença proferida com base no art. 285-A do CPC.....</b>	232
<b>3.3.5 Apreciação integral de argumentos e motivação <i>aliunde</i> .....</b>	235
<b>3.3.6 Apreciação integral de argumentos e julgamentos proferidos com base em enunciados da súmula da jurisprudência dominante dos tribunais .....</b>	236
<b>3.3.7 Apreciação integral de argumentos e motivação sucinta .....</b>	240
<b>3.3.8 Apreciação integral de argumentos e arts. 38 e 46 da Lei n. 9.099/1995.</b>	242
<b>3.3.9 Apreciação integral de argumentos e recursos extraordinário e especial repetitivos .....</b>	243
<b>3.3.10 Apreciação integral de argumentos e embargos de declaração.....</b>	246
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	249
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	253

## INTRODUÇÃO

É predominante, na jurisprudência brasileira, o entendimento de que o juiz não está obrigado a apreciar, na fundamentação de sua decisão, todos os argumentos que, no processo, lhe são apresentados pelas partes<sup>1</sup>; prevalece, assim, a ideia de que o julgador apenas estaria obrigado a referir-se a argumentos suficientes à formação de seu livre convencimento.

A esse posicionamento subjaz, inegavelmente, a noção de que a aplicação do direito se dá mediante pura subsunção de fatos a normas positivas, à maneira do que se convencionou chamar de *silogismo judiciário*: ao juiz caberia apenas estabelecer uma ligação entre uma norma – havida por premissa maior do silogismo – e um fato – premissa menor –, de tal modo que a decisão judicial consistiria na conclusão de um processo dedutivo. Nessa linha de raciocínio, dado que o juiz conhece o direito – *iura novit curia* – e deve aplicá-lo aos fatos – *da mihi factum, dabo tibi ius* – parece não haver muito sentido em se despender tempo com a apreciação de argumentos, uma vez que o provimento jurisdicional nada mais seria que o resultado de um processo lógico-dedutivo.

Sem embargo, pretende-se, no presente estudo, abordar o tema sob uma outra perspectiva, em que se adotará, como base teórica, a tópica jurídica de Viehweg e a nova retórica de Perelman e se analisará o contraditório não apenas como limitado a uma formal bilateralidade da audiência no processo, mas também como direito de

---

<sup>1</sup> Esse entendimento consta, por exemplo, dos seguintes julgados, todos citados ao longo deste trabalho: STF, AgR nos ED na Pet 4071, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 25.6.2009, DJ 21.08.2009; STJ, AgR no AI 1133535/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15/10/2009, DJ 21/10/2009; STJ, ED nos ED no REsp 875.678/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJ 23.10.2009; STJ, ED no REsp 856.315/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06.10.2009, DJ 16.10.2009; STJ, AgR no REsp 1106593/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 01.10.2009, DJ 26.10.2009; STJ, AgR no Ag 1172526/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22.09.2009, DJ 07.10.2009; STJ, AgR no Ag 1172526/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22.09.2009, DJ 07.10.2009; STF, AgR nos ED no RE 465739, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 03.10.2006, DJ 24.11.2006; STF, AgR no AI 281007, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 20.06.2000, DJ 18.08.2000.

influência e participação dos pleiteantes na formação do convencimento do juiz. Nessa perspectiva, a apreciação integral dos argumentos suscitados adquire, por certo, renovada importância.

Buscar-se-á, pois, neste estudo, responder ao seguinte problema: *à luz do contraditório substancial – aqui entendido como garantia fundamental de efetiva possibilidade de influência dos destinatários da atuação jurisdicional, mediante argumentação dialética, na decisão a ser tomada –, está o juiz ou tribunal obrigado, no processo civil brasileiro, a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos apresentados pelas partes?*

E, na busca de uma resposta ao problema principal, tentar-se-á responder, ainda, às questões secundárias: (a) as decisões judiciais são obtidas pela via da dedução, correspondendo apenas à subsunção de fatos a normas positivas?; (b) pode-se afirmar que a decisão judicial corresponde a uma *escolha*, realizada com base em tópicos de argumentação (*topoi*)?; (c) a função jurisdicional do Estado está submetida ao princípio democrático (art. 1º da CF/88)?; (d) é possível falar-se em uma articulação entre contraditório, democracia e acesso à justiça?; (e) há uma dimensão substancial do contraditório, que assegura às partes o direito de influenciar o convencimento do órgão jurisdicional, possibilitando um acesso à justiça qualitativo?; (f) o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88) assegura a interação argumentativa dos três principais sujeitos do processo – autor, Estado-juiz e réu – com vistas à construção do provimento final?; (g) a apresentação de um argumento por qualquer das partes obriga o órgão jurisdicional a tomá-lo em consideração ao decidir?; (h) o dever de motivação dos provimentos judiciais, previsto no art. 93, IX, da CF/88, acarreta a necessidade de apreciação explícita de todos os argumentos apresentados pelas partes ao longo do processo, com exceção das hipóteses em que, por impossibilidade lógica, seja impossível apreciar-se um determinado argumento em vista do acolhimento de razões a ele preliminares ou prejudiciais?; e (i) é cabível o recurso de embargos de declaração na hipótese de a decisão judicial não enfrentar todos os argumentos suscitados pelas partes, nos termos do item anterior?.

A fim de responder a todos os questionamentos propostos, analisar-se-ão, no primeiro capítulo deste trabalho, a tópica jurídica e a nova retórica, que, juntas, constituem a base teórica do presente estudo. Tratar-se-á, nessa esteira, dessas concepções do fenômeno jurídico e da complementaridade existente entre ambas, bem como da insuficiência da categoria teórica do *silogismo judiciário* como explicação das decisões judiciais.

No segundo capítulo, será investigado o conteúdo da garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), relacionando-o à ideia de processo justo e desdobrando-o em suas dimensões formal e substancial. Para tanto, serão analisadas, inicialmente, a submissão da função jurisdicional do Estado ao princípio democrático e o vínculo existente entre este último e o contraditório. A seguir, serão tecidos alguns comentários acerca do contraditório substancial em suas relações com o acesso à justiça qualitativo e a dignidade da pessoa humana.

No terceiro e último capítulo, ter-se-á em mira o dever de motivação, compreendido à luz de seus escopos precípuos. Nesta oportunidade, sustentar-se-á, com base nas premissas já então assentadas acerca do contraditório, que o órgão jurisdicional está obrigado a enfrentar expressamente cada um dos argumentos suscitados pelas partes no processo, bem como as implicações desse entendimento.



## 1 TÓPICA JURÍDICA E NOVA RETÓRICA

Este primeiro capítulo buscará esboçar uma visão geral da tópica jurídica de Theodor Viehweg e da nova retórica de Chaïm Perelman, adotadas como base teórica no presente estudo. Nessa toada, serão tecidas, inicialmente, algumas breves considerações sobre a crise do positivismo jurídico, ocorrida no Pós-Guerra, às quais seguir-se-ão análises da tópica e da nova retórica; por derradeiro, à luz de uma concepção tópico-retórica do direito, terá lugar uma crítica à visão que limita a aplicação do direito a um raciocínio lógico-dedutivo.

### 1.1 A CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO

Até 1945, recebem ampla adesão no Ocidente as doutrinas oriundas do positivismo filosófico – avesso a qualquer filosofia dos valores – e do positivismo jurídico – que rejeitava a ideia de um direito natural. Nesse sentido, chega-se a afirmar que essas duas correntes de pensamento formaram a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial (PERELMAN, 2004a, p. 91).

Com efeito, sob forte influência do positivismo filosófico – nascido da filosofia de Comte, desenvolvida no século XIX – as assim chamadas *ciências da natureza* são erigidas em modelos ideais da própria racionalidade, o que terá duas consequências fundamentais: (a) a concepção de que todos os ramos do pensamento humano que se pretendam científicos deverão adotar os métodos das ciências naturais; e (b) a transformação dos métodos das ciências naturais em verdadeiros *critérios de pertinência temática*, de modo que apenas poderão ser considerados problemas

científicos as questões cujo estudo seja com eles compatível<sup>2</sup>. Caberá, pois, ao direito, caso pretenda assento à mesa das ciências, adaptar-se a esse novo modelo de racionalidade científica. Como analisa Camargo (2003, p. 88, grifo nosso),

Sob influência do positivismo não faltou, obviamente, quem defendesse a criação de um método próprio para o direito, de caráter objetivo, cujo conhecimento fosse possível mediante a manipulação de leis próprias ao seu objeto. Para o positivismo, o direito ou a ciência jurídica deveriam ser vistos como todas as outras ciências naturais, ou seja, como uma força da natureza (social), independentemente da ação e do pensamento humanos [...] *No entanto, não foi ainda no decorrer do século XIX que o direito consegue (sic) firmar-se como ciência nos moldes positivistas. Nesse momento, ganha relevo a sociologia jurídica. Será apenas com a genialidade de Hans Kelsen, no início do século seguinte, que teremos uma ciência do direito de impressão francamente positivista. Antes disso, o inegável fator de contingência do direito emprestou-lhe, quando muito, uma posição de inferioridade científica.*

Outrossim, em um primeiro momento, a influência positivista imprime aos estudos jurídicos um viés predominantemente sociológico, que importa o abandono de questões metafísicas acerca da justiça. Posteriormente – sobretudo, a partir de Kelsen –, essa tendência inicial será abandonada, enveredando a filosofia do direito pelos caminhos do *formalismo jurídico*:

---

<sup>2</sup> Esses são, com efeito, dois aspectos marcantes da filosofia positivista, como ressalta a aguda crítica de Voegelin: “A destruição causada pelo positivismo é consequência de duas premissas fundamentais. Em primeiro lugar, o esplêndido desenvolvimento das ciências naturais foi responsável, juntamente com outros fatores, pela premissa segundo a qual os métodos utilizados nas ciências matematizantes do mundo exterior possuíam uma virtude inerente, razão por que todas as demais ciências alcançariam êxitos comparáveis se lhe seguissem o exemplo e aceitassem tais métodos como modelo. Essa crença, por si só, era uma idiossincrasia inofensiva, e teria desaparecido quando os entusiasmados admiradores do método-modelo se pusessem a trabalhar em sua própria ciência e não obtivessem os resultados esperados. Ela tornou-se perigosa por se haver combinado com uma segunda premissa, qual seja a de que os métodos das ciências naturais constituíam um critério para a pertinência teórica em geral. A combinação desses dois conceitos resultou na bem conhecida série de afirmações no sentido de que qualquer estudo da realidade somente poderia ser qualificado como científico se usasse os métodos das ciências naturais; de que os problemas colocados em outros termos eram apenas ilusórios; de que as questões metafísicas, em especial, que não admitem resposta através dos métodos das ciências fenomenológicas, não deveriam ser formuladas; de que os domínios da existência que não fossem acessíveis à exploração por meio dos métodos-modelo não eram pertinentes; e, num ponto extremo, de que tais domínios nem ao menos existiam” (VOEGELIN, 1982, p. 18-19).

[...] o positivismo jurídico não seguiu a tendência sociológica apontada por Augusto Comte. Firmou-se muito mais sobre as bases do formalismo, uma vez que para uma teoria do direito importava muito mais o conjunto das normas postas pelo Estado, através de suas autoridades competentes, do que a realidade social propriamente dita. A vontade do Estado soberano prevalece, assim, sobre a vontade difusa da nação e o direito passa a reconhecer-se *no ordenamento jurídico posto e garantido pelo Estado, como o direito respectivo de cada país. O direito positivo torna-se, então, o único direito que interessa ao jurista, porque é o único direito existente, contrapondo-se em definitivo ao direito natural, de difícil verificação* (CAMARGO, 2003, p. 88-89, grifo nosso).

O direito se torna, portanto, limitado à normatividade posta pelo Estado, cabendo à ciência respectiva um papel meramente descritivo do sistema jurídico<sup>3</sup>. Há, pois, um divórcio entre *direito* e *justiça*, bem como entre *norma* e *valor*: apenas as regras positivas podem ser tomadas como objetos de estudo, porquanto, sob a ótica positivista, a justiça e os valores são considerados fruto da pura arbitrariedade subjetiva. Essa tendência é bem ilustrada na seguinte passagem de Kelsen (2000, p. 9, grifo nosso):

[...] uma teoria pura do Direito, ao se declarar incompetente para responder se uma dada lei é justa ou injusta ou no que consiste o elemento essencial da justiça, não se opõe de modo algum a essa exigência. *Uma teoria pura do Direito – uma ciência – não pode responder a essas perguntas porque elas não podem, de modo algum, ser respondidas cientificamente*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Como explica Duarte (2004, p. 82, destaques originais), o positivismo jurídico “[...] sustenta que o direito se limita ao direito como é, é dizer, ao direito positivo, e deixa de fora, como elemento definitório do conceito de legitimidade, a retitude material de uma norma ou de um ordenamento normativo. O formalismo se explicita em uma concepção de teoria do direito que deriva a cientificidade do direito a partir de um método científico construído sob o paradigma das ciências naturais, o qual eleva o dado empírico como fonte descritivista para o desenvolvimento de princípios objetivos e regulares que visam explicar como estes produzem e reproduzem formalmente a juridicidade positiva”.

<sup>4</sup> Noutra passagem, refere-se Kelsen ao caráter subjetivo dos juízos de valor, que impediria seu tratamento racional: “Um julgamento de valor é a afirmação pela qual algo é declarado como um fim, um fim último que, em si, não é um meio para um fim posterior. *Tal julgamento é sempre determinado por fatores emocionais*. Uma justificação da função emocional pela racional, porém, está excluída em princípio, na medida em que se trata de uma questão de fins últimos que, em si, não são meios para fins posteriores. Caso a asserção de tais fins últimos surja na forma de portulados ou normas de justiça, *eles sempre repousam sobre julgamentos de valor puramente subjetivos e, portanto, relativos*” (KELSEN, 2000, p. 11, grifo nosso).

Não caberia, portanto, aos operadores do direito embrenharem-se na busca do justo, pois a aplicação do direito nada seria senão a aplicação das normas positivas. O justo seria algo inacessível ao conhecimento racional e que, portanto, não deveria merecer maior atenção do estudioso do direito<sup>5</sup>. Em verdade, porém, seria até admissível falar-se em justiça, à luz da ciência jurídica, se esta fosse entendida tão-somente como *legalidade*. Nessa esteira, Kelsen chega a vislumbrar uma “tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada” (KELSEN, 2000, p. 20). E o autor prossegue:

*Nesse sentido, a ‘justiça’ significa legalidade; é ‘justo’ que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. É ‘injusto’ que ela seja aplicada em um caso, mas não em outro caso similar [...] A justiça, no sentido de legalidade, é uma qualidade que não se relaciona com o conteúdo de uma ordem jurídica, mas com sua aplicação [...] ‘Justiça’ significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça ‘sob Direito’. A afirmação de que o comportamento de um indivíduo é ‘justo’ ou ‘injusto’, no sentido de ‘legal’ ou ‘ilegal’, significa que sua conduta corresponde ou não a uma norma jurídica, pressuposta como sendo válida pelo sujeito que julga por pertencer essa norma a uma ordem jurídica positiva [...] Apenas com o sentido de legalidade é que a justiça pode fazer parte de uma ciência do Direito (KELSEN, 2000, p. 20-21).*

Portanto, a ideia de *justiça* poderia relacionar-se, quando muito, com a de *legalidade*: o *justo* corresponderia à aplicação da consequência prevista na norma quando presente, em uma dada situação de fato, a situação por ela abstratamente tipificada. A busca de qualquer outra ideia de justiça daria azo à interferência do arbítrio e da subjetividade na atividade jurídica, interferência essa de todo indesejável ante a pretensão de se compreender cientificamente o fenômeno jurídico.

---

<sup>5</sup> Confira-se, por exemplo, a seguinte afirmação de Kelsen (2000, p. 19): “A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses”.

As ideias acima expostas prevalecem no Ocidente, como dito, até o fim da Segunda Grande Guerra. Entretanto, quando vieram à tona as monstruosidades cometidas pelo Estado nacional-socialista alemão, percebeu-se que o direito positivo estatal poderia legitimar situações manifestamente injustas e desumanas, como o morticínio sistemático de milhões de judeus. Essa constatação trouxe novamente à tona a necessidade de discussão das relações entre direito e justiça, revelando, ainda, a insuficiência da equiparação entre justiça e legalidade. Como afirma Perelman (2004a, p. 94-95),

Enquanto a ordem jurídica não estava muito distante dos costumes, dos hábitos e das instituições sociais e culturais do meio regido por um dado sistema de direito, a concepção positivista do direito podia expressar de modo satisfatório a realidade do fenômeno jurídico. Mas com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que 'Lei é lei' e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito.

Surge, pois, no Pós-Guerra, um amplo movimento de reação à tradicional concepção positivista, que não via no direito senão a normatividade estatal, sendo essa restrita à ideia de *legalidade*<sup>6</sup>. Dessa reação nascerá o pensamento jurídico *pós-positivista*, que acabará por desdobrar-se em diversas vertentes; todas elas, no entanto, terão em comum a crítica à insuficiente limitação do direito à legalidade. Uma dessas vertentes consistirá na filosofia jurídica de orientação *tópico-retórica*, desenvolvida nos trabalhos de Viehweg e Perelman:

Com as obras de Viehweg e Perelman [...] podemos reconhecer a dimensão pós-positivista de matriz tópico-retórica. Ao invés de unidades lógicas subsequentes umas às outras por inferências necessárias, é o esforço da

---

<sup>6</sup> Como assevera Perelman (2004, p. 95), "Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano".

persuasão e do convencimento que estruturam e servem [sic] de base às construções jurídico-decisórias. Portanto, é mais na esfera do razoável e do adequado, do que na esfera do puramente lógico, que a metódica atual deve ser examinada (CAMARGO, 2003, p. 137).

Segue-se, pois, uma breve análise da tópica jurídica de Viehweg.

## 1.2 A TÓPICA JURÍDICA

A moderna tópica jurídica corresponde a um movimento surgido a partir da obra *Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz)*, de Theodor Viehweg, publicada pela primeira vez na Alemanha, em 1953. A proposta de Viehweg surge, portanto, no contexto da crise do positivismo jurídico e da busca pela reaproximação entre *direito e justiça*. Deve-se ressaltar, entretanto, que a tópica já era amplamente estudada pelo menos desde Aristóteles<sup>7</sup>, cuja dialética teve forte aplicação na jurisprudência romana, sobretudo por influência de Cícero.

Nas palavras de Viehweg (1979, p. 17), “a tópica é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica”. Com efeito, o raciocínio tópico é sempre voltado à solução de um problema proposto e, por natureza, eminentemente *dialético* – em sentido clássico<sup>8</sup>. Em verdade, o caráter problemático e a

---

<sup>7</sup> Em verdade, pode-se afirmar que as origens mais remotas da tópica são anteriores a Aristóteles, pois, como afirma Viehweg (1979, p. 31, grifo do autor), “[...] de *Aristóteles* procede unicamente o nome ‘tópica’. Mas o assunto mesmo já existia; é um antigo patrimônio intelectual da cultura mediterrânea que emerge antes de *Aristóteles*, junto com ele e depois dele, em todas as fórmulas retóricas, com o nome de euresis, inventio, ars inveniendi ou algo semelhante”.

<sup>8</sup> O termo *dialética* é, ao longo da história da filosofia, empregado com significados bem distintos. Convém, pois, esclarecer que, no presente estudo, a dialética será entendida em seu sentido original, encontrada na filosofia clássica e, sobretudo, em Aristóteles: “[...] quando Aristóteles se refere à dialética, fá-lo com frequência de acordo com a acepção tradicional do termo, ou seja, entendendo por dialética a arte ou técnica da argumentação a partir de premissas opináveis e, tanto quanto possível, verossímeis” (ALMADA, 2006, p. 51).

dialogicidade constituem os traços essenciais do raciocínio tópico desde a filosofia clássica, como bem ilustra o parágrafo inaugural dos *Tópicos* – tratado dedicado por Aristóteles ao estudo da dialética<sup>9</sup>:

O propósito deste tratado é descobrir um método que nos permita raciocinar, a partir de opiniões de aceitação geral, acerca de *qualquer problema que se apresente diante de nós e nos habilite, na sustentação de um argumento, a nos esquivar da enunciação de qualquer coisa que o contrarie* (ARISTÓTELES, 2005, p. 347, grifo nosso).

Busca-se, portanto, na tópica, a solução para o problema proposto, a partir de uma argumentação dialética, baseada em premissas não necessariamente verdadeiras, mas de ampla aceitação, ou seja *verossímeis*. Como explica Almada (2006, p. 51)),

Nesta primitiva acepção, a dialéctica surge como técnica da argumentação e como uma forma ou método de proceder nas investigações filosóficas. Seria, além disso, característico do dialéctico o seu modo dialógico de proceder, fazendo perguntas e oferecendo respostas [...].

E, na tópica, a argumentação dialética tem, como ponto de partida, *topoi* ou *loci* – isto é lugares-comuns, pontos de vista de ampla aceitação –, os quais poderão ser como possíveis premissas para a obtenção de uma solução razoável para o problema que inicialmente se apresenta. Parte-se, pois, de pontos de vista razoáveis – os *topoi* – em busca de uma solução razoável para o problema, aí residindo uma diferença crucial entre os raciocínios tópico e lógico-dedutivo, uma vez que este

---

<sup>9</sup> A dialética é um dos temas mais recorrentes no pensamento aristotélico e, por isso mesmo, um estudo aprofundado envolveria uma visita a todas as obras do estagirita. (ALMADA, 2006, p. 49-50). Entretanto, o tema é tratado, sobretudo, nos *Tópicos* e nas *Refutações Sofísticas*, sendo ambas as obras integrantes do *Órganon*.

último parte de *premissas verdadeiras* rumo a *conclusões também verdadeiras*<sup>10</sup>. Nessa toada, explica Ferraz Júnior (1994, p. 326):

Os conceitos e as proposições básicas dos procedimentos dialéticos, estudados na Tópica aristotélica, constituíam não axiomas nem postulados de demonstração, mas *topoi* de argumentação, isto é lugares (comuns), fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões. A tópica, assim, estaria a serviço de *ars disputationis*, caso em que as conclusões a que se chega valem pelo efeito obtido, sendo, pois, mais importante, uma bem feita elaboração das premissas.

Percebe-se, pois, que o raciocínio tópico envolve um embate entre opiniões, em que se utilizam os *topoi* com vistas a solucionar, de modo adequado, o problema inicial. Nessa esteira, Aristóteles constrói uma verdadeira filosofia da dialética e elabora, nos *Tópicos*, um extenso catálogo de *topoi* utilizáveis na argumentação dialógica. Por sua vez, entre os romanos, Cícero, após tomar contato com a tópica aristotélica, desenvolve também sua própria análise da tópica, imprimindo-lhe, porém, um enfoque distinto e tratando-a como uma *práxis* da argumentação<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Com base, aliás, nas premissas utilizáveis no raciocínio, Aristóteles diferenciará o *silogismo demonstrativo* do *silogismo dialético*: “O silogismo é um discurso argumentativo no qual, uma vez formuladas certas coisas, alguma coisa distinta destas coisas resulta necessariamente através delas pura e simplesmente. O silogismo é *demonstração* quando procede de *premissas verdadeiras e primárias* ou tais que tenhamos extraído o nosso conhecimento original delas através de premissas primárias e verdadeiras. O *silogismo dialético* é aquele no qual se raciocina a partir de *opiniões de aceitação geral*. São verdadeiras e primárias as coisas que geram convicção através de si mesmas e não através de qualquer outra coisa, pois, no que toca aos primeiros princípios da ciência, faz-se desnecessário propor qualquer questão adicional quanto ao *por que*, devendo cada princípio por si mesmo gerar convicção. *Opiniões de aceitação geral*, por outro lado, são *aquelas que se baseiam no que pensam todos, a maioria ou os sábios, isto é, a totalidade dos sábios, ou a maioria deles, ou os mais renomados e ilustres entre eles*” (ARISTÓTELES, 2005, p. 347-348, grifo nosso).

<sup>11</sup> A propósito, explica Viehweg (1979, p. 31, grifo do autor): “Aristóteles [...] projetou em sua tópica uma *teoria da dialética*, entendida como arte da discussão [...] para a qual ofereceu um catálogo de topoi estruturado de forma flexível e capaz de prestar consideráveis serviços à *práxis* (sic). Isto interessou a Cícero. Este entendeu a tópica como uma *práxis [sic] da argumentação*, a qual maneja um catálogo de topoi que ele esquematizou bastante. Enquanto *Aristóteles* trata, em primeiro lugar, ainda que não de modo exclusivo, de formar uma teoria, *Cícero* trata de aplicar um catálogo de topoi já pronto. Àquele interessam essencialmente as causas; a este, em troca, os resultados”.



A tópica, em verdade, teve considerável importância no pensamento ocidental na Antiguidade<sup>12</sup> e na Idade Média, caindo no esquecimento a partir da modernidade, sobretudo em razão do forte prestígio recebido pela filosofia cartesiana. Ocorre que, não obstante, na filosofia aristotélica, houvesse lugar tanto para o raciocínio dialético, ora analisado, quanto para o *analítico* – de cunho *demonstrativo, dedutivo* –, no pensamento cartesiano, apenas este último será considerado *racional*. Com efeito, Descartes alçará o raciocínio dedutivo, espelhado na matemática<sup>13</sup>, ao posto de modelo da racionalidade em geral, abandonando, pois, como ilógico, o pensamento dialético, baseado no confronto de opiniões e fundado em proposições verossímeis. Como observam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 1-2),

[...] a concepção claramente expressa por Descartes, na primeira parte do *Discurso do método* era a de considerar ‘quase como falso tudo quanto era apenas verossímil. Foi ele que, fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que, a partir de idéias claras e distintas, estendiam, mercê de provas apodícticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas. O raciocínio *more geometrico* era o modelo proposto aos filósofos desejosos de construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência.

Deveras, na esteira de Descartes, a modernidade acaba por abandonar a dialética clássica<sup>14</sup>, tendo havido, a partir de então, na filosofia ocidental uma restrição da

<sup>12</sup> É certo, por exemplo, que os juristas romanos estavam familiarizados com a arte dialética, que empregavam rotineiramente em sua atividade prática. Como explica Villey (2005, p. 72-73, grifo nosso): “O ‘método de interpretação’ – ou melhor, de elaboração do direito – dos juristas clássicos é, em essência, conforme ao ensinamento de Aristóteles: recurso aos textos provenientes quer da tradição jurisprudencial (*jus civile*), quer do pretor, dos comícios ou do Senado; e, contudo, caso seja necessário, correção do texto em nome da *equidade*, noção aristotélica; *livre investigação dialética, confrontação das opiniões dos grandes juristas e das escolas de jurisprudência; atenção às circunstâncias, uso da casuística* (quaestiones; casus); tentativa de encontrar regras que manifestem a justiça e a coerência das decisões, mas desconfiança em relação às regras, que jamais atingem o justo e não devem ser confundidas com o *direito*”.

<sup>13</sup> A razão cartesiana, escreve Corbisier (1994, p. 53), é “[...] a razão matemática que, no plano do pensamento, extrai, ou deduz, as idéias umas das outras, com a certeza de que, sendo essas idéias claras e distintas e achando-se dispostas em ordem contínua e ininterrupta, devem necessariamente corresponder à ordem em que se acham dispostas as próprias coisas”.

<sup>14</sup> O termo *dialética* voltará, contudo, a ser empregado em sentidos distintos daquele clássico por autores modernos, de que são exemplos Hegel e Marx.

racionalidade ao dedutivismo. Afinal, o conhecimento assumirá a forma de um sistema *more geometrico*, no qual não há lugar para a dialética e a controvérsia, tão caras à práxis jurídica:

Desse ideal cartesiano do conhecimento desaparecem as antigas ferramentas que antes ocupavam tanto lugar na escolástica e na vida prática do direito: a dialética – a controvérsia em torno de problemas. A dedução torna-se soberana, reinará até no *direito* (VILLEY, 2005, p. 603).

A tópica é, pois, deixada de lado pela filosofia ocidental com o advento da modernidade. Entretanto, com a crise do positivismo jurídico, Viehweg colocará novamente em destaque o pensamento tópico. Como afirma Camargo (2003, p. 141),

Um significado especial para o direito tem a obra de Theodor Viehweg. O autor resgata da antigüidade clássica o modelo jurídico utilizado pelos romanos, especialmente o dos pretores e jurisconsultos, atribuindo-lhes uma dimensão bastante atual. Sua tese é a de que a forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas, para então extrair princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não se perdeu, apesar de toda ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos.

Com efeito, a obra de Viehweg resgata a dimensão problemática e dialética do direito, tal como enfatizada pelos antigos jurisconsultos. E, ao propor a aplicação da tópica no âmbito jurídico, coloca novamente em foco a dialética clássica, abandonada pela filosofia moderna. O estudo de Viehweg se inicia com uma alusão ao pensador napolitano Giambattista Vico, que, em sua dissertação *De nostre temporis studiorum ratione*<sup>15</sup>, analisava o “novo” método científico da modernidade – oriundo da filosofia cartesiana –, em comparação ao “antigo” – a tópica:

---

<sup>15</sup> Publicada em 1708, cinquenta e oito anos após a morte de Descartes, o qual não é nominalmente citado por Vico (VIEHWEG, 1979, p. 19-20).

*Vico* refere-se às *scientiarum instrumenta*, portanto, aos métodos científicos, caracterizando o antigo como o *retórico* (tópico) e o moderno como o *crítico*. O primeiro é uma herança da Antiguidade, transmitida sobretudo por Cícero; o segundo, diz-se habitualmente, é chamado cartesianismo, ou seja, o modo de pensar que *Descartes* representa de maneira relevante [...] *Vico* caracteriza o método novo (crítica) da seguinte maneira: o ponto de partida é um *primum verum*, que não pode ser eliminado nem mesmo pela dúvida. O desenvolvimento ulterior se dá à maneira da Geometria, isto é, segundo os ditames da primeira ciência demonstrativa que conhecemos. Portanto, na medida do possível, através de longas cadeias dedutivas (*sorites*). Em sentido contrário, o método antigo (tópica) assim se caracteriza: o ponto de partida é o *sensus communis* (senso comum, *common sense*), que manipula o verossímil (*verisimilia*), contrapõe pontos de vista conforme os cânones da *tópica* retórica e sobretudo trabalha com uma rede de silogismos (VIEHWEG, 1979, p. 20, destaques originais).

Eis, portanto, uma distinção importante, entre o modo como são articulados os raciocínios moderno, de matriz cartesiana, e tópico: o primeiro é elaborado a partir de *cadeias de silogismos sucessivos*, as *sorites*; o segundo se desenvolve por meio de uma *rede* ou *teia* de silogismos construídos a partir de opiniões verossímeis. Viehweg prossegue em sua alusão a *Vico*:

As vantagens do procedimento novo localiza-se [sic], segundo *Vico*, na agudeza e na precisão (caso o *primum verum* seja mesmo um *verum*); as desvantagens, porém, parecem predominar. Elas consistem na perda em penetração, estiolamento da fantasia e da memória, pobreza da linguagem, falta de amadurecimento do juízo, em uma palavra: depravação do humano. Tudo isto, porém, segundo *Vico*, pode ser evitado pelo antigo método retórico e, especialmente, pela sua peça medular, a *tópica retórica*. Esta proporciona sabedoria, desperta a fantasia e a memória e ensina como considerar um estado de coisas de ângulos diversos, isto é, como descobrir uma trama de pontos de vista. Deve-se intercalar, diz *Vico*, o antigo modo de pensar tópico com o novo, pois este sem aquele na verdade não se efetiva [...] (VIEHWEG, 1979, p. 21, grifo nosso).

Percebe-se, pois, malgrado o abandono da *tópica* ao longo do avançar da modernidade, a importância atribuída por *Vico* ao pensamento tópico, ante a manifesta insuficiência do raciocínio demonstrativo de inspiração cartesiana.

A partir daí, Viehweg passa a analisar a *tópica*, como estilo de raciocínio dialético, sempre focado no problema. Como acentua o autor, “O ponto mais importante da

tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o *problema*” (VIEHWEG, 1979, p. 33). E a solução para o problema será encontrada mediante a confrontação dialética de pontos de vista de aceitação geral – os *topoi*. Nessa toada, a função dos *topoi* será a de intervir no debate, orientando a solução do problema<sup>16</sup>, o qual, aliás, confere-lhes todo o sentido:

A função dos *topoi*, tanto gerais como especiais<sup>17</sup>, consiste em servir a uma discussão de problemas [...] Os *topoi*, que intervêm com caráter auxiliar, recebem por sua vez seu sentido a partir do problema. À vista de cada problema aparecem como adequados ou inadequados, conforme um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Devem ser entendidos de um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento assevera (VIEHWEG, 1979, p. 38).

Prestam-se, pois, os *topoi* a permitir a solução do problema proposto. No dizer de Ferraz Júnior (2006, p. 23), “*Topoi* ou lugares comuns são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão”. Constituem eles pontos de partida para séries argumentativas por meio dos quais será possível obter-se uma solução para o problema proposto.

E, uma vez que parte sempre de um problema concreto, o pensamento tópico pressupõe um movimento intelectual inverso àquele levado a efeito no raciocínio dedutivo: neste, parte-se de enunciados gerais considerados verdadeiros – as premissas –, a fim de nelas enquadrar-se um caso particular; naquele, parte-se do

<sup>16</sup> Segundo Viehweg (1979, p. 34), “Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução”.

<sup>17</sup> Fala-se, aqui, em *topoi* gerais e especiais. Ocorre que os pontos de vista argumentativos podem ser divididos entre aqueles aplicáveis a todo e qualquer problema possível e aqueles cuja utilização é restrita a algumas disciplinas: “Não só há *topoi* que são universalmente aplicáveis – dos quais tratam Aristóteles, Cícero e seus sucessores – como também há outros que são aplicáveis apenas a um determinado ramo [...] Os primeiros são aplicáveis a todos os problemas apenas pensáveis e representam generalizações muito amplas, enquanto que os segundos servem só para um determinado círculo de problemas. Não obstante, sua função em ambos os casos é a mesma” (VIEHWEG, 1979, p. 37, grifo do autor).

problema concreto para que, com o auxílio dos *topoi*, sejam encontradas premissas adequadas a sua solução. A tópica é, por conseguinte, um meio de busca de premissas, rumando sempre do particular ao geral. Confirmam-se, neste ponto, as observações de Viehweg (1979, p. 39-40):

A tópica é um procedimento de busca de premissas, conforme sublinhou Cícero, ao diferenciá-la, como *ars inveniendi*, da lógica demonstrativa ou *ars judicandi* [...] Isto tem pleno sentido. Pois é possível distinguir uma reflexão que busca o material para pensar, de outra que se ajusta à lógica. É igualmente claro que na prática esta última deve vir depois daquela. Vista dessa maneira, a tópica é uma meditação prológica, pois, como tarefa, a *inventio* é primária e a *conclusio* secundária. A tópica mostra como se acham as premissas; a lógica recebe-as e as elabora.

Viehweg refere-se, também, aos *catálogos de topoi*<sup>18</sup>, isto é, às coleções de lugares-comuns de argumentação – tais como aquelas elaboradas, na Antiguidade, por Aristóteles e Cícero –, salientando, porém, que as séries argumentativas obteníveis por meio da tópica são de pequeno alcance, o que decorre da permanente vinculação ao problema:

Quando se forma um catálogo dos topoi admissíveis, produz-se, no desenvolvimento ulterior do pensamento, conforme se pretendia, um vínculo lógico. Todavia, não podemos estendê-lo demasiadamente. Como antes dizíamos [...] a constante vinculação ao problema só permite conjuntos de deduções de curto alcance. É preciso que haja a possibilidade de os interromper a qualquer momento à vista do problema. O modo de pensar problemático é esquivo às vinculações. Porém, não pode tampouco renunciar por completo a elas. Pelo contrário, tem um interesse especial em estabelecer determinadas fixações. A ninguém é dado conduzir uma prova objetiva sem lograr estabelecer com seu interlocutor, pelo menos, um círculo balizado pelo entendimento comum [...] Os topoi e os catálogos de topoi têm, em consequência, uma extraordinária importância no sentido da

---

<sup>18</sup> Tais catálogos integram, no dizer de Viehweg, a *tópica de segundo grau*. Ocorre que, para a solução de um determinado problema, pode-se recorrer a dois níveis de tópica distintos. A tópica de primeiro grau corresponderia a pontos de vista mais ou menos casuais, escolhidos arbitrariamente e que se revelem úteis no momento; trata-se dos *topoi* normalmente utilizados na vida diária. Já a tópica de segundo grau, mais elaborada, consiste em um repertório de ponto de vista já anteriormente preparado, constante de um catálogo (VIEHWEG, 1979, p. 36).

fixação e da construção de um entendimento comum (VIEHWEG, 1979, p. 41).

Com efeito, a tópica não busca a construção de um raciocínio sistematizado, mas tão-somente a elaboração de séries argumentativas – as *redes* ou *teias* argumentativas, mencionadas acima – que conduzam a uma solução para o problema proposto. Os *topoi*, ao se apresentarem como pontos de partida para a argumentação, permitem um entendimento comum a partir do qual se desenvolverá a discussão. Entretanto, como se parte sempre do problema em busca das premissas, não há espaço para se falar em longas cadeias dedutivas<sup>19</sup>, mas apenas na busca de uma solução razoável para o problema. Oportuno é aqui, o seguinte escólio de Ferraz Júnior (1994, p. 328, grifo do autor):

Os pontos de vista referidos, chamados *loci*, *topoi*, lugares comuns, constituem pontos de partida de séries argumentativas, em que a razoabilidade das opiniões é fortalecida. Como se trata de *séries* argumentativas, o pensamento tópico não pressupõe nem objetiva uma totalidade sistematizada. Parte de conhecimentos fragmentários ou de problemas, entendidos como alternativas para as quais se buscam soluções. O problema é assumido como um *dado*, como algo que dirige e orienta a argumentação, a qual culmina numa solução *possível entre outras*.

Neste ponto, deve ser enfatizada a distinção entre o modo de pensar tópico e o *sistemático*. No primeiro, a ênfase é colocada no problema proposto, orientando-se todo o raciocínio para sua solução; no segundo, busca-se a construção de uma totalidade logicamente coerente. Destarte, no pensamento tópico, as premissas apenas ganham relevância em vista da possibilidade de orientarem a solução do

---

<sup>19</sup> Aí reside uma importante diferença entre o modo de pensar tópico e o dedutivo: com efeito, em um raciocínio dedutivo, pode-se partir de um número limitado de premissas para, a partir delas, desenvolverem-se amplas cadeias de silogismos; em um raciocínio tópico, parte-se de um problema concreto em busca de premissas adequadas, não havendo, pois, lugar para longas cadeias dedutivas. Nesse sentido, observa Viehweg (1979, p. 40): “Um modo de pensar que dispõe de um tesouro relativamente pequeno e constante de últimas premissas pode desenvolver amplas deduções em cadeia (sorites), enquanto que aquele em que a busca de premissas não termina nunca tem que se contentar com conclusões curtas”.

problema e as conclusões a que se chega somente têm valor enquanto soluções. De outra banda, no raciocínio sistemático, o que se busca é a organicidade, a coerência interna, a ordenação da totalidade das proposições integrantes do sistema.

E, quando se enfrenta uma determinada situação problemática, os resultados obtidos ao se colocar a ênfase no sistema ou no problema são absolutamente distintos. Observem-se, primeiramente, as conseqüências de se enfatizar o *sistema*:

Se colocarmos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: no caso extremo de que só existisse um sistema (A), através dele poder-se-iam agrupar todos os problemas em solúveis e insolúveis, e estes últimos poderiam ser desprezados como meros problemas aparentes, posto que uma prova em contrário só seria possível a partir de um outro sistema distinto (B). O mesmo poderia dizer-se, no caso de que existissem vários sistemas A, B, C, etc. [sic]. Cada um deles selecionaria seus próprios problemas A', B', C' etc. e abandonaria o resto. *Em outras palavras: a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas* (VIEHWEG, 1979, p. 34, grifo nosso).

Portanto, no raciocínio que procede do sistema, este seleciona seus problemas, de tal sorte que as situações que a ele não se amoldem são simplesmente desprezadas. Nesse caso, portanto, não se confere maior relevância à solução do problema, enfatizando-se, ao revés, o enquadramento da situação concreta no sistema; logo, a eventual “solução” encontrada corresponderá, forçosamente, à mera consequência lógica do correto enquadramento do problema. Observe-se agora o que ocorre ao se enfatizar o problema:

Acontece o contrário se colocamos o acento no problema: *este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução*. Se existisse um único sistema A que declarasse o nosso problema insolúvel (como mero problema aparente), seriam necessários outros sistemas para a sua solução. O mesmo poderia dizer-se no caso de que existissem vários sistemas A, B, C etc. Se nenhum deles permitisse encontrar a solução, seriam necessários outros sistemas, caso em que o caráter do problema permaneceria sempre confirmado. Em outras palavras, a ênfase no problema opera uma seleção de sistemas, sem que se demonstre a sua compatibilidade a partir de um sistema. Os sistemas (aqui, no sentido de

deduções) podem ser de pequena ou de ínfima extensão (VIEHWEG, 1979, p. 35, grifo nosso).

O sistema, pois, é selecionado em vista de sua utilidade para a solução do problema. E, como já referido, tal solução corresponde a uma entre muitas possíveis, prestando-se a argumentação dialética à busca da *mais razoável* entre as várias alternativas existentes. E, como não pode, a rigor, ser considerada *verdadeira* do ponto de vista lógico-formal, mas tão-somente verossímil<sup>20</sup>, ganha relevância o emprego dos *topoi*. Deveras, uma vez que o raciocínio tópico não aspira à certeza formal, obtida demonstrativamente, situando-se no campo do verossímil, sobreleva-se a importância de se empregarem no debate pontos de vista de ampla aceitação, que servirão de base para o diálogo argumentativo.

Um outro aspecto do raciocínio tópico a ser destacado refere-se à flexibilidade argumentativa por ela proporcionada. Com efeito, é absolutamente possível, embora não tão frequente, que *topoi* antes amplamente aceitos deixem de o ser:

[...] os topoi e os catálogos de topoi oferecem um auxílio muito apreciável. Porém o domínio do problema exige flexibilidade e capacidade de alargamento. Também para isto se pode manejar o catálogo de topoi não sistematizado de uma disciplina qualquer. Pois o repertório é elástico. Pode ficar grande ou tornar-se pequeno. Em caso de necessidade, os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis. A observação ensina, contudo, que isto é muito mais difícil e raro do que se pode supor,

---

<sup>20</sup> Com efeito, “[...] as premissas fundamentais se legitimam pela aceitação do interlocutor. Orientamo-nos pela efetiva ou previsível oposição do adversário. Em consequência, tudo o que é aceito sempre e em toda parte considera-se como fixado, como não discutido e, pelo menos neste âmbito, até mesmo como evidente. Desta maneira, as premissas qualificam-se, à vista do respectivo problema, como ‘relevantes’, ‘irrelevantes’, ‘admissíveis’, ‘inadmissíveis’, ‘aceitáveis’, ‘defensáveis’ ou ‘indefensáveis’ etc. Inclusive graus intermediários, como ‘difícilmente defensável’ ou ‘ainda defensável’, encontram aqui e só aqui sentido. O *debate permanece, evidentemente, a única instância de controle e a discussão de problemas mantém-se no âmbito daquilo que Aristóteles chamava dialético*. O que em disputa ficou provado, em virtude de aceitação, é admissível como premissa. Isto pode parecer inicialmente muito arriscado. Porém é menos inquietante se se tem em conta que os que disputam dispõem de um saber que já experimentou prévia comprovação, seja ela qual for, e que entre pessoas razoáveis só pode contar com aceitação se tiver um determinado peso específico (VIEHWEG, 1979, p. 42, grifo nosso).



pelo menos em determinados campos. Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado (VIEHWEG, 1979, p. 42).

Todavia, sobretudo em tais situações de crise, a tópica apresenta um interessante potencial *interpretativo*, que corrobora seu caráter flexível:

[...] o modo de pensar tópico presta um auxílio muito valioso sob a forma de *interpretação*. Com ela, abrem-se novas possibilidades de entendimento melhor, sem lesar as antigas. Acontece assim que se mantêm as fixações já efetuadas, submetendo-as a novos pontos de vista, que frequentemente se produzem em uma conexão completamente distinta e tornam possível que se dê às velhas fixações um novo rumo. Não dizemos que toda interpretação o faça, mas sim que pode fazê-lo. A interpretação constitui uma parte da tópica extraordinariamente apropriada nas mencionadas mudanças de situação (VIEHWEG, 1979, p. 42).

Pode-se dizer que essas são as características essenciais do raciocínio tópico. E, com efeito, não é difícil perceber a ampla semelhança desse estilo de pensamento com o raciocínio do jurista. Como se sabe, o operador do direito é rotineiramente desafiado por novas situações da vida, que a ele se apresentam de forma problemática, cabendo-lhe, pois, a busca de uma solução para o caso concreto. Ora, na *práxis* jurídica, o fenômeno jurídico não se haverá de esgotar na pura e simples aplicação de normas positivas a fatos concretos – como sustenta o positivismo –, pois, com efeito, ante a necessidade – ressurgida no Pós-Guerra – de se aproximar *direito* e *justiça*, impõe-se a busca de soluções justas e adequadas aos casos concretos.

Ao propor a aplicação do pensamento tópico ao direito, Viehweg analisa o *ius civile* romano e o *mos italicus* medieval para afirmar o caráter problemático e assistemático de ambos. Referindo-se ao primeiro, começa por afirmar que “Para um espírito sistemático, o *ius civile* constitui, como é sabido, uma desilusão bastante grande” (VIEHWEG, 1979, p. 45). Com efeito,

O jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumentos. Vê-se, por isto, necessitado de desenvolver uma *techne* adequada. Pressupõe irrefletidamente um nexos que não pretende demonstrar, porém dentro do qual se move. Essa é a postura fundamental da tópica (VIEHWEG, 1979, p. 48).

Destacam-se, assim, o caráter sistemático do *ius civile* e a impossibilidade de se concebê-lo como um sistema dedutivo:

A predominância do problema atua no sentido de os conceitos e as posições que vão se desenvolvendo não poderem ser submetidos a uma sistematização. Perde-se sua intenção peculiar quando se tenta levá-los a um entendimento sistemático e se quer interpretá-los, sem mais nem menos, como proposições sistemáticas ou algo parecido, sem indicar o critério sistemático utilizado. Porém, quanto mais precisamente se concebe o sistema como um conjunto de fundamentos, mais claramente se pode ver sua contraposição com o espírito que existe aqui. Seus conceitos e suas proposições têm que ser entendidos como partes integrantes de um pensamento tópico. Sua vinculação com o problema impede um desdobramento do pensamento que seja conseqüentemente lógico e há que evitar precisamente aquilo que conduz ao sistema dedutivo, se se quer conservar a proximidade dos problemas (VIEHWEG, 1979, p. 50).

Semelhantemente, afirma Viehweg que “Da jurisprudência medieval pode dizer-se o mesmo que do *ius civile*: que se orientava para o problema e que tinha, portanto, que desenvolver uma *techne* adequada para isso” (VIEHWEG, 1979, p. 62). Surge, porém, no medievo, uma peculiaridade: recebe-se por herança uma literatura oriunda da Antiguidade, a reclamar adaptação para a vida da época. Outrossim, o contato com os textos antigos dá ensejo a duas ordens de problemas:

[...] há dois problemas que têm uma importância muito especial na literatura científica da Idade Média, ainda que não ultimamente na literatura jurídica. O primeiro problema pergunta o que fazer quando os textos se contradizem; o segundo dirige-se, mais ou menos conscientemente, a determinar como se pode estabelecer uma adequada correlação de situações. Em ambos os casos, a *ars inveniendi* e, portanto, a tópica, têm de servir como meio auxiliar. A tarefa conjunta denomina-se exegese ou interpretação. Sua importância se acentua de uma maneira especial num momento em que, ao

final, se recorre ao velho estilo. Sem interpretação, não há jurisprudência! (VIEHWEG, 1979, p. 62-63)

E, mais adiante, assevera Viehweg, tratando do espírito do jurista medieval:

A medula do espírito descrito, seja ensinando, seja opinando, continua situada na discussão por problemas [...] Cada problema tem que ser considerado como uma articulação do problema básico da justiça, para que toda a problemática não seja algo sem sentido (VIEHWEG, 1979, p. 68).

Após aprofundar-se em suas considerações históricas, conclui o autor:

A tópica prestou, como vimos, grandes serviços à jurisprudência<sup>21</sup>. Porém [...] faz que a jurisprudência não possa converter-se em um método, pois só pode chamar-se método um procedimento que seja lógica e rigorosamente verificável e crie um nexu unívoco de fundamentos, quer dizer, um sistema dedutivo (VIEHWEG, 1979, p. 71).

A conclusão de Viehweg é a de que a ciência jurídica é, por sua própria natureza, problemática, estruturando-se ao redor de um problema central: a *aporia fundamental da justiça*. Trata-se de uma busca dialética do que seja o *justo*, sendo certo que este é um conceito sempre problemático e mutável: busca-se, pois, o justo aqui e agora. É essa questão central, que permanece invariavelmente viva, que dá sentido a todo o direito e que orienta a atividade dialética de seus operadores:

[...] trata-se simplesmente da questão do que seja justo aqui e agora. Esta questão na jurisprudência, a menos que se possam mudar as coisas, é iniludível [...] Esta questão irrecusável e sempre emergente é o problema fundamental de nosso ramo do saber. Como tal, domina e informa toda a disciplina (VIEHWEG, 1979, p. 88).

---

<sup>21</sup> O termo *jurisprudência* é aqui empregado como sinônimo de 'ciência jurídica', e não de decisões reiteradas dos tribunais.

Viehweg ressalta que há determinadas ciências que, por partirem de determinados princípios de reconhecida solidez, podem se desenvolver como sistemas integralmente dedutivos, o que, entretanto, não ocorre com o direito. Com efeito, a disciplina jurídica não parte de princípios primeiros, mas de uma aporia fundamental, que sempre se renova. Destarte, trata-se o direito de um ramo do conhecimento de caráter permanentemente problemático, apenas compreensível a partir da tópica. Como afirma o autor,

[...] enquanto algumas disciplinas podem encontrar alguns princípios objetivos e seguros e efetivamente fecundos em seu campo, e por isto são sistematizáveis, há outros, em contrapartida, que são não-sistematizáveis, porque não se pode encontrar em seu campo nenhum princípio que seja ao mesmo tempo seguro e objetivamente fecundo. Quando este caso se apresenta, só é possível uma discussão problemática. O problema fundamental previamente dado torna-se permanente, o que, no âmbito do atuar humano, não é coisa inusitada. Nessa situação encontra-se, evidentemente, a jurisprudência [...] Pois bem, se é certo que a tópica é a *techne* do pensamento problemático [...], a jurisprudência, como uma *techne* que está a serviço de uma aporia, deve corresponder à tópica nos pontos essenciais (VIEHWEG, 1979, p. 88).

Pode-se mesmo afirmar que o caráter flexível e problemático da ciência jurídica permite a sobrevivência de determinadas ordens jurídico-positivas por muito tempo, não obstante profundas mudanças ocorridas na realidade social que elas pretendem reger. Com efeito, ante as mudanças ocorridas na realidade concreta, surge para o aplicador do direito a necessidade de buscar uma constante adaptação e flexibilização dos conceitos e institutos jurídicos, a qual põe em relevo o caráter permanentemente problemático do fenômeno jurídico. Como explica Ferraz Júnior (1994, p. 329),

[...] o que garante a permanência de uma ordem jurídica em face de certos câmbios sociais no correr do tempo é justamente este estilo flexível em que os problemas são pontos de partida que impedem o enrijecimento das normas interpretadas. A própria interpretação dos fatos exige o estilo tópico, pois os fatos de que cuida o aplicador do direito, sabidamente, dependem das versões que lhes são atribuídas. Ademais, o uso da linguagem

cotidiana, com sua falta de rigor, suas ambigüidades e vagezas, condiciona o jurista a pensar topicamente. Por isso, no seu raciocínio, ele sabe, de algum modo, que não há sistema em si que possa resolver todos os problemas jurídicos.

Neste ponto, aliás, é conveniente uma referência à crítica de Viehweg ao comum apego dos juristas ao aspecto puramente *semântico* da linguagem, estando a tópica, com sua ênfase na argumentação dialógica, profundamente relacionada ao nível lingüístico *pragmático*<sup>22</sup>. Deveras, em virtude do pensamento semântico, cria-se a ilusão de que o sentido do direito no caso concreto – o justo *hic et nunc* – decorreria do simples estabelecimento do significado da literalidade dos textos jurídicos, quando, na verdade, tal sentido apenas poderia emergir da argumentação dialética. O padrão semântico de pensamento, diz Viehweg (1979, p. 103-104, grifo nosso),

[...] conduz o jurista prático, de muitas maneiras, à convicção de que aquilo que *in casu hic et nunc* deve ser averiguado como justo, emerge, com suficiente certeza, em última análise, do significado das palavras do texto jurídico em tela. Pois supõe que este significado estaria, em suma, fixado para sempre, devendo ser captado não apenas em sua mútua influência com outros, mas também num esforço solitário. *Já a opinião contrária vê numa tal convicção uma simplificação, bastante tentadora, é verdade, mas não permitida.* Esta última afirma que todo aquele que participa da práxis jurídica sabe que o fenômeno jurídico cotidiano se desenvolve de outro modo: *aquilo que, aqui e agora, no caso jurídico, é aceito como justo, emerge de uma situação comunicativa altamente complexa, a qual ocorre com a ajuda de textos jurídicos.*

A solução jurídica para um caso concreto deve surgir, portanto, a partir de um discurso situacional, voltado para o problema, no qual será utilizada a argumentação dialética:

---

<sup>22</sup> Viehweg adota, aqui, a divisão do estudo da linguagem em três níveis: sintático, semântico e pragmático: o primeiro diz respeito às relações dos signos lingüísticos entre si; o segundo às relações entre estes e seus significados; o terceiro, por fim, diz respeito a uma relação situacional havida entre os signos e os participantes do discurso (VIEHWEG, 1979, p. 101).

No que se refere à *lógica*, a inclinação para o pensamento situacional e pragmático aconselha, claramente, a preferência pela *dialógica* como forma lógica. Pois essa formula a correção das inferências dentro da situação discursiva, dela não se afastando. Permanece ligada ao discurso e é, por isso, de há muito conhecida dos retóricos e juristas. Ela não nos deixa esquecer, sobretudo, que no discursar e no contraditar se manifestam ações lingüísticas. Estas submetem-se, como ataque e defesa, a um procedimento rigoroso de argumentação, no qual dois partidos aparecem, num estilo retórico, como proponente, contraditor, defensor ou oponente. Aquele que consegue, em proveito próprio, responder a todos os lances do opositor, se torna o vencedor do diálogo ou, como também se diz, o detentor de uma estratégia de vitória (VIEHWEG, 1979, p. 105).

Os *topoi* atuam, nesse contexto, como auxiliares da argumentação jurídica focada no problema. Pode ocorrer, inclusive, de serem expressamente incorporados aos textos legais<sup>23</sup>, o que, porém, não é indispensável. Com efeito, quando se admitem, por exemplo, como *fontes do direito* a lei, a doutrina, a jurisprudência etc., está-se a reconhecer, implicitamente, tais fontes como catálogos de *topoi* utilizáveis no raciocínio jurídico. Esta constatação deixa claro, aliás, que o direito não pode ser reduzido à aplicação de normas positivas a fatos do mundo empírico, porquanto os *topoi* adotados na solução dos problemas jurídicos não estão limitados ao direito positivo<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> Consulte-se, nesse ponto, Ferraz Júnior (2006, p. 23, grifo do autor): “Assim, por exemplo, na moderna teoria jurídica da interpretação, em contraste com a doutrina predominante no século passado, na sua primeira metade, a flexibilidade interpretativa das leis em oposição ao princípio da interpretação literal, pode ser visto como um *topos* da hermenêutica atual. No caso do direito, os *topoi* aparecem, inclusive, no próprio texto legal, como, por exemplo, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que dispõe: ‘Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum’. Tanto a noção de ‘fins sociais’ quanto a de ‘bem comum’ são, do ponto de vista da pragmática, noções tópicas que, no caso, *devem*, orientar o discurso aplicativo da lei. A presença de *topoi*, no discurso, dão [...] à estrutura uma flexibilidade e abertura característica, pois sua função é antes a de ajudar a construir um quadro problemático, mais do que resolver problemas. Outros *topoi* da argumentação jurídica são a imparcialidade do juiz, a noção de interesse, a noção de boa-fé, a presunção de inocência, até prova em contrário etc”.

<sup>24</sup> Observe-se, apenas ilustrativamente, o que ocorre no arbitramento de uma indenização por danos morais. É, de fato, comum afirmar-se que a indenização contempla uma “dupla finalidade, isto é, a de *punir pelo ato ilícito cometido* e, de outra [sic] lado, a de *reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado*” (STJ, AgRg no REsp 746.477/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 12/12/2008, grifo nosso). Ora, como facilmente se percebe, as funções punitiva e compensatória da indenização constituem *topoi* a orientar a solução do problema proposto, consagradas pela tradição jurisprudencial brasileira, não obstante não decorram de expressa previsão legal.

Pode-se, pois, concluir, a partir do até aqui exposto, ser absolutamente profícua a aplicação da tópica no âmbito do direito, em razão do carácter permanentemente problemático deste, o que atrai a necessidade do emprego de argumentação dialética. Com efeito, permite a tópica que, por meio de raciocínios dialéticos, se chegue às soluções – decisões – mais justas para os casos concretos – problemas – trazidos à apreciação do julgador. Torna-se possível, destarte, uma aproximação entre direito e justiça, pela via da argumentação, o que destaca a importância da *retórica* no direito.

### 1.2.1 A propósito de um sistema de direito

Após as considerações tecidas acima, convém ponderar se, uma vez adotada uma concepção tópica do direito, não estaria de todo rechaçada a ideia de um *sistema* de direito. Com efeito, já foram ressaltados o carácter eminentemente problemático do pensamento tópico e seu distanciamento em relação ao raciocínio que procede das deduções escalonadas, à maneira cartesiana. Poder-se-ia, pois, daí concluir ser o direito incompatível com a ideia de sistema? A resposta, segundo aqui se entende, há de ser negativa.

É certo que a tópica rejeita de todo a ideia de que o direito consistiria em um sistema *more geometrico*, construído a partir de deduções lógicas<sup>25</sup>. É incompatível,

---

<sup>25</sup> Tal concepção de sistema subjaz, por exemplo, à famosa *genealogia dos conceitos*, de Puchta: “O que PUCHTA [...] entende por ‘genealogia dos conceitos’ não é, assim, outra coisa senão a pirâmide dos conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal. PUCHTA entende que possui o ‘conhecimento sistemático’ reclamado por ele quem ‘consegue seguir, tanto no sentido ascendente como no descendente, a proveniência de cada conceito através de todos os termos médios, que participam na sua formação’ [...] A ideia de PUCHTA é a seguinte: cada conceito superior autoriza certas afirmações (por ex., o conceito de direito subjectivo é de que se trata de ‘um poder sobre um objecto’); por conseguinte, se um conceito inferior se subsumir ao superior, valerão para ele, ‘forçosamente’ todas as afirmações que se fizerem sobre o conceito superior (para o crédito, como uma espécie de direito subjectivo, significa isto, por ex., que ele é ‘um poder sobre um objecto que esteja sujeito à vontade do credor e que se poderá então vislumbrar, ou na pessoa do devedor, ou no comportamento devido por este último’). A ‘genealogia dos conceitos’ ensina, portanto, que o

portanto, com a tópica, a concepção de um sistema jurídico em que, de conceitos primários, podem ser obtidos, por simples operação dedutiva, conceitos secundários. Afirma, pois, Viehweg (1979, p. 80):

É indiscutível que no âmbito jurídico a unidade sistemática é, em linhas gerais, algo antecipado. Dificilmente é possível assinalar até que ponto ela existe efetivamente, ainda que seja de um modo, por assim dizer, parcial e aproximado [...] O tecido jurídico total que efetivamente encontramos não é um sistema no sentido lógico. É antes uma indefinida pluralidade de sistemas, cujo alcance é muito diverso – às vezes não passa de escassas deduções – e cuja relação recíproca não é tampouco estritamente comprovável [...].

De fato, seria difícil crer que, mediante simples operação dedutiva, fosse possível extrair todo o conteúdo de um sistema jurídico a partir de um *primum verum*, ao estilo do geômetra. Essa constatação, porém, não é exclusiva da moderna tópica jurídica; o próprio Kelsen, ao tratar do direito como normatividade pura, já chegara a conclusão semelhante ao vislumbrar neste último um sistema *dinâmico*<sup>26</sup>. Nessa

---

conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através do seu conteúdo” (LARENZ, 1997, p. 24-25).

<sup>26</sup> Kelsen entende o ordenamento jurídico como um sistema escalonado de normas positivas, as quais encontram seu fundamento de validade em normas superiores e, por sua vez, fundamentam a validade de normas inferiores; nessa toada, ao se percorrer todo o sistema em sentido ascendente, chegar-se-ia à norma fundamental pressuposta, fundamento último de validade de toda a ordem normativa. No caso do direito positivo, porém, as normas superiores, porém, não determinam o *conteúdo* das normas inferiores, o qual apenas é estabelecido por um ato de vontade da autoridade competente. Repousa aí a distinção entre sistemas *estático* e *dinâmico*. Nessa esteira, sobre os sistemas estáticos, assevera Kelsen (2000, p. 163-165): “as normas são ‘válidas’, e isso significa que presumimos que os indivíduos cuja conduta seja regulada pelas normas ‘devem’ se conduzir do modo prescrito pelas normas em virtude do conteúdo destas: seu conteúdo tem uma qualidade imediatamente evidente que garante sua qualidade [...] As normas possuem esta qualidade porque são deriváveis de uma norma fundamental [...] Normas tais como ‘não debes mentir’, ‘não debes enganar’, ‘debes ser fiel à tua promessa’, são deduzíveis de uma norma geral que prescreve a honestidade [...] É essencial apenas que as várias normas de qualquer sistema sejam deduzíveis da norma fundamental, assim como o particular é deduzível do geral, e que, portanto, todas as normas particulares de tal sistema sejam obteníveis por meio de uma operação intelectual, a saber, pela inferência do particular ao geral”. A situação é distinta, porém, em um sistema dinâmico: “Suas várias normas não podem ser obtidas por meio de qualquer operação intelectual. A norma fundamental apenas estabelece certa autoridade, a qual, por sua vez, tende a conferir poder de criar normas a outras autoridades. As normas de um sistema dinâmico têm de ser criadas através de atos de vontade pelos indivíduos que foram autorizados a criar normas por alguma norma superior [...] A norma fundamental de um sistema dinâmico é a regra básica de acordo com a qual devem ser



toada, não se poderia simplesmente *extrair* as normas infraconstitucionais das constitucionais, mediante operações dedutivas: do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), por exemplo, não é possível deduzir-se toda a legislação processual vigente por intermédio de raciocínios demonstrativos – embora, obviamente, a legislação infraconstitucional criada pelo legislador deva *conformar-se* às normas constitucionais e *concretizar* os objetivos estabelecidos pelo constituinte. Vê-se, pois, que o direito não pode consistir num sistema se por tal palavra se pretender designar um conjunto de normas extraídas dedutivamente umas das outras.

Todavia, segundo aqui se entende, não se pode afirmar que o direito seja algo assistemático, nem que as normas jurídicas não componham um sistema. Por sua vez, a tópica, ao enfatizar o caráter problemático do direito, não necessariamente importa em *negar* a existência de um sistema jurídico. Como afirma Perelman (2004, p. 130),

O recurso aos tópicos jurídicos não se opõe nem um pouco à idéia de um sistema de direito, mas antes à aplicação rígida e irrefletida das regras de direito. Permite, ao contrário, o desenvolvimento de argumentos jurídicos, de controvérsias, em que, tendo sido evocados todos os pontos de vista, poderá ser tomada uma decisão ponderada e satisfatória.

---

criadas as normas do sistema” (KELSEN, 2000, p. 165). O ordenamento jurídico seria, assim, um sistema dinâmico, afinal “As normas jurídicas não são válidas por terem, elas próprias, ou a norma básica, um conteúdo cuja força de obrigatoriedade seja auto-evidente. Elas não são válidas por causa de um atrativo que lhes é inerente. As normas jurídicas podem ter qualquer tipo de conteúdo [...] Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo uma regra definida, e apenas em virtude disso” (KELSEN, 2000, p. 165-166). E arremata Kelsen (p. 167, grifo nosso): “A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva nada mais é que a regra básica de acordo com a qual as várias normas da ordem devem ser criadas [...] *As normas particulares da ordem jurídica não podem ser logicamente deduzidas a partir dessa norma fundamental, como pode a norma ‘ajude o próximo quando ele precisar de ajuda’ ser deduzida da norma ‘ame o próximo’.* Elas têm de ser criadas por um ato especial de vontade, e não concluídas a partir de uma premissa por meio de uma operação intelectual”. A conceito de validade kelseniano – que não se refere ao conteúdo das normas, mas apenas ao modo como foram produzidas – não é, aqui, adotado. Entretanto, concorda-se aqui com o pensador austríaco em relação ao fato de as normas positivas inferiores não poderem ser simplesmente “extraídas” das superiores mediante dedução.

Deveras, diversamente de negar o sistema em si mesmo, a tópica permite conceber o direito como um *sistema aberto*, de carácter problemático. Por isso mesmo, Viehweg alude a um *sistema tópico*:

Este sistema é tomado da retórica. Permanece estruturalmente conectado à retórica e é restrito a um sistema argumentativo. Está orientado para os problemas. Para solucionar certos problemas, tanto no campo da investigação como no da dogmática, oferece uma combinação de pontos de vista (*topoi*) que são discutidos<sup>27</sup> (VIEHWEG, 1997, p. 127, tradução nossa).

E o autor prossegue:

O sistema tópico está em permanente movimento. Suas formulações respectivas indicam meramente os estados progressivos da argumentação ao tratar de problemas particulares. O sistema pode razoavelmente ser chamado um sistema aberto, já que sua discussão, é dizer, seu enfoque de um problema particular, está aberta a novos pontos de vista. Com respeito a seu conteúdo, renuncia à noção de um argumento final ou definitivo, mas recomenda um método de argumentação que não procede dedutivamente, mas dialogicamente. Sua *ultima ratio* é o discurso razoável (*vernünftiges Reden*)<sup>28</sup> (VIEHWEG, 1997, p. 127, tradução nossa).

Pode-se conceber o direito, portanto, como um sistema aberto, que jamais perde seu carácter problemático e está sempre em movimento. De qualquer modo, à luz da tópica, é certo que a *ênfase* do raciocínio jurídico deve ser posta no problema – algo

---

<sup>27</sup> Texto original: “Este sistema es tomado de la retórica. Permanece estructuralmente conectado con la retórica y es restringido a un sistema argumental. Está orientado a los problemas; es decir, es un todo organizado de acuerdo con los problemas. Para solucionar ciertos problemas, tanto en el campo de la investigación como en el de la dogmática, ofrece una combinación de puntos de vista (*topoi*) que son discutidos” (VIEHWEG, 1997, p. 127).

<sup>28</sup> Texto original: “El sistema topico está en permanente movimiento. Sus formulaciones respectivas indican meramente los estadios progresivos de la argumentación al tratar problemas particulares. El sistema puede razonablemente ser llamado un sistema abierto ya que su discusión, es decir, su enfoque de un problema particular, está abierta a nuevos puntos de vista. Com respecto a su contenido, renuncia a la noción de un argumento final o definitivo pero recomienda un método de argumentación que no procede deductivamente sino dialógicamente. Su *ultima ratio* es el discurso razonable (*vernünftiges Reden*)” (VIEHWEG, 1997, p. 127).

dado, a reclamar solução –, e não no sistema em si mesmo. Convém, aqui, repisar este ponto: no raciocínio tópico, não se parte do sistema para nele enquadrar o problema; ao revés, toma-se o problema como ponto de partida para, então, mediante o embate dialético de teses, extrair-se do sistema a solução respectiva – a mais razoável, entre as várias possíveis.

### 1.2.2 Críticas usuais à tópica jurídica

Não se poderia deixar de fazer referência, por fim, a algumas críticas usualmente feitas à tópica de Viehweg pelos estudiosos da argumentação jurídica. Tais críticas, conforme enumeradas por Atienza (2006, p. 52-57, *passim*), podem ser assim sintetizadas: (a) os termos *tópica*, *problema* e *topos* seriam ambíguos e imprecisos; (b) a contraposição entre as formas tópica e sistemática de pensamento seria exagerada; (c) a modernidade não teria abandonado a tópica em virtude do predomínio da lógica formal, como sustenta Viehweg, mas sim em virtude das assim chamadas *teorias analíticas*; (d) a tópica não penetraria na estrutura profunda dos argumentos e raciocínios jurídicos, limitando-se a analisá-los de forma superficial e a oferecer um repertório de pontos de vista utilizáveis na argumentação; (e) a tópica não ofereceria uma teoria completa da argumentação jurídica; (f) a jurisprudência jamais teria sido totalmente orientada pelo raciocínio tópico; e (g) não obstante a referência de Viehweg à aporia fundamental da justiça, a tópica não forneceria um método para a discussão racional do conceito de justo. Tecem-se, a seguir, alguns comentários sobre tais críticas.

No que atina à crítica indicada como *a*, afirma Atienza (2006, p.52):

Para começar, por ‘tópica’, na obra de Viehweg e na de seus seguidores, pode-se entender pelo menos três coisas diferentes [...]: 1) uma técnica de

busca de premissas; 2) uma teoria sobre a natureza das premissas e 3) uma teoria sobre o uso dessas premissas na fundamentação jurídica.

Ora, como anteriormente indicado, a tópica era concebida por Aristóteles como uma forma de raciocínio destinada à solução de quaisquer problemas pensáveis, a partir de premissas de aceitação geral. Nessa esteira, os silogismos dialéticos eram diferenciados dos demonstrativos em razão da natureza das premissas de que partiam: seriam dialéticos se tais premissas fossem *verossímeis* e demonstrativos se elas fossem formalmente *verdadeiras*. Portanto, não é de se estranhar que a tópica se apresente tanto como uma técnica de busca de premissas como uma teoria acerca da natureza mesma dessas mesmas premissas: com efeito, quando se dispõe, previamente, de premissas formalmente verdadeiras, o raciocínio a ser utilizado não será o tópico, de natureza dialética, mas o analítico, de cunho dedutivo. De outra banda, é certo que, se a tópica pretende ser uma técnica de raciocínio capaz de solucionar quaisquer problemas possíveis, é natural que se aplique não apenas a casos jurídicos – podendo-se, assim, falar em *tópica jurídica* –, mas também a problemas oriundos de outros campos do conhecimento.

Nessa toada, todos os aspectos acima indicados de fato *integram* a tópica. Portanto, segundo aqui se entende, não há que se falar em *ambigüidade* do termo *tópica*, mas, ao revés, em *abrangência*.

Semelhantemente, refere-se Atienza à crítica da ambigüidade do termo *problema*:

A noção de *problema* é, na melhor hipótese, excessivamente vaga, pois 'a mera concessão de importância prioritária ao pensamento de problemas não basta, por si mesma, para caracterizar, de forma unívoca nem excessivamente original, uma direção metodológica ou uma teoria do Direito' (Garcia Amado, 1988, pág. 114). Para isso seria necessário, entre outras coisas – o que falta na obra de Viehweg e na de seus sucessores –, 'uma caracterização que deveria ser dotada de uma especificidade maior do que a que supõe a identificação maior de 'problema' com toda questão que admita mais de uma resposta, como vimos ser o entendimento de Viehweg' (*ibid.*, p. 114) (ATIENZA, 2006, p. 52-53).

O pensamento por problemas é, efetivamente, o ponto característico da tópica, sendo certo que o problema é algo dado previamente e que desperta a perplexidade de quem com ele se defronta. Novamente, a suposta vaguidade da noção de problema, menos que imprecisão, parece indicar a própria abrangência da tópica – que abarca tanto as questões jurídicas quanto as oriundas de outros campos do conhecimento. Ante tal abrangência, parece, de fato suficiente a definição de Viehweg (1979, p. 34):

Para nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução.

Pode-se dizer o mesmo, enfim, da suposta ambiguidade da noção de *topos*, criticada por Atienza nos seguintes termos:

O conceito de *topos* foi historicamente equívoco (e o é também nos escritos de Aristóteles e Cícero) e é usado em vários sentidos: como equivalente a argumento, como ponto de referência para a obtenção de argumentos, como enunciados de conteúdo e como formas argumentativas (ATIENZA, 2006, p. 53).

Deveras, novamente a questão parece ser de abrangência, e não de ambigüidade. Os *topoi*, consoante já referido, são entendidos como pontos de vista de aceitação geral, que orientam a solução do problema. É certo, porém, que, no contexto de um embate argumentativo, basta que um dos contraditores se utilize de um determinado *topos* na sustentação de uma tese para que tal ponto de vista adquira, na discussão, o sentido de um argumento. E, a partir daí, o opositor poderá, por exemplo, questionar a aceitabilidade do *topos* utilizado ou suscitar sua inaplicabilidade à situação concreta em análise.

Por outro lado, dada a grande amplitude da tópica, não se deve estranhar que os *topoi* possam apresentar diferentes níveis de especificidade ou concretude de conteúdo uns em relação aos outros. Considere-se, por exemplo, que, no contexto da fixação de uma indenização por danos morais, surja no debate o seguinte *topos*, plasmado no art. 5º da LICCB: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se destina e às exigências do bem comum”. Trata-se, evidentemente, de um enunciado de maior generalidade e que orientará a busca de argumentos com vistas à definição das finalidades sociais da lei a ser aplicada. Pode-se, pois, com base em novos *topoi*, de maior concretude e encontradiços na doutrina e na jurisprudência, argumentar no sentido de extrair, como finalidades sociais dos arts. 927 e 944 do CC/02, os escopos compensatório e punitivo do *quantum* indenizatório. Por fim, com base nesses *topoi*, será possível a busca de novos argumentos que permitam a fixação *in concreto* do montante da indenização. Percebe-se, pois, a partir deste singelo exemplo, que, em todos os níveis da argumentação, o operador do direito se vale de tópicos argumentativos, utilizados tanto como argumentos em si mesmos, quanto como meios de busca de novos argumentos. Tais *topoi*, por sua vez, apresentam níveis distintos de concretude de conteúdo, o que é absolutamente natural no desenvolvimento da série argumentativa.

Por fim, nada há de errado ou inconveniente em se utilizar o termo *topoi* para a designação de formas argumentativas. Quando assim se procede, quer-se, em verdade, fazer referência a um determinado ponto de vista ou máxima de aceitação geral expressa por um determinado tipo de argumento. Assim, por exemplo, pode-se tanto aludir ao *topos* “quem pode o mais pode o menos” – de reconhecida aceitação no direito – quanto à espécie argumentativa correspondente, qual seja, o argumento *a maiori ad minus*.

Discorda-se, pois, das críticas à suposta *ambiguidade* da tópica jurídica, não se negando, de modo algum, seu caráter *abrangente*.

A crítica indicada como *b*, por sua vez, diz respeito ao exagero da contraposição entre o pensamento tópico e o sistemático. A propósito, afirma Atienza (2006, p. 53):

O mínimo que se pode dizer é que Viehweg exagera na contraposição entre pensamento tópico e pensamento sistemático (quer dizer, lógico-dedutivo), que sua noção de sistema axiomático ou de dedução é mais estreita que as utilizadas pelos lógicos e que estes não parecem ter maior inconveniente em reconhecer a importância da tópica no raciocínio (concretamente, no raciocínio jurídico), mas sem que isso signifique prescindir da lógica.

Talvez seja, de fato, verdade, que a contraposição inicial entre a tópica e o pensamento sistemático, estabelecida por Viehweg em *Tópica e Jurisprudência*, seja, de fato excessiva. Entretanto, é o próprio autor quem, posteriormente, refere-se a *sistema tópico* e *sistema aberto* – confira-se, a propósito, o item 1.2.1 *supra*. Seja como for, a constatação de eventuais excessos de Viehweg na contraposição das formas sistemática e problemática de raciocínio não infirmam, de modo, algum, a tópica jurídica, mas, pelo contrário, corrobora a constante necessidade dos operadores do direito de recorrerem aos tópicos jurídicos.

Já a crítica indicada por *c* diz respeito às causas do abandono da tópica jurídica pela modernidade. Afirma-se, em síntese, que o esquecimento da tópica a partir da modernidade decorreria não do predomínio do pensamento lógico formal, mas do surgimento das assim chamadas *teorias analíticas*, que teriam ensejado o desprestígio da própria lógica formal. A propósito, afirma Atienza (2006, p. 54):

[...] Na opinião de Lorenzen, a lógica formal caiu no esquecimento precisamente em nome da ciência; isso porque a nova ciência não partia de um modelo axiomático, que é o que está mais intimamente ligado à lógica formal; 'Esse tipo ideal da teoria axiomática foi substituído por outro tipo de teoria, quer dizer, o da chamada teoria analítica [...] Ao contrário da geometria euclidiana, a teoria analítica da eletrodinâmica não começa com axiomas, ou seja, com algumas proposições acessíveis à razão, e sim com algumas equações matemáticas, as chamadas equações diferenciais. Nada disso parece ter relação com as operações lógico-formais. A lógica escolástica pareceu, para a ciência moderna, ser um instrumento adequado apenas para discussões verbais estéreis' (Lorenzen, 1973, págs. 16-7) [sic] [...] É óbvio que, se essa interpretação é correta, cai por terra a tese de Viehweg de que, a partir da modernidade, o método tópico ou retórico foi substituído pelo método axiomático-dedutivo. A decadência da tópica teria sido, pelo contrário, um fenômeno paralelo ao esquecimento da lógica.

Deve-se ressaltar, porém, que, como já referido – item 1.1 *supra* –, a ciência moderna se desenvolve, inicialmente, sob forte influência do pensamento cartesiano, caracterizado pelo predomínio da lógica formal e do raciocínio matematizante. Descartes pretende construir uma nova ciência, que encontra sua referência na matemática, conforme escreve Corbisier (1994, p. 125):

[...] Os paradigmas, os modelos a serem seguidos não são os filósofos, que se extraviaram, mas os matemáticos, 'únicos que encontraram algumas demonstrações, razões certas e evidentes'. Não se trataria, a rigor, de constituir uma 'matemática universal', empregando a palavra matemática em sentido restrito, mas, como já observamos, de descobrir, em todos os domínios do conhecimento, a ordem, a regularidade, do mesmo modo que (assim como) os matemáticos a descobriram no domínio que lhes é próprio.

Mais adiante, afirma o autor:

Toda ciência, porém, tem uma linguagem que lhe é própria, que a caracteriza. Qual será a linguagem da nova ciência, que Descartes pretende inventar? Esse novo léxico é a álgebra, que o leva a designar as potências por números e as quantidades por letras, que representam quantidades conhecidas e quantidades desconhecidas, ou incógnitas [...] Tratava-se, pois, de substituir as operações aritméticas por construções geométricas, fixando uma unidade de medida que permitisse chegar às construções que substituíssem as quatro operações e a extração da raiz quadrada (CORBISIER, 1994, p. 125-126).

Pode-se, pois, questionar se as posteriores teorias analíticas, ao invés de representarem um abandono da lógica formal, não corresponderiam a uma consequência do próprio desenvolvimento da razão moderna cartesiana, que, de forma clara, a prestigiava. Deveras, não seriam as modernas teorias analíticas tributárias do pensamento matematizante de Descartes, ainda que dele possam ter se distanciado posteriormente? Essa espécie de questionamento, por certo, foge aos escopos do presente trabalho. Todavia, é certo que, mesmo que se concorde com a tese de Lorenzen, acima sintetizada por Atienza, deve-se ponderar que a



discussão sobre as causas do abandono da tópica pela modernidade, por si só, não chega a infirmar a importância do pensamento tópico no âmbito jurídico.

Por seu turno, as críticas *d* e *e*, acima indicadas, em verdade, se complementam. Dizem respeito ao fato de a tópica não se aprofundar na estrutura dos raciocínios jurídicos e – por isso mesmo – não oferecer uma teoria completa da argumentação jurídica. Afirma, pois, Atienza (2006, p. 55):

[...] a tópica por si só não pode dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica. A tópica não permite ver o papel importante que a lei (sobretudo, a lei), a dogmática e o precedente desempenham no raciocínio jurídico; ela fica na estrutura superficial dos argumentos padrões e não analisa a sua estrutura profunda, permanecendo num nível de generalidade que está distante do nível da aplicação como tal do Direito.

Outrossim, não obstante sua compatibilidade com algumas teorias da argumentação, a tópica de Viehweg não poderia ser considerada, em si mesma, “uma teoria autêntica ou suficiente da argumentação” (ATIENZA, 2006, p. 56).

Neste ponto, pode-se concordar, em parte com a crítica. Diz-se, aqui, *em parte* porque, em seu estudo, Viehweg não pretende elaborar uma teoria completa da argumentação, nem, portanto, penetrar na estrutura dos argumentos jurídicos. A proposta de Viehweg é a de sustentar o caráter tópico do direito, e apenas isso. Confira-se, a propósito, o modo como o autor inicia a introdução de *Tópica e Jurisprudência*:

A presente dissertação pretende ser uma contribuição à pesquisa de base da Ciência do Direito. Trata-se de analisar a estrutura da jurisprudência de um ângulo até agora pouco observado, permanecendo-se ciente, entretanto, dos limites da empresa. Deve-se restringir a uma consideração dos fundamentos e deixar de lado, provisoriamente, uma investigação histórica independente (VIEHWEG, 1979, p. 19).

Portanto, Viehweg de fato não elabora uma teoria da argumentação jurídica, pois esse não é o seu objetivo. Ao revés, o autor se limita a sustentar a natureza problemática e dialética do raciocínio jurídico, sendo certo que sua concepção deve ser, de fato, complementada por uma teoria da argumentação. E, segundo aqui se entende, essa complementação pode ser oferecida pela *nova retórica* de Perelman, analisada no tópico a seguir.

No que se refere à crítica indicada como *f*, assim se manifesta Atienza (2006, p. 56):

[...] o que Viehweg propõe não é modificar, e sim conservar o estilo de pensamento tópico que se pode encontrar na jurisprudência [...] por um lado, é bastante provável que o estilo ou método do pensamento jurídico não tenha sido nunca puramente tópico, como quer que se entenda essa expressão. E, por outro lado, não parece tampouco ter muito sentido defender uma jurisprudência (tanto no sentido de ciência jurídica quanto no de resultado ou atividade da aplicação do direito pelos tribunais) que não conte com outros guias além dos que lhe podem ser fornecidos pela tópica.

De fato, a tese de Viehweg caminha no sentido da *preservação* da tópica no âmbito do direito. Com efeito, malgrado seu significativo esquecimento nos estudos jurídicos na modernidade e o formalismo predominante até o Pós-Guerra, a tópica subsiste como um estilo típico da *práxis* jurídica. Por isso mesmo, diz Viehweg, a tópica *irrompe* no sistema jurídico, em razão das atividades de interpretação e aplicação do direito positivo, do uso da linguagem natural e, por fim, da qualificação jurídica dos fatos ocorridos no mundo empírico (VIEHWEG, 1979, p 81-83, *passim*).

No que tange à crítica formulada, segundo aqui se entende, a tópica jurídica não parece, de modo algum, *excluir* completamente o raciocínio lógico-formal do âmbito do direito, mas sim *ênfatizar* o cunho *predominantemente* dialético dessa argumentação. O caráter tópico do pensamento jurídico é, aliás, realçado pelo constante emprego de determinadas formas argumentativas não oriundas da lógica formal:

A frequente presença de raciocínios analógicos indica usualmente a falta de um sistema lógico perfeito. Do mesmo modo, a qualificação dos raciocínios é um indício do espírito a que servem. Assim, por exemplo, os nomes dos argumentos *a simili*, *a contrario*, *a maiore ad minus*, *etc.*, que se consideram como argumentos especiais da lógica jurídica [...], procedem da tópica (VIEHWEG, 1979, p. 40).

Por derradeiro, no que se refere à falta de um método para a discussão racional da justiça – crítica “g” acima referida –, afirma-se que as referências à justiça encontradas em *Tópica e Jurisprudência*

[...] não parecem significar outra coisa senão afirmar que a jurisprudência deve buscar soluções *justas* a partir de conceitos e proposições extraídos da própria *Justiça*. Mas isso só pode ser qualificado, na melhor das hipóteses, como uma trivialidade que, evidentemente, não contribui muito para fazer avançar a jurisprudência ou a teoria do raciocínio jurídico. O problema, naturalmente, não consiste em fazer proclamações vazias sobre a Justiça, e sim em criar algum tipo de método – ou pelo menos algum elemento de controle – que permita discutir racionalmente as questões de Justiça (ATIENZA, 2006, p. 55).

Aqui, deve-se ter em vista que a tópica jurídica realmente não propõe um *método* para a conceituação da Justiça. Ao revés, ela pressupõe que o direito conserve sempre seu caráter problemático, mantendo viva a *aporia fundamental da Justiça*, sobre a qual ele se funda. Apenas no bojo da argumentação dialética, focada no problema e orientada por *topoi*, será possível a descoberta da solução mais justa à luz do caso concreto. A tópica não pretende sistematizar, de forma estanque e definitiva, o conteúdo da ideia de justiça, mas apenas orientar a busca de *soluções justas para cada problema concreto*.

Deve-se ressaltar, aqui, que a tópica teve o mérito de abrir caminho para o desenvolvimento de importantes reflexões acerca da argumentação jurídica, como é o caso da nova retórica de Perelman, que, por certo, complementa a tópica de Viehweg.

### 1.3 A NOVA RETÓRICA E SUA APLICAÇÃO AO DIREITO

Tal como Viehweg, Perelman também escreve no contexto do pós-guerra, em que se recoloca em discussão o problema da relação entre direito e justiça. Assim, em 1945, publica seu primeiro trabalho acerca do problema da justiça, no qual esta é analisada sob um ponto de vista puramente *formal*. Em tal trabalho, Perelman chega à conclusão de que a justiça, se vista sob um prisma meramente formal, corresponderia ao critério básico da igualdade, segundo o qual devem-se tratar igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Entrementes, não seria possível a um estudo formal estabelecer *conteúdos* para a ideia de justo, nem indicar *a priori* os critérios para o discernimento entre as situações iguais e as desiguais. Destarte, os conteúdos da ideia de justiça, absolutamente variáveis e dependentes de um contexto histórico e social, teriam de ser fornecidos por um sistema normativo, e, portanto, seriam eminentemente arbitrários<sup>29-30</sup>.

Perelman, porém, não se satisfaz com essa primeira conclusão. Comentando-a, em escrito posterior, afirma o jusfilósofo:

---

<sup>29</sup> Confirmam-se, aqui, as palavras do próprio autor: “A justiça é uma noção prestigiosa e confusa. Uma definição clara e precisa desse termo não pode analisar a fundo o conteúdo conceitual, variável e diverso, que seu uso cotidiano poderia fazer aparecer. Definindo-a, não se pode pôr em foco senão um único aspecto da justiça ao qual se quereria reportar todo o prestígio desta, tomada no conjunto de seus usos. Para evitar tal inconveniente, a análise da justiça se aterá a pesquisar a parte comum a diversas concepções da justiça, parte que, evidentemente, não esgota todo o sentido dessa noção, mas que é possível definir de forma clara e precisa. Essa parte comum, chamada justiça formal, permite-nos dizer quando um *ato* é considerado justo. A justiça de um ato consiste na igualdade de tratamento que ele reserva a todos os membros de uma categoria essencial. Essa igualdade, por sua vez, da regularidade do ato, do fato de que coincide com uma conseqüência de uma determinada regra de justiça [...] É infinitamente mais delicado definir uma noção que possibilite dizer quando uma *regra* é justa. A única exigência que se poderia formular acerca da regra é que não seja arbitrária, mas se justifique, decorra de um sistema normativo. Mas um sistema normativo, seja ele qual for, contém sempre um elemento arbitrário, o valor afirmado por seus princípios fundamentais que, eles, não são justificados. Esta última arbitrariedade, é logicamente impossível evitá-la” (PERELMAN, 2005, p. 66-67).

<sup>30</sup> Comentando essa primeira abordagem perelmaniana da justiça, afirma Camargo (2003, p. 195): “[...] apesar da estrutura lógica de uma justiça formal, apresentada por Perelman como a única justiça possível segundo o parâmetro da igualdade, o autor rompe com a postura positivista-kelseniana e vê o ordenamento jurídico firmado sobre uma pauta valorativa [...] Logo, os princípios gerais de um sistema, em vez de afirmarem o que é, determinam o que vale, mas de forma arbitrária e não fundamentalmente lógica, como quer Kelsen quando apresenta a sua norma fundamental”.

[...] em 1944, quando escrevi esse primeiro estudo sobre a justiça, considerava os juízos de valor inteiramente arbitrários. Mas essa resposta, que equivale à renúncia a qualquer filosofia prática, não podia satisfazer-me, pois significava abandonar às emoções, aos interesses e, no final das contas, à violência o controle de todos os problemas relativos à ação humana, especialmente à ação coletiva, todos aqueles relacionados tradicionalmente com a moral, o direito e a política (PERELMAN, 2004a, p. 137).

A partir daí, Perelman interessa-se por encontrar uma *lógica dos juízos de valor*, que não os relegasse ao mero arbítrio de cada um<sup>31</sup>. Entretanto, a nova pesquisa por ele desenvolvida, com a colaboração de Lucie Olbrechts-Tyteca, traz à tona a conclusão de que, efetivamente, não há uma lógica própria aos juízos de valor. Com efeito, sobre os resultados dessas investigações, comenta Perelman (2004a, p. 138, grifo do autor):

[...] Ela nos conduziu, após quase dois anos de trabalho, à conclusão inesperada de que não havia lógica específica dos juízos de valor, mas que, nas áreas examinadas, bem como em todas aquelas em que se trata de opiniões controvertidas, quando se discute e delibera, recorre-se a técnicas de argumentação. Estas têm sido analisadas desde a antiguidade por todos que se interessavam pelo discurso que visa persuadir e convencer e publicaram obras intituladas *Retórica*, *Dialética* e *Tópicos*.

Desperta-se, pois, o interesse de Perelman pelo estudo da argumentação, que o levará a desenvolver, juntamente com sua colaboradora, uma ampla pesquisa, cujo resultado será a publicação, em 1958, do *opus magnum* *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique* (Tratado da argumentação: a nova retórica). Surge, assim, a *nova retórica*, como uma escola de pensamento voltada para a argumentação dialética e que oferecerá importantíssimas contribuições à filosofia do direito.

---

<sup>31</sup> São suas palavras: "Para elaborar uma lógica assim, pareceu-me que o melhor seria inspirar-me no método utilizado pelo célebre lógico alemão Gottlob Frege para renovar a lógica formal. Partindo da idéia de que se encontram nas deduções matemáticas as melhores amostras de um raciocínio lógico, ele analisou suas técnicas para distinguir os procedimentos daqueles que, não se contentando com um recurso à intuição e a evidência, procuram demonstrar seus teoremas de forma rigorosa. Uma análise analógica, a partir de raciocínios que implicassem valores, não deveria permitir elaborar aquilo a que se poderia chamar uma lógica dos juízos de valor?" (PERELMAN, 2004a, p. 138).

Em seu Tratado, Perelman e Olbrechts-Tyteca desenvolverão uma teoria da argumentação, cujo objeto consistirá no “[...] estudo das técnicas discursivas que permitem *provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento*” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 4). Outrossim, pode-se afirmar que a nova retórica e a tópica jurídica de Viehweg consolidam uma reabilitação da retórica e da dialética clássicas. Aqui, é necessário um esclarecimento: não obstante o termo *retórica*, deve-se enfatizar que a nova retórica afigura-se inegavelmente relacionada à *dialética* de Aristóteles. É o que esclarecem os próprios autores:

Nossa análise concerne às provas que Aristóteles chama de dialéticas, examinadas por ele nos *Tópicos*, e cuja utilização mostra na *Retórica*. Essa evocação da terminologia de Aristóteles teria justificado a aproximação da teoria da argumentação à dialética, concebida pelo próprio Aristóteles como a arte de raciocinar a partir de opiniões geralmente aceitas (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 5).

Não obstante o parentesco direto de sua pesquisa com a dialética clássica, os autores optam pelo termo *retórica*, primeiramente em razão das múltiplas acepções adquiridas pela palavra *dialética* na filosofia moderna:

Várias razões, porém, incentivaram-nos a preferir a aproximação à retórica. A primeira delas é o risco de confusão que essa volta a Aristóteles poderia trazer. Pois se a palavra *dialética* serviu, durante séculos, para designar a própria lógica, desde Hegel e por influências nele inspiradas ela adquiriu um sentido muito distante de seu sentido primitivo, geralmente aceito na terminologia filosófica contemporânea. Não ocorre o mesmo com a palavra *retórica*, cujo emprego caiu em tamanho desuso, que nem sequer é mencionada no vocabulário de filosofia de A. Lalande. Esperamos que nossa tentativa fará reviver uma tradição gloriosa e secular (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 5)<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Como afirma Camargo (2003, p. 201), “Perelman propositalmente não resgata o termo dialética, por considerá-lo suficientemente explorado pelos filósofos da modernidade e que lhe atribuíram significado diverso, preferindo o termo ‘retórica’. O que Perelman pretende é reabilitar a retórica renovando sua tradição à luz da questão dos juízos de valor”.

Em verdade, a retórica e a dialética clássicas estão bastante relacionadas. Entretanto, na retórica, a argumentação dialética é utilizada com fins de *persuasão do interlocutor*<sup>33</sup>, aí residindo uma segunda razão para a opção dos autores de se reaproximarem da retórica clássica:

Mas outra razão, muito mais importante, a nosso ver, motivou nossa escolha: é o próprio espírito com o qual a Antiguidade se ocupou de dialética e de retórica. O raciocínio dialético é considerado paralelo ao raciocínio analítico, mas trata do verossímil em vez de tratar de proposições necessárias. A própria idéia de que a dialética concerne a opiniões, ou seja, a teses às quais se adere com uma intensidade variável, não foi aproveitada. Dir-se-ia que o estatuto do opinável é impessoal e que as opiniões não são relativas aos espíritos que a elas aderem. Em contrapartida, essa idéia de adesão e de espíritos aos quais se dirige um discurso é essencial em todas as teorias antigas da retórica. Nossa aproximação desta última visa a enfatizar o fato de que *é em função de um auditório que qualquer argumentação se desenvolve*. O estudo do opinável dos *Tópicos* poderá, nesse contexto, inserir-se em seu lugar (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 5-6).

Portanto, Perelman e sua colaboradora desenvolvem uma teoria voltada à persuasão e ao convencimento<sup>34</sup>. Nessa esteira, destacam como necessário à argumentação a existência de um *contato dos espíritos*: não basta, com efeito, para o desenvolvimento da argumentação, a existência de uma linguagem comum entre os interlocutores (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 17); mais do que isso, são indispensáveis uma valorização da pessoa do intelocutor e uma espécie de disposição pessoal para a participação no processo argumentativo. Como afirmam os próprios autores,

---

<sup>33</sup> Consoante explica Almada (2006, p. 52), “[...] os dialéticos estão também aparentados com os retóricos, apesar de se distinguirem destes pelo intuito especulativo que orienta a investigação dialética, enquanto que a retórica obedece apenas a finalidades de ordem prática, sem outro fim que não seja a persuasão do interlocutor”.

<sup>34</sup> Interessante destacar que, na terminologia da nova retórica, a *persuasão* e o *convencimento* assumem sentidos diversos: “Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 31).

[...] para argumentar, é preciso ter apreço pela adesão do interlocutor, pelo seu consentimento, pela sua participação mental. Portanto, às vezes é uma distinção apreciada ser uma pessoa com quem outros discutem [...] Cumpre observar, aliás, que querer convencer alguém implica sempre certa modéstia da parte de quem argumenta, o que ele diz não constitui uma 'palavra do Evangelho', ele não dispõe dessa autoridade que faz com que o que diz seja indiscutível e obtém imediatamente a convicção. Ele admite que deve persuadir, pensar nos argumentos que podem influenciar seu interlocutor, preocupar-se com ele, interessar-se por seu estado de espírito (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 19).

A teoria da argumentação de Perelman pressupõe a existência de duas figuras essenciais: o *orador* e seu *auditório*. O primeiro corresponde àquele que argumenta e o segundo, ao interlocutor ou aos interlocutores que se pretende convencer ou persuadir. O auditório é uma categoria fundamental na construção perelmaniana, sendo definido como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação” (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 22). Trata-se em verdade de uma *construção do orador*, sendo, pois, importantíssimo que essa construção seja a mais próxima possível da realidade, já que o orador, para conseguir a adesão do auditório, deve a ele adaptar-se.

Distinguem-se, na nova retórica, três espécies fundamentais de auditórios, formados, respectivamente, pela humanidade inteira ou a totalidade dos seres humanos racionais – denominado *auditório universal* -, por um interlocutor singular com quem se argumenta e, por fim, pelo próprio orador, quando este desenvolve deliberações íntimas. Mas é, sobretudo, o auditório universal que receberá de Perelman especial atenção: neste, o orador intenta dirigir-se à generalidade dos homens racionais, supondo que qualquer pessoa que tome contato com o discurso desenvolvido aderirá à tese nele sustentada. Sobre o auditório universal, afirmam Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 35):

Trata-se, evidentemente, nesse caso, não de um fato experimentalmente provado, mas de uma universalidade e de uma unanimidade que o orador imagina, do acordo de um auditório que deveria ser universal, pois aqueles que não participam dele podem, por razões legítimas, não ser levados em consideração.



Consiste, pois, o auditório universal não em “uma questão de fato, mas de direito”<sup>35</sup> (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 35). E o melhor exemplo de auditório universal é aquele ao qual se dirige o filósofo ao defender suas teses: deveras, o pensador tem plena ciência de que nem todos terão acesso a seus trabalhos; não obstante, constrói idealmente seu auditório, abrangendo a totalidade dos seres racionais. É certo, pois, que o filósofo, ao argumentar, pretende que qualquer ser racional que tome contato com suas teses a elas adira, convencendo-se de sua racionalidade.

De qualquer modo, a nova retórica porá em evidência o fato de que, contrariamente ao ponto de vista até então imperante, o pensamento racional não está limitado ao raciocínio demonstrativo. Deveras, Perelman critica a postura intelectual que, herdeira do cartesianismo, reduz a lógica à *lógica formal*<sup>36</sup>, dedutiva, sustentando, pois, a existência de formas de raciocínio não dedutivas que nem por isso podem ser taxadas de irracionais ou ilógicas. Essas formas de raciocínio são, aliás, típicas das ciências humanas e sociais, dentre as quais destaca-se o direito. Nessa toada, critica-se a redução da lógica à lógica formal, nos seguintes termos:

---

<sup>35</sup> Há outra passagem que bem elucida o caráter ideal de semelhante auditório: “O auditório universal tem a característica de nunca ser real, atualmente existente, de não estar, portanto, submetido às condições sociais ou psicológicas do meio próximo, de ser, antes, ideal, um produto da imaginação do autor e, para obter a adesão de semelhante auditório, só se pode valer-se de premissas aceitas por todos ou, pelo menos, por essa assembléia hipercrítica, independente das contingências de tempo e de lugar, à qual se supõe dirigir-se o orador. O próprio autor deve, aliás, ser incluído nesse auditório que só será convencido por uma argumentação que se pretende objetiva, que se baseia em ‘fatos’, no que é considerado verdadeiro, em valores universalmente aceitos” (PERELMAN, 2004b, p. 73).

<sup>36</sup> Sobre esse posicionamento, escreve Perelman (2005, p. 469): “É uma opinião geralmente admitida, entre os lógicos contemporâneos, a de que cabe identificar a lógica com a lógica formal. Compreende-se muito bem isso se se considera a evolução da lógica desde meados do século XIX. Essa [sic] ramo da filosofia recobrou vida e vigor por estímulo de matemáticos tais como Boole, Morgan, Schröder, Frege, Peano, e se identificou, cada vez mais, com uma álgebra generalizada, o que lhe valeu, aliás, em vários autores, o nome de lógica matemática. Trata-se de uma lógica tal como é efetivamente manejada pelos matemáticos e que, aliás, foi elaborada, mais particularmente, por G. Frege, depois de uma análise do raciocínio matemático. As leis lógicas, assim evidenciadas, são formais, no sentido de que não dependem da matéria e do raciocínio, o que lhes confere uma generalidade que possibilita sua aplicação nas mais variadas áreas. Segundo esses autores, não haveria lógicas especiais, mas unicamente aplicações de leis ou regras lógicas, e nada mais, em matemática, em filosofia, em dogmática jurídica, etc. [sic]”.

O inconveniente dessa concepção é que ela tem como conseqüência levar o lógico a negligenciar o estudo de formas de raciocínio que têm grande importância em certas disciplinas não matemáticas e, mais especialmente, em direito. Este utiliza tradicionalmente argumentos *a fortiori*, *a pari*, *a contrario* e o argumento por analogia [...] De fato, o uso desses argumentos jamais se apresenta sob a forma de uma demonstração formalmente correta ou incorreta. Um argumento não é correto e coercivo ou incorreto e sem valor, mas é relevante ou irrelevante, forte ou fraco, consoante razões que lhe justificam o emprego no caso. É por isso que o estudo dos argumentos, que nem o direito nem as ciências humanas nem a filosofia podem dispensar, não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo mecanizável, mas a uma teoria da argumentação (PERELMAN, 2005, p. 471).

De fato, argumentos como os referidos acima, de comum utilização no âmbito jurídico, não podem ser correlacionados a operações puramente dedutivas, sendo certo, porém, que essa constatação não lhes tolhe, por si só, a racionalidade. Ao se deparar o jurista, por exemplo, com a ausência de prescrição normativa para a regência de um determinado caso, poderá ele valer-se da analogia para aplicar à situação em tela o regramento atinente a uma situação semelhante. Nesse caso, ter-se-á que admitir que a solução a ser dada ao caso, em verdade, não decorre logicamente da norma que a ele o intérprete, analogicamente, entender aplicável. E, ainda que se considere que a aplicação da analogia decorre da própria lei – no caso brasileiro, do art. 4º da LICC – ou de algum hipotético postulado lógico segundo o qual “deve-se aplicar a analogia para as situações semelhantes”, ter-se-á de reconhecer que a indicação das *semelhanças* entre duas situações distintas envolve, na verdade, uma construção argumentativa que também não se amolda ao raciocínio dedutivo. Em passagem algo semelhante à anterior, constata Perelman (2005, p. 497, grifo nosso):

Tomemos as argumentações clássicas da lógica jurídica, tais como os argumentos *a pari*, *a fortiori*, *ab absurdo*, *ab inutili sensu*, *a maiori ad minus*, *etc*<sup>37</sup>. Todos dizem respeito à interpretação da lei, e é em virtude de um ou outro desses argumentos que o juiz poderá justificar sua interpretação. Observe-se que, *como tais argumentos nunca são a tal ponto coercivos que*

---

<sup>37</sup> Interessante, aqui, observar que, como visto em passagem acima transcrita – item 1.2.2 –, Viehweg também alude aos argumentos típicos da lógica jurídica para enfatizar o caráter tópico do direito.

*não lhes possa ser oposta uma argumentação em sentido contrário, a decisão do juiz é indispensável para terminar o debate.*

Como se vê, o raciocínio construído a partir de tais argumentos, além de não se amoldar às categorias da lógica formal, não pode ser rigorosamente considerado *verdadeiro*, embora também não possa ser taxado de irracional. Pode-se perceber, aqui, a forte harmonia existente entre a concepção perelmaniana e a tópica de Viehweg<sup>38</sup>: em ambas, a argumentação dialética se desenvolve no âmbito do *verossímil*, do *razoável*, e não no do *formalmente verdadeiro*. E, conforme afirmado por Perelman, na argumentação jurídica é sempre possível, em tese, prosseguir-se contraditando os argumentos até então sustentados pela parte *ex adversa*, sendo, pois, indispensável, a intervenção do julgador para apontar a tese vencedora.

Convém destacar, aqui, um ponto absolutamente relevante: a argumentação jurídica em casos concretos se desenvolve sempre em busca da *justificação de decisões*. Isso ocorre em razão da natureza eminentemente *prática* do raciocínio jurídico. Com efeito, costuma-se discernir entre os raciocínios *prático* e *teórico*:

Enquanto um raciocínio teórico consiste numa inferência que tira uma conclusão a partir de premissas, *o raciocínio prático é o que justifica uma decisão*. Falaremos de raciocínio prático toda vez que a decisão depende de quem a toma, sem que ela decorra de premissas consoantes a regras de inferência incontestes, independentemente da intervenção da vontade humana (PERELMAN, 2005, p. 278, grifo nosso).

Nessa toada, como afirma Perelman (2005, p. 280, grifo nosso),

---

<sup>38</sup> Convém destacar, neste ponto, que a nova retórica não consiste apenas numa teoria do direito ou da argumentação jurídica. Diversamente, ela pretende ser uma teoria da argumentação *em geral*, tendo uma aplicação inegavelmente profícua no âmbito jurídico. No bojo dessa ampla teoria da argumentação, o Tratado de Perelman e Olbrechts-Tyteca contempla um extenso rol de técnicas argumentativas, divididas nas seguintes categorias: argumentos quase-lógicos, argumentos baseados na estrutura do real, ligações que fundamentam a estrutura do real, dissociação das noções e interação dos argumentos. A análise das técnicas argumentativas em si mesmas, porém, foge aos objetivos deste estudo, para o qual é suficiente demonstrar o caráter argumentativo do fenômeno jurídico. Observe-se, aliás, que Perelman, em diversos estudos, se volta especificamente para a argumentação jurídica, o que ocorre, por exemplo, na obra *Lógica Jurídica: nova retórica*.

O fato de a conclusão decorrer das premissas, de um modo por assim dizer impessoal, permite elaborar, na área do raciocínio teórico, uma lógica da demonstração puramente formal, e mesmo utilizar, nessa matéria, máquinas de calcular. O raciocínio prático, em contrapartida, por recorrer a *técnicas de argumentação* [...], implica em um *poder de decisão* [...], a liberdade de quem julga. *Sua meta é mostrar, conforme o caso, que a decisão não é arbitrária, ilegal, imoral ou inoportuna, mas é motivada pelas razões indicadas.*

O raciocínio jurídico em casos concretos é, pois, eminentemente prático: a solução do caso, com efeito, sempre depende de uma *decisão* da autoridade competente para emitir um provimento final. A conclusão não é simplesmente extraída de premissas dadas previamente, mas depende fundamentalmente de uma *decisão* do julgador – confira-se o item 1.4 *infra*, sobre o assim chamado *silogismo judiciário*). Precisamente por essa razão é que o raciocínio jurídico não se dá no plano do verdadeiro, mas no do razoável; decorre daí que o juiz buscará explicitar, na fundamentação de sua sentença, as razões que levam à razoabilidade desta<sup>39</sup>. Do mesmo modo, as partes – por seus advogados –, ao argumentarem perante o órgão jurisdicional, buscarão convencer a autoridade julgadora da razoabilidade de se decidir neste ou naquele sentido.

Percebe-se, pois, que tanto o julgador quanto as próprias partes efetivamente desenvolvem uma argumentação voltada à sustentação da razoabilidade de determinada tese, constatação essa que põe em evidência o caráter eminentemente *retórico* da atividade jurídica. E, de modo algum, esse caráter retórico deve ser visto como fator de irracionalidade das decisões jurídicas: diversamente, ele apenas confirma o âmbito específico da racionalidade em que se situa o raciocínio jurídico, isto é, o da *razão prática*. Nessa esteira, a ciência do direito assume, para Perelman,

---

<sup>39</sup> Confira-se, por oportuno, a seguinte passagem de Perelman, em que se afirma o caráter eminentemente prático do raciocínio judiciário: “Se procurarmos um exemplo patente de raciocínio prático, nós o encontraremos na sentença ou no aresto de um tribunal, que indica, além do decisório (o dispositivo), os motivos que justificam o dispositivo adotado pelo juiz, os considerandos, que indicam as razões pelas quais o julgado não é ilegal nem arbitrário, devendo também descartar as objeções apresentadas contra esta ou aquela premissa do raciocínio [...]” (PERELMAN, 2005, p. 279).

o papel de fornecer elementos para a argumentação jurídica, que auxiliem a tomada de decisões razoáveis em casos concretos. Afirma, pois, o professor de Bruxelas:

A dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes, e principalmente aos juízes, eleger uma posição e fundamentá-la no direito (PERELMAN, 2004a, p. 111).

Percebe-se, de plano, a harmonia existente entre a tópica e a nova retórica: em ambas, buscam-se soluções razoáveis para um problema concreto por meio de atividade argumentativa. O próprio Perelman exemplifica essa busca, fazendo referência a casos reais, sendo um deles consistente na discussão sobre a suposta inconstitucionalidade de decretos-leis editados na Bélgica durante a Primeira Guerra Mundial.

Ocorre que a Constituição belga determinava, em seu art. 26, que o poder legislativo deveria ser exercido conjuntamente pelo Rei, pela Câmara dos Representantes e pelo Senado; já o art. 25 determinava que os poderes seriam exercidos da maneira determinada pela Constituição; por fim, o art. 130 afirmava que a Constituição não poderia ser suspensa no todo ou em parte. Todavia, durante o conflito de 1914-1918, em virtude de o território belga estar quase totalmente ocupado por tropas alemãs, tornou-se impossível o regular exercício da atividade legislativa, de tal sorte que o rei passou a legislar sozinho por meio de decretos-leis. Tais atos legislativos, posteriormente, vieram a ser impugnados, afirmando-se que padeciam de inconstitucionalidade.

Entretanto, os decretos-leis de autoria do monarca vieram a ser considerados plenamente constitucionais pela Corte de Cassação belga, nos seguintes termos:

[...] foi pela aplicação dos princípios constitucionais que o Rei, tendo permanecido durante a guerra o único órgão do poder legislativo que conservou sua liberdade de ação, tomou as disposições com força de lei

que a defesa do território e os interesses vitais da nação exigiam imperiosamente (PERELMAN, 2004a, p. 105-106).

Ao assim decidir, a Corte encampou a tese sustentada pelo procurador-geral Terlinden, que argumentara nos seguintes termos:

Uma lei sempre é feita para um período ou um regime determinado. Adapta-se às circunstâncias que a motivaram e não pode ir além. Ela só se concebe em função de sua necessidade ou de sua utilidade; assim, uma boa lei não deve ser intangível pois vale apenas para o tempo que quis reger. A teoria pode ocupar-se com abstrações. A lei, obra essencialmente prática, aplica-se apenas a situações essencialmente concretas [...] Uma lei – constituição ou lei ordinária – nunca estatui senão para períodos normais, para aqueles que ela pode prever. Obra do homem, ela está sujeita, como todas as coisas humanas, à força dos acontecimentos, à força maior, à necessidade. Ora, há fatos que a sabedoria humana não pode prever, situações que não pôde levar em consideração e nas quais, tornando-se inaplicável a norma, é necessário, de um modo ou de outro, afastando-se o menos possível das prescrições legais, fazer frente às brutais necessidades do momento e opor meios provisórios à força invencível dos acontecimentos (TERLINDEN *apud* PERELMAN, 2004a, p. 106).

À luz dessas considerações, Terlinden sustentava que, no caso concreto em discussão, não se poderia resolver o caso à luz da literalidade do texto constitucional; ao revés, deveriam prevalecer o que ele denominava “axiomas de direito público”: a soberania da Bélgica jamais havia sido suspensa; uma nação não pode dispensar um governo; e não há governo sem lei, isto é, sem poder legislativo (TERLINDEN *apud* PERELMAN, 2004a, p. 107). A tese de Terlinden prevaleceu, entendendo-se que, na impossibilidade de os outros dois ramos do legislativo se reunirem, seria inevitável que o monarca legislasse sozinho.

Percebe-se que tal solução jamais poderia ter sido construída à luz da pura e simples normatividade posta: ela só foi possível por meio de atividade argumentativa<sup>40</sup>. Por outro lado, é certo que a conclusão da Corte belga não pode

---

<sup>40</sup> Comentando o entendimento da Corte, explica Perelman (2004a, p. 107-108): “Se devêssemos interpretar ao pé da letra o artigo 130 da Constituição teria sido, sem dúvida alguma, *contra legem*. Mas, limitando-se o alcance deste artigo às situações normais e previsíveis, a Corte de Cassação

ser reputada *verdadeira* ou *falsa*, sendo apenas analisável do ponto de vista de sua *razoabilidade*.

A nova retórica enfatiza, pois, a necessidade de busca de soluções justas para os problemas concretos, as quais são apenas obteníveis por meio de atividade argumentativa. E, como afirma Perelman (2004a, p. 114),

[...] a solução justa da lide não é simplesmente, como afirmaria o positivismo jurídico, o fato de ser conforme à lei, isto é, legal [...] são os juízos de valor, relativos ao caráter adequado da decisão, que guiam o juiz em sua busca daquilo que, no caso específico, é justo e conforme ao direito, subordinando-se normalmente esta última preocupação à precedente. Mas esse caráter adequado não será determinado segundo critérios subjetivos, ao modo do presidente Magnaud<sup>41</sup>, mas de uma maneira intersubjetiva, na medida em que corresponde às preocupações do meio que a deve aceitar.

Merece realce, aqui, o duplo critério oferecido por Perelman para considerar razoável uma decisão judicial: deve ela ser, ao mesmo tempo, *justa e conforme ao direito positivo*. Nessa afirmação, percebe-se nitidamente que o autor, assim como Viehweg, considera o direito um fenômeno eminentemente problemático: em princípio, o caso concreto enseja várias soluções possíveis, tornando-se necessário buscar, dentre elas, a mais justa; no entanto, essa decisão deve caber dentro dos limites impostos pela ordem jurídico-positiva em vigor.

---

introduz uma lacuna na Constituição, que não teria estatuído para situações extraordinárias, causadas 'pela força dos acontecimentos', 'por força maior', 'pela necessidade'. Estas considerações, cumpre notar, aplicam-se a qualquer dispositivo legislativo. Na medida em que o juiz pode fazê-las intervir em seus considerandos, e em que as noções que vêm limitar assim o campo de aplicação da lei dependem, em última análise, de sua apreciação, podem introduzir-se elementos de indeterminação em textos que, à primeira vista, parecem perfeitamente claros [...] Observemos, aliás, que a determinação daquilo que permite invocar o 'estado de necessidade', é em geral objeto de controvérsia. Para alguns, que admitem a exceção, o juiz deve preencher uma lacuna da lei. Seus adversários, em contrapartida, não hesitam em afirmar que se trata de uma decisão contrária à lei, e que se criou uma 'falsa lacuna' para não ter de conformar-se às prescrições legais imperativas".

<sup>41</sup> Perelman refere-se aqui ao juiz Paul Magnaud, que presidiu, de 1889 a 1904, o Tribunal de Primeira Instância de Château-Thierry, na França, e tornou-se célebre, em sua época, pelo fato de, em seus julgamentos, pouco se importar com a lei, a doutrina e a jurisprudência, agindo, ao contrário, como se fosse a própria encarnação do Direito. Suas decisões, portanto, decorriam de sua pura subjetividade (PERELMAN, 2004, p. 97).

Por outro lado, a solução razoável para o caso não decorre de pura e simples arbitrariedade: ela deve ser alcançada mediante argumentação dialética, mediante o confronto de teses opostas. Trata-se de uma solução que emerge do próprio debate instaurado e do sopesamento de argumentos pró e contra. Veja-se, aqui, novamente, a harmonia com a tópica jurídica: não será demais ressaltar que, em um tal debate, inevitavelmente serão utilizados pontos de vista argumentativos – *topoi* – que intervirão como auxiliares tanto no curso da discussão quanto no momento da decisão. O recurso a pontos de vista geralmente aceitos, como não é difícil perceber, confere, inclusive, estabilidade e previsibilidade ao processo decisional, na medida em que este se funda em argumentos já compartilhados pelo meio. Com efeito, a utilização dos *topoi* evita que a solução para o caso seja produto de um voluntarismo do julgador; ao revés, como os tópicos de argumentação constituem pontos de vista que desfrutam de aceitação geral, uma linha de raciocínio neles fundada não tende a gerar surpresas.

Percebe-se, assim, ser justamente o caráter dialógico, intersubjetivo, do raciocínio jurídico que impede que as decisões judiciais sejam fruto da arbitrariedade do julgador. Ademais, ao motivar suas decisões, *o órgão jurisdicional também argumenta perante um auditório*<sup>42</sup>, buscando convencê-lo da razoabilidade do provimento adotado e de sua conformidade ao sistema jurídico:

[...] motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar com o auditório; ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às conseqüências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, eqüitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas

---

<sup>42</sup> Perelman ressalta, ainda, serem distintos os auditórios das várias instâncias judiciais, o que interfere na forma como a argumentação é levada a efeito: “[...] Os tribunais inferiores deverão justificar-se, mediante a motivação, perante as partes, perante a opinião pública esclarecida, mas sobretudo perante as instâncias superiores, que poderiam exercer seu controle em caso de apelação ou de recurso de cassação. As jurisdições superiores, por terem o cuidado de unificar a jurisprudência e de estabelecer a paz judiciária, se esforçam em convencer as cortes e tribunais de que a solução por elas apresentadas [sic] é, todas as vezes, a mais conforme ao direito em vigor e a mais adequada aos problemas que se procura resolver” (PERELMAN, 2005, p. 566-567).



concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com a apreciação das conseqüências (PERELMAN, 2005, p. 570).

E, na concepção perelmaniana do direito, o julgador deve buscar, nesse contexto intersubjetivo, uma solução que seja, ao mesmo tempo, conforme ao sistema jurídico e a mais justa para o caso concreto:

Essa dialética, implicada pela busca de uma solução convincente, instauradora da paz judiciária, por ser ao mesmo tempo razoável e conforme ao direito, coloca o poder judiciário numa relação nova diante do poder legislativo. Nem inteiramente subordinado, nem simplesmente oposto ao poder legislativo, constitui um aspecto complementar indispensável seu, que lhe impõe uma tarefa não apenas jurídica, mas também política, a de harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e eqüitativo em dado meio. É por essa razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais (2004a, p. 116).

Essa dupla exigência proposta por Perelman impede, ao mesmo tempo, o normativismo puro, à moda do positivismo, mas, também, o decisionismo unilateral. Afirma, pois, o professor de Bruxelas:

Os valores em oposição, os interesses em litígio, não podem oferecer solução judicial independente do sistema jurídico que o juiz deve aplicar quando diz o direito. É por essa razão que o existencialismo judiciário e a livre apreciação das situações concretas por parte do juiz são teorias inadmissíveis em um sistema de direito que dá valor à segurança jurídica e procura reduzir, na medida do possível, a arbitrariedade das decisões de justiça. Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica (PERELMAN, 2004a, p. 117).

Como facilmente se percebe, a nova retórica – semelhantemente à tópica jurídica – sustenta a existência de um sistema jurídico aberto, flexível, em constante movimento em prol da persecução argumentativa de decisões razoáveis:

O respeito pelos precedentes e a busca de uma solução garantida pela dogmática jurídica guiam as partes: o desejo de não decepcioná-los constitui um obstáculo de porte a qualquer mudança jurisprudencial ou doutrinal, até mesmo legislativa. Mas esse obstáculo, como a história nos ensina, não é intransponível, pois novas leis são votadas e promulgadas, a jurisprudência e a doutrina mudam, embora de modo progressivo e raramente revolucionário. É que o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente seu influxo. O direito jurisprudencial elabora-se por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social (PERELMAN, 2004a, p. 115-116).

A aplicação da nova retórica ao direito, portanto, orienta uma busca de decisões que atendam a essa dupla exigência: serem moralmente justas e, ao mesmo tempo, conformes ao sistema jurídico positivo. Perelman reconhece, com efeito, a insuficiência do direito positivo para a persecução de decisões justas em todos os casos que possam surgir na vida em sociedade; por isso mesmo, atribui ao julgador o papel de perseguir soluções razoáveis, sintetizando direito e justiça. São suas palavras:

[...] Sem ser a expressão de uma razão abstrata, supor-se-á que, para ser aceito e aplicado, o direito positivo deve ser razoável, noção vaga que expressa uma síntese que combina a preocupação da segurança jurídica com a equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos. Será no juiz, bem mais do que no legislador, que se confiará para a realização dessa síntese, aceita porque razoável (*vernünftig*) (PERELMAN, 2005, p. 463).

E a razoabilidade das decisões judiciais não deve ser encarada como algo abstrato e distante da realidade, já que a noção de razoável está sempre vinculada a um

determinado contexto social (PERELMAN, 2005, p. 463). Por isso mesmo, a razoabilidade de uma decisão deverá ser aferida à luz da motivação nela exposta, cabendo, pois, verificar se a argumentação desenvolvida pelo julgador é hábil a convencer seu auditório. Essa relação entre a razoabilidade e o auditório a que se direciona, por sua vez, cria para o juiz uma necessidade de, ao fundamentar sua decisão, invocar argumentos que desfrutem de aceitação geral pelo meio a que se destina<sup>43-44</sup>.

Neste ponto, embora não seja o objetivo desse estudo um aprofundamento na nova retórica como teoria da argumentação em si mesma – o que envolveria uma análise das várias espécies de argumentos catalogadas por Perelman e Olbrechts-Tyteca, bem como de sua força e interação –, afigura-se conveniente fazer referência a dois importantes elementos seus, de inegável influência na argumentação jurídica: a *regra de justiça* e o *princípio da inércia*. A primeira já foi mencionada acima e remonta ao primeiro estudo de Perelman sobre a justiça, sendo, posteriormente, resgatada no *Tratado da Argumentação* pelo jusfilósofo e sua colaboradora, como espécie de argumento quase-lógico<sup>45</sup>:

---

<sup>43</sup> Tais argumentos, como facilmente se percebe, são os *topoi* de que trata a tópica jurídica.

<sup>44</sup> Assim, quando se fala em razoabilidade da decisão à luz de sua aceitabilidade pelo auditório, não se quer dizer que cada membro desse auditório, se consultado, deva obrigatoriamente concordar com ela, embora, de um ponto de vista ideal, esse seja sempre um escopo a ser perseguido. A razoabilidade dos provimentos judiciais deve ser considerada segundo uma perspectiva geral do meio, analisando-se se os argumentos em que estão baseados desfrutam de aceitação geral. Por outro lado, deve-se ter em mente, aqui, que a aceitabilidade pelo auditório não é um critério *analítico* de aferição da razoabilidade das decisões – até porque, a perspectiva de Perelman não é analítica, mas *retórica*. Assim, ao vincular a razoabilidade das decisões ao auditório, mais do que fornecer um critério para a aferição dessa razoabilidade, Perelman pretende orientar o *julgador* sobre como preferir decisões razoáveis. A propósito da motivação das decisões como ato retórico e do auditório do órgão jurisdicional, consulte-se o item 3.2 deste estudo.

<sup>45</sup> No dizer de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 219), argumentos quase-lógicos são aqueles que “[...] pretendem certa força de convicção, na medida em que se apresentam como comparáveis a raciocínios formais, lógicos ou matemáticos. No entanto, quem os submete à análise logo percebe as diferenças entre essas argumentações e as demonstrações formais, pois apenas um esforço de redução ou de precisão, de natureza não-formal, permite dar a tais argumentos uma aparência demonstrativa [...] Em todo argumento quase-lógico convém pôr em evidência, primeiro, o esquema formal que serve de molde à construção do argumento, depois, as operações de redução que permitem inserir os dados nesse esquema e visam torná-los comparáveis, semelhantes, homogêneos”.

A regra de justiça requer a aplicação de um tratamento idêntico a seres ou a situações que são integrados numa mesma categoria. A racionalidade dessa regra e a validade que lhe reconhecem se reportam ao princípio da inércia, do qual resulta, notadamente, a importância conferida ao precedente [...] Os objetos sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características que se consideram essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248).

Pode-se dizer que a regra de justiça perelmaniana corresponde ao princípio da isonomia, segundo o qual devem-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A regra de justiça reporta o jurista à argumentação baseada no precedente ou, dito de outro modo, à utilização da jurisprudência<sup>46</sup> como fonte do direito: com efeito, supõe-se que casos considerados “iguais” a outros anteriores recebam o mesmo tratamento jurídico conferido a estes últimos. Busca-se, então, justificar, no caso concreto, que o problema em discussão efetivamente se enquadra na mesma categoria da situação precedente, ou que, ao revés, dela se distancia<sup>47</sup>.

A regra de justiça está, ainda, bastante relacionada ao princípio da inércia:

[...] Pode-se presumir, até prova em contrário, que a atitude adotada anteriormente – opinião expressa, conduta preferida – continuará no futuro, seja por desejo de coerência, seja em virtude da força do hábito [...] De fato, a inércia permite contar com o normal, o habitual, o real, o atual e valorizá-lo, quer se trate de uma situação existente, de uma opinião admitida ou de um estado de desenvolvimento contínuo e regular. A mudança, em compensação, deve ser justificada; uma decisão, uma vez tomada, só pode ser alterada por razões suficientes (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 119-120).

---

<sup>46</sup> Deveras, a jurisprudência dos tribunais constitui um importante catálogo de *topoi* utilizáveis na busca da melhor decisão para o caso concreto.

<sup>47</sup> Esta última espécie de argumentação, que diferencia o caso sob julgamento do anteriormente julgado, é conhecida, sobretudo nos países da *common law*, como *distinguish*.

Assim, de acordo com o princípio da inércia, as teses já habitualmente aceitas não requerem justificação a todo momento; diversamente, o abandono das teses até então prevalentes exige justificação. Esse fenômeno é bastante visível no direito, quando há alteração de entendimentos jurisprudenciais consolidados: com efeito, a jurisprudência pacífica não requer contínua justificação; diversamente, a alteração de um determinado posicionamento até então cristalizado nos arestos dos tribunais dependerá da invocação de argumentos que demonstrem a razoabilidade do novo entendimento proposto, de tal modo que este seja capaz de rechaçar o antigo.

A propósito da utilização de precedentes judiciais na prática jurídica, afirma Perelman (2004a, p. 219):

[...] por causa do grande prestígio atribuído à regra de justiça, que ordena o tratamento igual para casos essencialmente semelhantes, são necessárias razões imperiosas para motivar uma reforma de jurisprudência. De fato, mesmo que não sejam obrigadas à regra do *stare decisis*, no direito continental, as instâncias inferiores hesitam em contradizer as instâncias superiores, que poderiam cassar-lhes a sentença, a menos que possam argumentar de modo suficientemente convincente em favor de uma mudança de jurisprudência. Esta é, aliás, a razão pela qual cada uma das partes tem interesse em mostrar ao juiz que a solução que propõe afasta-se o menos possível da jurisprudência tradicional. Ou caso se afaste, que se insere numa linha de evolução indicada por arestos anteriores. Mas, a cada vez, será necessário mostrar que a solução que se propõe é a mais justa, a mais razoável, que corresponde melhor aos interesses da sociedade.

De qualquer modo, as considerações até aqui desenvolvidas acerca da nova retórica demonstram, inegavelmente, o caráter argumentativo e dialético do fenômeno jurídico. Tal constatação coloca, inclusive, em evidência a relação de nítida complementaridade e harmonia entre as teorias jurídicas de Perelman e Viehweg. Sobre as relações entre a tópica jurídica e a nova retórica, afirma Monteiro (2006, p. 120):

Os tópicos jurídicos devem ser entendidos como 'possibilidades de orientação ou cânones do pensamento'. Para Perelman, a importância da utilização dos catálogos de *topoi* no Direito é a de que estes lugares

específicos jurídicos permitem sintetizar os argumentos mais razoáveis e próximos da equidade de modo que a Tópica Jurídica não extrapole a polaridade entre dogmática e prática jurídica, tentando, ao contrário, promover uma conciliação entre o Direito e a razão e a justiça [sic].

Deveras, a nova retórica, assim como a tópica jurídica, enfatiza o caráter dialético e argumentativo do direito. Enquanto Viehweg enfatiza a utilização dos *topoi* no raciocínio jurídico, bem como a ênfase no problema concreto em discussão, Perelman traz a lume a constatação de que o raciocínio jurídico – seja o do advogado ou o do juiz – visa, sempre, ao convencimento e está invariavelmente voltado a um auditório. Ainda sobre a complementaridade existente entre a tópica e a nova retórica, confirmam-se as observações de Lacerda (2006, p. 44-45):

As semelhanças de ambas as propostas podem ser reduzidas a um ponto central: a retomada de Aristóteles e de sua dialética ou tópica. Ao passo que para Viehweg a prática do Direito consiste sempre na invocação e na discussão de tópicos (entendendo por essa expressão os argumentos solidificados em fórmulas que gozam de aceitação entre os juristas), Perelman defende a idéia de que a prática jurídica é sempre dialética, presidida por técnicas argumentativas e retóricas com as quais os juristas buscam a adesão de diversas teses e auditórios às teses que postulam. Trata-se, em suma, de teorias muito parecidas, pois o recurso aos tópicos por Viehweg só encontra sentido na medida em que esses *lugares* referem-se a determinados auditórios, do mesmo modo que quando Perelman invoca os ‘argumentos e técnicas argumentativas’, está apenas desenvolvendo as possibilidades mesmas contidas no conceito de *topoi* que ambos tomaram de Aristóteles<sup>48</sup>.

Pode-se, pois, à luz dos trabalhos de Viehweg e Perelman, falar em uma corrente *tópico-retórica* do pensamento jurídico, de inspiração aristotélica, caracterizada pela ênfase na argumentação dialética, pela rejeição da ideia de que a aplicação do

---

<sup>48</sup> Segundo o autor, aliás, esse resgate de Aristóteles abrirá caminho para que toda uma geração de pensadores do direito se interesse pelas teorias da argumentação: “Com suas teorias, Viehweg e Perelman resgataram a importantíssima questão dos argumentos ou tópicos jurídicos, tendo reestruturado toda a teoria do método jurídico, que atualmente se desdobra nas já citadas teorias da argumentação jurídica, às quais se dedica toda uma geração de filósofos do Direito” (LACERDA, 2006, p. 45).

direito seria mera operação lógico-formal e, por fim, pela busca de soluções justas para problemas concretos.

### **1.3.1 Críticas usuais à nova retórica e à concepção perelmaniana do direito**

Convém, aqui, tecer algumas linhas sobre as críticas usualmente feitas à nova retórica e a concepção perelmaniana do fenômeno jurídico. Cumpre, porém, esclarecer que, sendo a nova retórica um movimento intelectual não adstrito ao direito, há diversos de seus aspectos que fogem aos escopos do presente estudo; é o caso, por exemplo, da classificação perelmaniana dos argumentos. Nessa esteira, há também críticas à teoria de Perelman cuja análise não interessará aqui.

Portanto, a análise desenvolvida neste tópico estará limitada a críticas relativas aos pontos da nova retórica abordados no item anterior. Tais críticas podem ser assim resumidas: (a) não haveria clareza quanto ao conceito de auditório universal; (b) a nova retórica seria essencialmente conservadora; (c) Perelman, ao criticar o positivismo jurídico, basear-se-ia numa visão superada desse movimento intelectual; (d) o papel dos *topoi* – e Perelman adere à tópica jurídica – precisaria ser limitado, a não ser que com seu uso se pretendesse, na verdade, a conservação de um determinado *status quo* ideológico; (e) a teoria de Perelman faria com que a retórica assumisse uma posição exageradamente destacada no direito; e (f) seria equivocada a diferença estabelecida entre a dedução e a argumentação.

No que concerne à crítica a acima referida, Atienza (2006, p. 80-82) apresenta várias razões para a suposta ambiguidade da noção de auditório universal, apontadas por vários autores. Veja-se a primeira delas:

Aarnio, por exemplo (1987, pág. 221), localiza a ambiguidade exclusivamente no fato de o auditório universal ter, por um lado, um caráter ideal – o auditório universal seria ‘a humanidade ilustrada’ – mas, ao mesmo tempo, estar histórica e culturalmente determinado, quer dizer, depender de fatos contingentes (ATIENZA, 2006, p. 81).

Há que se fazer, aqui, algumas observações. Primeiramente, é certo que o simples fato de se identificar o auditório universal com a “humanidade ilustrada” não elimina os mencionados fatores contingentes. Com efeito, é sabido que *a própria humanidade muda* e, com isso, é inevitável que se altere também o auditório universal. Por outro lado, é certo que, na nova retórica, o auditório é sempre uma construção do próprio orador, o que também ocorre com o auditório universal:

*O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideraram, no decorrer da história, real, verdadeiro e objetivamente válido (PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 37).*

Portanto, é certo que o auditório universal assume um caráter ideal, na medida em que se refere à generalidade dos seres humanos racionais; entretanto, é o próprio orador quem assim o constrói. Logo, pode-se afirmar que, se o auditório universal é associado à ideia de “humanidade ilustrada”, ele corresponderá, em verdade, à construção que o próprio orador faz dessa humanidade. E isso, por certo, significa dizer que o auditório universal se altera com o tempo, pois, de um lado, mudam os oradores e, de outro, a própria humanidade.

Outra suposta ambiguidade referida por Atienza é extraída de Alexy:

Alexy, por seu lado, parece aceitar o caráter ideal da noção, mas entende que, em Perelman, encontram-se dois sentidos diferentes de auditório universal. Por um lado, o auditório universal seria uma construção do orador (daí o seu caráter *ideal*), dependendo, portanto, das ideias de indivíduos



particulares e de diferentes culturas. Mas nesse caso um auditório só é um auditório universal para quem o reconhece como tal, com o que o papel normativo da noção é seriamente limitado [...] Por outro lado, em Perelman, há uma outra noção de auditório universal, que se inspira no imperativo categórico de Kant, e que é assim formulada: 'Você deve se comportar como se fosse um juiz cuja *ratio decidendi* deva proporcionar um princípio válido para todos os homens'; o acordo do auditório universal é o acordo 'de todos os seres racionais' ou simplesmente 'de todos' [...] Alexy não descarta a possibilidade de que ambas as determinações sejam compatíveis, mas nesse caso ele duvida que um conceito tão amplamente formulado possa servir como medida para avaliar argumentos (ATIENZA, 2006, p. 81).

Segundo aqui se entende, as duas noções apresentadas parecem, sim, compatíveis. Discorda-se, porém, da crítica formulada pela seguinte razão: na nova retórica, a construção do auditório pelo orador não tem o papel de oferecer critérios objetivos e rígidos para o sopesamento de argumentos, mas, ao revés, de *auxiliar o próprio orador em seu esforço argumentativo*. Confira-se, a propósito, a seguinte passagem de Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 22):

A argumentação efetiva tem de conceber o auditório presumido tão próximo quanto possível da realidade. Uma imagem inadequada do auditório, resultante da ignorância ou de um concurso imprevisto de circunstâncias, pode ter as mais desagradáveis conseqüências. Uma argumentação considerada persuasiva pode vir a ter um efeito revulsivo sobre um auditório para o qual as razões pró são, de fato, razões contra.

Parece, pois, que, se, de fato, o orador leva a efeito o exercício intelectual proposto por Alexy – que aproxima o auditório universal do imperativo categórico kantiano –, o faz para sua própria conveniência, e não para pesar, *em si mesmos*, os argumentos a serem utilizados. Noutras palavras, é o orador quem de fato constrói uma imagem do auditório universal; por isso, a seleção dos argumentos por ele levada a efeito será tão mais eficaz quanto mais fiel à realidade for essa construção ideal, que, porém, jamais perde por completo sua relatividade. Dito de outro modo, a idealidade do auditório universal sugere que a correspondência entre a construção mental do orador e a situação da generalidade dos indivíduos que ele pretende influenciar possa ser expressa como uma linha que tende ao infinito: o orador pode, realmente,

aproximar-se dessa correspondência, mas não chega a atingi-la plenamente. E, na tentativa de aproximação a essa correspondência, é absolutamente conveniente que o orador busque conhecer o *estado da arte*, relativamente à matéria sobre a qual pretende discorrer.

De qualquer modo, convém frisar: se a ideia de auditório universal é concebida como um recurso de que dispõe o orador, e não como critério objetivo para o sopesamento de argumentos, a segunda ambiguidade apontada parece perder o sentido.

Por fim, a terceira suposta ambiguidade do auditório universal referida por Atienza é apontada por Gianformaggio, para quem o conceito é suscetível de duas interpretações:

[...] A primeira implica a ideia de que argumenta diante do auditório universal quem argumenta com seriedade e de boa fé e está convencido das conclusões que sustenta e dos procedimentos que utiliza; assim interpretada, a noção não seria problemática, mas seria banal e, evidentemente, não justificaria o interesse por ela despertado. De acordo com a segunda interpretação, argumenta diante do auditório universal quem não argumenta *ad hominem*, quer dizer, quem não apenas está convencido da correção e da lealdade do procedimento que usa, como também está convencido da evidência das premissas em que se baseia. Essa segunda interpretação, entretanto, é inconsistente sem a noção de juízo de valor defendida no *Tratado*: se de modo consciente se assumem juízos de valor como premissas de argumentação, então seria impossível se dirigir ao auditório universal, pois os juízos de valor só valem diante de auditórios particulares (ATIENZA, 2006, p. 82).

Entende-se aqui, em primeiro lugar, que as duas noções de auditório universal apontadas acima se afiguram incompletas, pois não chegam a referir-se ao caráter ideal do auditório universal, anteriormente enfatizado. Seja como for, é certo que a argumentação fundada em juízos de valor é tarefa bastante mais complexa quando o orador busca dirigir-se ao auditório universal. Entretanto, tal argumentação não chega a ser, de todo, impossível, pois nada impede que se recorra a juízos de valor sobre os quais é possível admitir-se um consenso da humanidade de hoje. Com

efeito, nenhum integrante da assim chamada “humanidade ilustrada” atual poderia, a sério, negar que a pedofilia ou a escravidão são práticas abomináveis; nessa toada, poder-se-ia, perfeitamente, argumentar perante o auditório universal adotando tais juízos valorativos como premissas. Diversamente, caso pretenda o orador argumentar perante o auditório universal fundando-se em valores sobre os quais não haja tão notório consenso, deve-se presumir que ele terá, inicialmente, o ônus argumentativo de convencer o auditório da universalidade dos valores utilizados<sup>49</sup>.

A segunda crítica acima mencionada – indicada por *b* – diz respeito a um suposto conservadorismo da teoria perelmaniana, que, segundo Atienza (2006, p. 82), seria o pecado capital de Perelman. Tal crítica – que não chega a ser unânime entre os estudiosos da nova retórica<sup>50</sup> – é desenvolvida sobretudo no contexto dos casos *difíceis*, em que a sociedade está dividida sobre o que seria uma decisão *razoável*:

Segundo Perelman, o conceito de decisão razoável varia não só histórica e socialmente (quer dizer, o que é razoável numa determinada sociedade e em determinado momento pode deixar de sê-lo em outro meio ou em outra época), pois num mesmo momento histórico e meio social pode haver uma pluralidade de decisões possíveis, de decisões razoáveis [...] Perelman se alinha, claro, do lado de quem pensa não haver uma única resposta correta para cada caso. Quem decide, por outro lado, deve comportar-se de modo *imparcial* (a imparcialidade não se aplica como critério para a resolução apenas das questões jurídicas, mas sim para as questões práticas em geral), e deve respeitar a regra da justiça (ou seja, não deve tratar de modo desigual casos semelhantes) e o princípio da inércia (só se deve justificar a

---

<sup>49</sup> As várias teorias do direito natural, aliás, caminham nesse sentido.

<sup>50</sup> Há quem entenda, de forma diametralmente oposta, que a nova retórica seria essencialmente questionadora do conservadorismo. É essa, por exemplo, a visão de Maneli (2004, p. 75-76, grifo nosso): “O orador deve sempre ter em mente que o conservadorismo, por sua própria natureza, é mais poderoso que as idéias inovadoras; que o argumento mais poderoso em favor dos conservadores é o mero fato de defenderem o que já existe. Dessa forma, eles estão numa posição privilegiada porque não precisam provar nada. Eles não precisam justificar sua posição porque o público geralmente aceita tacitamente o princípio de Hegel: tudo o que existe deve ser razoável. O lema de descartes, por outro lado, “*cogito, ergo sum*” (penso, logo existo), traduzido para a linguagem do conservadorismo político seria um pleonasmo: sou, logo existo e logo devo ser. Quem quer que questione essa última *ratio* conservadora, a sabedoria mais elevada e definitiva, terá que lutar contra a tradição, a realidade e todos os valores eternos considerados verdadeiros, pois assim foram estabelecidos no passado. Por que esses valores são incontestáveis, eternos e verdadeiros? Se você fizer essa pergunta terá a mais simples resposta: porque eles existem. *A Nova Retórica é um instrumento que abala as bases da realidade distorcida e de sua imagem. Ela é uma ferramenta indispensável para a luta contra o status quo da injustiça e do preconceito tradicionais*”.

mudança, e sempre e apenas, sobre a base de valores precedentemente admitidos [...] Mas esses critérios, além de serem claramente insuficientes, têm sabor ideológico sem dúvida conservador. Ser imparcial, por exemplo, exigiria aceitar sempre as regras, a ordem estabelecida (ATIENZA, 2006, p. 84).

Observe-se, em primeiro lugar, que uma determinada teoria não se afigura boa ou má pelo simples fato de se lhe atribuir a pecha de “conservadora”, até porque o conservadorismo, em si mesmo, é uma expressão intelectual legítima. Utilizando-se desse mesmo padrão de raciocínio, poder-se-ia objetar simplesmente que as posições contrárias à nova retórica seriam, por exemplo, “radicais”, o que, substancialmente, não diria muita coisa. Frise-se que, na verdade, como afirma o próprio Atienza, a crítica ao suposto conservadorismo de Perelman pressupõe, também, a adesão prévia a uma determinada visão da sociedade:

[...] a concepção do Direito e da sociedade, utilizada por Perelman, é de cunho nitidamente conservador, e a sua teoria da argumentação parece pensada para satisfazer às necessidades de quem aborda o Direito e a sociedade com essa perspectiva, *mas não para quem adota uma concepção crítica ou conflitualista desses fenômenos* (ATIENZA, 2006, p. 90, grifo nosso).

Sim, de fato, parece difícil crer que a concepção perelmaniana do direito seja facilmente aceita por alguém que, por adotar uma concepção conflitualista da sociedade, pretenda enxergar no direito um instrumento de vanguarda libertária, por exemplo. Entretanto, é certo que Perelman está nitidamente preocupado com a paz social e com a busca de soluções pacíficas para os conflitos: com efeito, a nova retórica reconhece a existência de uma determinada estrutura e de uma certa ordem de valores, as quais, porém, estão longe de ser imutáveis ou absolutas. Diversamente, elas sempre poderão ser transformadas, sendo certo, porém, que essa transformação deverá ser buscada pela via do diálogo, da argumentação<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Nessa esteira, à luz da nova retórica, afirma Maneli (2004, p. 10): “Nossa maior preocupação deve ser a necessidade de solucionar as inevitáveis contradições do mundo de uma maneira pacífica. A

Outrossim, comentando o princípio da inércia perelmaniano, afirma Monteiro (2006, p. 94, grifo da autora):

O Princípio da Inércia – *não se deve mudar nada sem razão* – explica esse caráter de continuidade, tanto do saber quanto do Direito, quanto de qualquer organização político-social. A conformidade com os precedentes garante o espírito de conservação do que já está estabelecido. Essa tendência conservadora não exclui, entretanto, a possibilidade de transformação das idéias e das instituições. Assim como o pensamento se modifica por um processo interno de reformulação de abordagens, também o Direito freqüentemente contempla a previsão de sua flexibilização. As técnicas de raciocínio utilizadas no Direito tendem a estabelecer uma relação de continuidade com regras anteriores ou a fundamentar a sua mudança recorrendo a valores antigos. Esta forma de procedimento resguarda a idéia de não-violência, na medida em que o que não possui raízes no passado só poderá se fazer prevalecer pelo uso da força ou de sua ameaça.

Por outro lado, no que diz respeito especificamente aos *casos difíceis*, é certo que mais de uma solução poderá ser vislumbrada. Ainda assim, isso não elimina a necessidade de um esforço argumentativo com vistas à persecução da decisão mais razoável. E, sobre as situações nas quais não é possível atingir-se um consenso, comenta Perelman (2005, p. 463):

[...] o razoável é sempre relativo a uma dada sociedade, em que se supõe um consenso suficiente sobre um conjunto de valores comumente admitidos. Quando semelhante consenso não existe, nenhuma solução razoável se destacará e se deverá buscar, mediante compromissos aceitos na prática, uma solução provisória para os problemas surgidos, até que a prática aceite possibilite elaborar soluções legislativas.

Deveras, se não há consenso acerca do razoável em determinado caso, surge a necessidade de se encontrarem soluções provisórias até que surja esse consenso. Evidentemente, tal solução deverá ser buscada mediante argumentação dialética e à

---

maior virtude de qualquer estadista ou líder deve ser, portanto, sua habilidade de negociar e viver pela espada da persuasão e não a da aniquilação”.

luz dos *topoi* geralmente aceitos pela sociedade. O problema é, sem dúvida, complexo, mas não pode ser evitado; de outra banda, soluções exacerbadas e de ruptura repentina com os padrões aceitos, não obteníveis por meio de argumentação dialética, tendem a assumir um caráter essencialmente antidemocrático, que deve ser evitado.

Por sua vez, a crítica c acima indicada diz respeito à inadequação da concepção de Perelman acerca do positivismo jurídico, utilizada em suas críticas. Assevera, a propósito, Atienza (2006, p. 85):

[...] a noção de positivismo jurídico que Perelman utiliza é, além de pouco clara [...], simplesmente insustentável. Uma concepção positivista do Direito, segundo Perelman, se caracteriza por: 1) eliminar do Direito toda referência à Justiça; 2) entender que o Direito é a expressão arbitrária da vontade do soberano, enfatizando assim o elemento de coação e esquecendo o fato de que 'para funcionar eficazmente o Direito deve ser aceito, e não apenas imposto por meio da coação' [...]; 3) atribuir ao juiz um papel muito limitado, já que não leva em conta os princípios gerais do Direito e nem os tópicos jurídicos, apenas o texto escrito da lei (ou, em todo caso, a 'intenção do legislador'). Mas essas características, que talvez possam ser certas com relação a um determinado positivismo do século XIX, são manifestamente falsas referidas ao positivismo atual.

Primeiramente, deve-se ressaltar que o positivismo criticado por Perelman é aquele prevalente até 1945 (PERELMAN, 2004, p. 91), de modo que sua crítica não pode ser ampliada para alcançar o juspositivismo atual. De outro modo, é certo que, como referido no item 1.1 deste trabalho, o positivismo kelseniano – certamente a maior expressão do positivismo jurídico até o fim da Segunda Guerra Mundial – realmente se distanciou da ideia de justiça, ao conceber uma teoria pura do direito. Como visto, Kelsen considera a justiça um problema não-científico e não-jurídico, acabando por concluir que, na verdade, a justiça só pode fazer parte da ciência do direito se for considerada como sinônima de *legalidade* (KELSEN, 2000, p. 21); tal noção, se não exclui por completo o problema da justiça, o reduz à completa irrelevância. Destarte, Kelsen acaba por reduzir o direito à normatividade posta, o que, dito de outro modo,

não deixa de corresponder à expressão da vontade arbitrária do soberano. Até aqui, o positivismo kelseniano é absolutamente criticável, à luz da nova retórica.

Por outro lado, há um aspecto do positivismo jurídico, em sua expressão kelseniana, que possibilita uma aproximação em relação à concepção jurídica de Perelman. Com efeito, analisando a teoria pura do direito e ao caráter *dinâmico* assumido pelo sistema jurídico nessa teoria, pontua o professor de Bruxelas:

[...] Um sistema de direito difere de um sistema formal, segundo Hans Kelsen, porque não é estático, e sim dinâmico. Com efeito, as normas inferiores não podem ser deduzidas das normas que lhes condicionam a validade, pois estas fornecem unicamente o âmbito em que as normas inferiores, assim como os atos jurídicos que as aplicam, podem inserir-se validamente (PERELMAN, 2005, p. 474-475).

Outrossim,

[...] O legislador, o juiz, o administrador público (pelo menos no caso da administração indireta) recebem, numa proporção variável, a autoridade necessária, seja para criar leis novas no âmbito da lei constitucional, seja para concretizar, para individualizar, uma norma geral em casos particulares de aplicação. Em todos esses casos, a ação deles é criadora<sup>52</sup> do direito. Assim como o legislador não interpreta a constituição, mas decide votar certas leis, em virtude do poder legislativo que a constituição lhe atribui, assim também o juiz, ao aplicar a lei, não tem como missão dizer qual é seu sentido correto (*richtig*), mas decidir de fato, prolatando seu aresto, qual é, dentre as interpretações possíveis da lei, aquela que ele quer favorecer na ocorrência: sua decisão, assim como a do legislador, não é, segundo Kelsen, a expressão de um conhecimento, mas um ato de vontade (PERELMAN, 2005, p. 475).

---

<sup>52</sup> Sabe-se que há antiga polêmica, entre os estudiosos do direito processual quanto à ocorrência ou não de criação do direito por parte do juiz. O enfrentamento de tal questão exigiria, por certo, um estudo específico e foge aos limites do presente trabalho. No entanto, cabe ressaltar, aqui, que, ao que parece, a adesão à tópica jurídica e à nova retórica não acarreta, *obrigatoriamente*, uma concordância com a tese de que o juiz cria o direito. Deveras, mesmo ao se admitir que o juiz pratica um ato de vontade ao decidir, pode-se aderir tanto à corrente que sustenta que ele cria o direito, quanto aquela segundo a qual ele apenas o declara. Com efeito, na perspectiva da primeira, a escolha efetuada pelo julgador ensejará a criação da norma do caso concreto; já sob a ótica da segunda, poder-se-á afirmar que, estando a escolha do juiz fundada em *topoi* pré-existentes, ela já seria obtinível *antes*, de a decisão ser proferida e, portanto, o juiz apenas declararia a decisão mais razoável.

E, mais adiante, observa o autor que, a seu ver, os problemas oriundos da teoria pura do direito

[...] derivam de uma teoria do conhecimento que só dá valor a um saber não controverso, inteiramente fundado nos dados da experiência e da prova demonstrativa, desprezando totalmente o papel da argumentação. Com efeito, nem a experiência nem a demonstração lógica permitem a passagem do ser para o dever-ser, da realidade para o valor, de comportamentos para normas. Por conseguinte, como toda justificação racional das normas parece excluída da perspectiva kelseniana, estes dependem efetivamente de imperativos religiosos, de revelações sobrenaturais [...] Mas cumprirá, à míngua de prova demonstrativa, renunciar a justificar mediante uma argumentação, tão convincente quanto o possível, nossas escolhas e nossas decisões, nossos valores e nossas normas? E cumprirá, com a ambição de constituir uma ciência e uma teoria pura do direito, considerar como juridicamente arbitrário tudo quanto não pode ser justificado senão por meio de uma argumentação assim? (PERELMAN, 2005, p. 476-477).

O fato é que Kelsen, ao conceber as decisões judiciais como atos de vontade, reconhece que as normas individuais e concretas não podem simplesmente ser deduzidas das gerais e abstratas. Por isso mesmo, reconhece ao juiz determinada discricionariedade na elaboração dos provimentos concretos: o juiz, de fato, *decide*. E essa é uma constatação com a qual a nova retórica está, efetivamente, pronta a concordar. No entanto, se, para Kelsen, é indiferente qual o caminho a ser tomado pelo julgador nos limites da discricionariedade que lhe é reconhecida, Perelman enfatiza a necessidade de que o juiz, por meio de argumentação, busque atingir uma decisão ao mesmo tempo justa e conforme ao sistema positivo.

Assim, se, por um lado, a nova retórica se distancia da teoria pura do direito ao voltar-se para a justiça e os juízos de valor, por outro, dela se aproxima, ao reconhecer a discricionariedade do julgador, e mesmo a *complementa*, ao evidenciar que, dentre as escolhas possíveis, deve-se buscar, por meio de atividade argumentativa, a melhor solução para o caso concreto, numa verdadeira síntese entre a justiça e a normatividade posta. Esse ponto de contato entre as teorias de Kelsen e Perelman é enfatizado por Viehweg (1997, p. 194-195):



Se tem-se em conta a liberdade de criação material, pode-se ver com suficiente clareza que aqui reside o ponto de contato entre a teoria pura do direito de Kelsen e a teoria retórica do direito de Perelman. Pois esta última está caracterizada porque não exclui a criação do conteúdo do direito (é dizer, um momento legislativo) mas a incorpora à teoria do direito e, desta maneira, logra complementar a teoria de Kelsen. A perspectiva retórica permite mostrar como se cria *in concreto* o direito positivo, é dizer, através de que operações mentais se determina controlavelmente o conteúdo do direito positivo. Aqui há dois conceitos de importância decisiva: o de auditório e o de discurso [...] a aprovação do auditório regula toda a criação do conteúdo do direito que, enquanto tal, carece de interesse para a teoria de Kelsen [...] o discurso se apresenta como um esquema retórico flexível, construído de uma maneira controlável através do *discorrer*, é dizer, das idas e vindas do discurso. Desta maneira, impede-se uma mecânica rígida e possibilita-se uma criação flexível e controlável<sup>53</sup>.

Já a crítica *d* acima referida diz respeito à adesão de Perelman à tópica jurídica. Segundo Atienza (2006, p. 87),

No que se refere à adesão de Perelman ao modelo tópico de raciocínio jurídico, às críticas que vimos a propósito da concepção de Viehweg, poder-se-ia, agora, acrescentar esta: dado o processo de formação – necessariamente lento – dos tópicos e sua caracterização como opiniões compartilhadas, há boas razões para pensar que o papel destes é comparativamente maior nos ramos jurídicos mais tradicionais e/ou naqueles em que o ritmo da mudança é relativamente lento (é sintomático que a maioria dos partidários da tópica se encontre entre os civilistas) do que nos setores de formação mais recente ou naqueles em que o Direito deve se adaptar a um ritmo de mudança mais intenso. Em outras palavras, o uso dos tópicos no Direito moderno precisa ser limitado, a não ser que, com a sua utilização, pretenda-se, simplesmente, a conservação e consolidação de um certo *status quo* social e ideológico [...].

---

<sup>53</sup> Tradução livre de: “Si se tiene en cuenta la libertad de creación material, puede ver-se con suficiente claridad que aquí reside el punto de contacto entre la teoría pura del derecho de Kelsen y la teoría retórica del derecho de Perelman. Pues esta última está caracterizada porque no excluye la creación del contenido del derecho (es decir, un momento legislativo) sino que la incorpora a la teoría del derecho y, de esta manera, logra complementar la teoría de Kelsen. La perspectiva retórica permite mostrar cómo se crea *in concreto* el derecho positivo, es decir, a través de qué operaciones mentales se determina controlablemente el contenido del derecho positivo. Aquí hay dos conceptos de importancia decisiva: el de auditorio y el de discurso [...] la aprobación del auditorio regula toda la creación del contenido del derecho que, en tanto tal, carece de interés para la teoría de Kelsen [...] el discurso se presenta como un esquema retórico flexible, construido de una manera controlable a través del *discurrere*, es decir, de las idas y venidas del discurso. De esta manera, se impide una mecánica rígida y se posibilita una creación flexible y controlable” (VIEHWEG, 1997, p. 194-195).

Discorda-se, aqui, do entendimento de Atienza. O recurso aos *topoi*, segundo aqui se entende, permite uma aproximação entre o direito e a sociedade, pois permite a manutenção da sintonia entre as decisões jurídicas e as concepções vigentes do *justo*. Colocada a questão nesses termos, a tópica desempenha um papel essencialmente democrático, pois a permeabilidade do direito aos *topoi*, sedimentados ao longo do tempo e no contexto da vida em sociedade, impede que o Estado – aqui visto, sobretudo, sob a ótica de sua função jurisdicional – se encerre em si mesmo, o que tenderia a afastar direito e justiça. Com efeito, a tópica permite o ingresso da concepção social do justo no contexto da atividade jurisdicional do Estado e, com isso, democratiza a aplicação do direito aos casos concretos.

Por isso mesmo, o uso dos *topoi* deve ser ampliado, e não reduzido. Convém, aliás, destacar que, segundo aqui se entende, o direito e sua aplicação devem se espelhar na sociedade e refletir o máximo possível os valores por ela aceitos, e não buscar *planificá-la* a partir de critérios a ela estranhos. E, de fato, essa democrática aproximação entre direito e sociedade é ensejada pelo uso da tópica.

No que se refere à crítica e, afirma Atienza (2006, p. 87):

[...] o fato de Perelman situar o centro de gravidade do discurso jurídico no discurso judicial e, em particular, no discurso dos juízes das instâncias superiores, supõe a adoção de uma perspectiva que distorce o fenômeno do Direito moderno (se se prefere, do Direito dos Estados pluralistas, quer dizer, dos Estados capitalistas democráticos), na medida em que atribui ao elemento retórico – ao aspecto argumentativo – um peso maior do que ele realmente tem [...] o Direito do Estado moderno se caracteriza por tender a apresentar um nível mais elevado de institucionalização da função jurídica e instrumentos de coação mais poderosos, com o que o discurso jurídico ocupa, em suma, um espaço retórico menor [...] É certo, por outro lado, que os recentes movimentos a favor da informalização da justiça implicam um eventual aumento da retórica jurídica, mas isso pode ser a contrapartida de um aumento da burocracia e da violência em outras áreas mais centrais do sistema jurídico [...].

É forçoso admitir que, com o aumento da institucionalização e da burocracia no direito, a retórica possa estar sendo negligenciada no meio jurídico. No entanto,

essa constatação não chega a infirmar a importância da retórica no direito. Com efeito, a tópica jurídica e a nova retórica evidenciam que a construção dos provimentos jurisdicionais ocorre argumentativamente – e não mediante raciocínios demonstrativos (*vide*, a propósito, o item 1.3 *infra*, sobre o silogismo judiciário) –; assim, se o aspecto retórico do direito vem merecendo pouca atenção na atualidade, o que parece estar havendo é um *empobrecimento* do discurso jurídico.

Deveras, as decisões jurídicas são, inevitavelmente, proferidas num contexto argumentativo. Por essa razão, entende-se, aqui, que a maior razoabilidade dessas decisões está significativamente relacionada à qualidade, por assim dizer, da argumentação desenvolvida. Ora, se a dimensão retórica do direito é desvalorizada, surge uma tendência à não exploração das possibilidades argumentativas dos casos sob julgamento, o que pode comprometer a razoabilidade das decisões proferidas. Até mesmo decisões inconstitucionais ou injustas apresentam algum tipo de fundamentação; bem ou mal, a aplicação do direito sempre pressupõe a atividade retórica. Pode-se concluir, a partir daí, que a retórica deve ser, efetivamente, valorizada no direito, porquanto, a partir dela, é possível um incremento das possibilidades argumentativas dos casos em discussão, com vistas à persecução de decisões justas e conformes ao sistema jurídico.

Conclui-se, pois, que, se a retórica efetivamente vem merecendo pouca atenção no cenário jurídico atual, isso não chega a infirmar a concepção perelmaniana do direito. Em um tal contexto, ao revés, renova-se a necessidade de se reabilitar a retórica – e esse é um aspecto central da proposta de Perelman –, especialmente no âmbito jurídico.

Chega-se, finalmente, à última crítica a ser aqui analisada, acima referida por *f.* Diz, a propósito, Atienza (2006, p. 89):

Uma última crítica que se pode dirigir a Perelman se relaciona precisamente com a distinção entre o raciocínio científico – dedutivo ou indutivo –, por um lado, e o raciocínio dialético – argumentativo ou prático –, por outro. Como vimos, Perelman entende a lógica jurídica como uma argumentação, não como lógica formal ou dedutiva. Além disso, ele sustenta que a distinção

entre ambas as lógicas não se refere apenas à natureza das premissas, mas também à passagem das premissas à conclusão. Mas aqui o discurso de Perelman é algo mais que equívoco. Por um lado, se tivesse levado em conta a distinção usual entre justificação interna e justificação externa<sup>54</sup> [...], ele teria podido fixar claramente o papel da lógica formal ou dedutiva no raciocínio jurídico, sem precisar contrapor, desnecessária e confusamente, a concepção dedutivista ou formalista do raciocínio jurídico à concepção argumentativa ou retórica [...].

Por outro lado, afirma o autor:

[...] a pretensão de Perelman de que a passagem das premissas à conclusão ocorre de modo diferente numa argumentação e numa dedução, porque, no primeiro caso, a passagem de um argumento para uma decisão não pode ter caráter necessário, baseia-se – parece-me – num erro. O erro consiste em ele não se dar conta de que a lógica – dedutiva ou não – se move no terreno das proposições e não no dos fatos; ou, por outras palavras, em não ter levado em conta a distinção [...] entre a conclusão de uma inferência e determinados estados de coisas, decisões etc. que estão ligados a ela, mas não de modo lógico (ATIENZA, 2006, p. 89).

Discorda-se, aqui, da crítica em comento. Perelman sustenta que o raciocínio jurídico é eminente argumentativo, não podendo ser explicado a partir de uma lógica puramente dedutiva, o que é evidenciado, por exemplo, pelo uso constante de argumentos não dedutivos no discurso jurídico – argumentos por analogia, ao absurdo, *a maiori ad minus* etc.. Por outro lado, ainda que, em determinado caso, um argumento jurídico seja construído sob a forma de uma dedução, é certo que o raciocínio levado a efeito não se limita a essa dedução em si mesma; diversamente, ele envolve, pelo menos, a *escolha das premissas*, o que, inegavelmente, é levado a efeito por meio de uma atividade argumentativa.

---

<sup>54</sup> A distinção referida pelo autor é estabelecida por Wróblewsky. *Justificação interna* é aquela em que se justifica a validade de uma inferência a partir de premissas dadas; *justificação externa*, por sua vez, é aquela em que se torna necessário justificar as próprias premissas. No primeiro caso, a justificação decorreria de pura e simples lógica dedutiva; no segundo, a justificação ultrapassaria a lógica formal (ATIENZA, 2006, p. 40).

Deveras, a argumentação jurídica pressupõe, *no mínimo*, a escolha das normas pertinentes ao caso, bem como uma decisão sobre como os fatos serão qualificados. Somente após essa escolha inicial das premissas, poder-se-á construir um argumento dedutivo. Entretanto, limitar o raciocínio jurídico a essa operação dedutiva seria ocultar a atividade retórica inicialmente desenvolvida. Com efeito, uma vez que as premissas estejam dadas, não é difícil se enunciar uma conclusão, por via dedutiva; entretanto, o aspecto mais complexo do raciocínio jurídico não diz respeito a essa operação lógica em si mesma, mas, diversamente, à escolha das premissas a serem adotadas. Sem dúvida, todo raciocínio jurídico envolve, forçosamente, essa prévia atividade de busca argumentativa<sup>55</sup>, que não pode ser considerada dedutiva.

Por outro lado, no que se refere à passagem das premissas à conclusão, o que se deve ter em mente é que as *decisões judiciais* não podem ser obtidas dedutivamente. Com efeito, se, a partir de um raciocínio dedutivo se chega à conclusão de que “A deve ser condenado”, esse enunciado, por si só, não explica, do ponto de vista da lógica formal, que um magistrado efetivamente *condene* A no caso concreto; diversamente, o magistrado *decide* condenar A à luz da argumentação previamente desenvolvida – vide, a propósito, o item seguinte deste trabalho, acerca do silogismo judiciário.

Como visto, Atienza critica esse posicionamento por entender que as *decisões* – que constituem comportamentos concretos do juiz – estariam fora do âmbito da lógica jurídica, a qual estaria limitada à análise de proposições. A crítica, porém, não parece suficiente ao se ter em mente, em primeiro lugar, que a condenação imposta por um magistrado também se traduz numa *proposição* passível de análise à luz do direito: “condeno A ao pagamento de tal quantia”, por exemplo.

---

<sup>55</sup> Isso sempre ocorre, ainda que não explicitamente. Por exemplo: ninguém duvidaria que, se alguém, ao dirigir um automóvel, abalroar o veículo à sua frente, causará um dano patrimonial ao respectivo proprietário, que deverá ser indenizado. Essa última conclusão parece defluir automaticamente da aplicação dos arts. 186 e 927 do Código Civil ao caso. Esse caráter automático decorre apenas do caráter rotineiro de casos como o do presente exemplo; entretanto, não há como negar que o suposto raciocínio dedutivo levado a efeito nesse caso pressupõe, inevitavelmente, a escolha dos arts. 186 e 927 como normas mais adequadas ao caso concreto.

Em segundo lugar, não parece exato afirmar que Perelman ignore que as decisões não integram o terreno da lógica; diversamente, entende-se aqui que ele *discorda* dessa posição, o que é absolutamente diferente. Observe-se, a propósito, a seguinte passagem:

De fato, o que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da *argumentação*, que utiliza não provas analíticas, mas provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer, ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz, nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica. As decisões de justiça, com seus motivos e seu dispositivo, fornecem, por excelência, os textos cuja análise permitirá evidenciar as argumentações próprias da lógica jurídica. Basta um instante de atenção para constatar que não se trata de um raciocínio teórico, em que, a partir de premissas verdadeiras, se chega, por meio de leis lógicas, a uma conclusão igualmente verdadeira, mas de uma *decisão* que o juiz justifica, pelos motivos indicados, sem desprezar as razões que lhe permitem descartar as objeções que as partes opõem ao seu dispositivo (PERELMAN, 2005, p. 500, grifo do autor).

À luz dessa passagem de Perelman, pode-se perceber que o autor considera a justificação de decisões como uma característica específica da lógica jurídica – o que é, aliás, bastante coerente, uma vez que o raciocínio jurídico está situado no âmbito da razão prática. Não parece, pois, adequado criticar-se a posição de Perelman com base em uma noção distinta de lógica jurídica, na qual as decisões não estão ligadas às premissas de modo lógico. Ocorre que, para Perelman, a lógica jurídica é uma lógica das decisões razoáveis, de modo que a *logicidade* das decisões jurídicas corresponde à sua razoabilidade. Portanto, a crítica formulada parece pecar por utilizar um conceito de lógica que difere daquele utilizado pelo próprio autor criticado.

Por outro lado, entende-se, aqui, ser bastante adequada a concepção perelmaniana de lógica jurídica. Deveras, caso se entenda que as decisões judiciais não estejam ligadas de modo “lógico” à argumentação que as precede, ter-se-á de admitir que estas são, na verdade, fruto do puro arbítrio. Isso porque, adotada, rigorosamente essa concepção, isso significa que, ainda que o órgão jurisdicional desenvolva toda

uma argumentação no sentido de que “A deve ser condenado”, a decisão que condena A – estando fora do campo da lógica – seja arbitrária ou não decorra dos motivos expressos na motivação.

Perelman rejeita essa concepção. Diversamente, entende o professor de Bruxelas que, sendo a lógica jurídica uma lógica voltada para a *justificação racional* das decisões, estas estão logicamente relacionadas à argumentação que as precede por um vínculo de *razoabilidade*. Por outro lado, essa razoabilidade não corresponde a um conceito fechado e previamente dado; ao revés, ela apenas ganha sentido à luz do auditório perante o qual se argumenta.

#### 1.4 O RACIOCÍNIO TÓPICO-RETÓRICO E O “SILOGISMO JUDICIÁRIO”

As considerações tecidas até aqui buscaram evidenciar o caráter tópico e retórico do fenômeno jurídico. Pode-se, concluir, a partir do que já se expôs, que as decisões judiciais são fruto de processos de argumentação dialética, em que são confrontadas opiniões pró e contra, sustentadas pelas partes com o objetivo de *persuadir* o órgão jurisdicional. Este, por sua vez, ao fundamentar suas decisões, busca *justificar* perante um determinado auditório – variável, conforme o contexto social e cultural – a *razoabilidade* da decisão proferida. Essa decisão – que, segundo Perelman, deve atender à dupla exigência de ser moralmente justa e, simultaneamente, conforme ao sistema normativo – é proferida num contexto argumentativo, sendo proferida com o auxílio de *topoi* – que orientam, em verdade, toda a argumentação jurídica, seja aquela desenvolvida pelas partes, seja aquela delineada pelo julgador em sua decisão.

À luz dessas primeiras conclusões, será brevemente analisado, neste tópico, o assim chamado *silogismo judiciário*, tradicional esquema de raciocínio ao qual

subjaz a ideia de que as decisões jurídicas decorrem de operações dedutivas. Segundo esse esquema, a decisão judicial corresponde à conclusão de um silogismo assim estruturado: (a) na premissa maior, tem-se uma norma jurídica; (b) na premissa menor, há um enunciado de fato, que corresponde à hipótese prevista na norma constante da premissa maior; e (c) na conclusão, a subsunção do fato descrito na premissa menor à norma prevista na maior.

Em síntese, portanto, o silogismo judiciário pressupõe que a aplicação do direito se dá mediante simples subsunção de fatos a normas positivas. Como não é difícil perceber, a limitação do fenômeno jurídico a uma tal operação lógico-dedutiva está em absoluta desarmonia com a visão tópico-retórica do direito, adotada neste trabalho como base teórica. Obviamente, não se está a sustentar, aqui, que um *argumento* jurídico não possa assumir *forma* dedutiva; entretantes, é certo que o *raciocínio jurídico*, que leva à decisão, não pode ser *reduzido* a um silogismo.

Uma primeira crítica ao silogismo judiciário já foi, de certa forma, antecipada no item anterior, quando se afirmou que, ainda que uma decisão seja estruturada sob a forma de uma dedução, a aplicação do direito pressupõe uma prévia escolha das premissas. Sobre o silogismo judiciário, comenta Perelman (2005, p. 507-508):

Tomemos um exemplo, o art. 393 do nosso Código Penal<sup>56</sup>, em que se lê: 'O homicídio com intenção de dar a morte é qualificado de homicídio doloso. Será punido com trabalhos forçados perpétuos'. O papel do juiz consiste em aplicar a lei aos casos particulares. Analisava-se seu raciocínio como um silogismo (o que é, aliás, inexato tecnicamente), cuja maior era fornecida pela regra de direito, a menor pela constatação de que, na ocorrência, as condições de fato se acham ou não realizadas, fornecendo a conclusão a sentença e, se fosse o caso, a condenação do réu [...] O juiz, ao condenar o acusado, aplicou simplesmente as leis da lógica? É evidente que não, pois ele fez mais: deve constatar que tal regra é aplicável, que os fatos estão estabelecidos e que devem ser qualificados em conformidade com a lei; é então somente que pode aplicar o esquema de raciocínio da lógica formal. Existe, pois, um conjunto de condições, referentes tanto ao estabelecimento dos fatos quanto à regra aplicável, que vão além da lógica formal.

---

<sup>56</sup> Perelman se refere, obviamente, ao Código Penal belga, tal como em vigor quando da redação do texto.



Como se vê, antes que seja possível a construção do silogismo, faz-se necessária a adequada escolha das premissas que dele farão parte, atividade essa que de forma alguma se amolda ao raciocínio dedutivo, mas, diversamente, tem cunho dialético. Nesse sentido, comentando o entendimento de Perelman, afirma Villey (2008, p. 257):

Segundo Perelman, o processo é sobretudo uma *justa* de opiniões. Ninguém se preocupa muito em inferir conclusões das premissas dadas. Se o processo tem que ser concluído com uma sentença que revestirá a aparência de um 'silogismo', a premissa maior não está dada. É preciso procurá-la, inventá-la, escolher entre a pluralidade de fórmulas possíveis pronunciadas pelos diferentes advogados no momento de suas explanações, durante as quais nem só as leis serão invocadas – mas também os 'princípios gerais do direito', precedentes de jurisprudência, a eqüidade, a oportunidade, que os juízes levam em conta. Nessas explanações, serão utilizadas a 'arte da argumentação', a arte de refutar, de demolir a argumentação do adversário, de demonstrar sua 'irrelevância' no caso que está em litígio, desacreditá-la, fazer prevalecer sua própria tese. E a vitória caberá, neste combate regrado, ao antagonista que tiver sabido invocar em sua tese os lugares comuns mais enraizados no espírito do juiz, tiver argumentado do modo mais convincente, se mostrado *persuasivo*.

Os pleiteantes, portanto, argumentam de modo a obter a adesão do julgador à tese que sustentam; este, por sua vez, ao *decidir* por uma determinada tese, valer-se-á de raciocínios eminentemente dialéticos. Essa constatação, por sua vez, evidencia que o aspecto mais importante do raciocínio jurídico não está situado na suposta dedução a partir de premissas dadas, mas na *seleção* dessas premissas.

Por outro lado, no que atina especificamente à premissa menor do silogismo judiciário, observe-se a seguinte crítica de Rigaux (2003, p. 53):

[...] Em suma, o fato não tem existência independente da norma jurídica sob cuja hipótese deve ser subsumido. É artificialmente criado pela própria aplicação dessa norma, o que atesta bem a circularidade própria do raciocínio do jurista: os fatos não são um dado submetido à regra, é a escolha desta que permite escolher os fatos que ela rege.

Tome-se, por exemplo, a norma, extraída de uma combinação dos arts. 186 e 927 do CC/02: “Todo aquele que, praticando um ato ilícito, causa dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a indenizá-lo”. À luz dessa norma, imagine-se que A, em uma audiência pública, tome o microfone e passe a proferir ofensas contra B. Pode-se, é óbvio, afirmar que A causou dano moral a B e que, portanto, à luz da norma em comento, deve pagar-lhe uma indenização. Entretanto, o enunciado “A causou dano moral a B” é extraído a partir da própria norma que se pretende aplicar ao caso concreto. Outrossim, o fato ocorrido – A, ao microfone, proferiu ofensas contra B em uma audiência pública – foi qualificado à luz da própria norma que já se pretendia aplicar – daí a proposição “A causou dano moral a B”. Essa circunstância, consoante entende Rigaux, demonstra a *circularidade* do silogismo judiciário.

O mesmo exemplo acima referido pode ser utilizado para que se coloque em evidência uma outra limitação do silogismo judiciário, relacionada ao caráter eminentemente *entimemático* do raciocínio jurídico. Deveras, a norma segundo a qual quem pratica um dano moral fica obrigado a indenizá-lo nada diz sobre o *quantum* a ser arbitrado como indenização. Assim sendo, ao condenar A ao pagamento de vinte mil reais a B, por exemplo, o juiz certamente fará uso de premissas não assimiláveis ao clássico formato do silogismo judiciário, pois correspondentes a juízos de valor e não a normas positivas<sup>57</sup>. Isso ocorre em razão da constante utilização de *entimemas* no raciocínio jurídico, sendo estes entendidos como “silogismos reduzidos, aos quais falta algum fio da dedução” (VILLEY, 2008, p.

---

<sup>57</sup> De forma semelhante, Atienza (2006, p. 35-36) analisa um exemplo de silogismo judiciário em que se condena alguém a uma pena de prisão pelo prazo de oito anos. De fato, no exemplo, a sentença judicial não se limita a afirmar que os réus devem ser condenados à pena de prisão, mas os condena a *oito anos* de prisão. E, de fato, para que se sustente tal conclusão, faz-se necessário pressupor a existência de premissas que, ante as circunstâncias peculiares do caso (*e.g.*, gravidade do fato e personalidade do agente), recomendem a aplicação da pena de oito anos; tal premissa, entretanto, não corresponde a uma norma de direito posto. Conclui, então, o renomado professor espanhol: “[...] o silogismo judicial não permite reconstruir satisfatoriamente o processo de argumentação jurídica, porque as premissas de que se parte – como ocorre nesse caso – podem precisar por sua vez ser justificadas, e porque a argumentação jurídica é entimemática. Um argumento entimemático pode sempre ser proposto de forma dedutiva, mas isso supõe *acrescentar premissas às explicitamente formuladas, o que significa reconstruir, não reproduzir, um processo argumentativo*” (ATIENZA, 2006, p. 36, destaques nossos).

256). Ora, no exemplo em comento, o juiz, para fixar a indenização em vinte mil reais, o juiz utiliza-se de premissas que não se encontram explícitas no suposto silogismo construído – como, por exemplo, as funções compensatória, punitiva e pedagógica da indenização. Tais premissas, como se vê, não constituem normas positivas, mas pontos de vista de argumentação cristalizados pela doutrina e pela jurisprudência – isto é, *topoi*.

Por fim, há uma última deficiência do silogismo judiciário a ser, aqui, destacada. Ocorre que esse esquema de raciocínio, ao assimilar as decisões judiciais a procedimentos dedutivos, ignora o fato de que o juiz, ao decidir, realiza, invariavelmente, *escolhas*. Não há dúvida, entretanto, de que, mesmo que o magistrado decida segundo critérios estritamente legalistas, fundando-se apenas na legalidade estrita, seu raciocínio jamais poderá ser considerado meramente dedutivo: afinal, se a premissa maior do silogismo consiste em um enunciado deôntico (*dever-ser*) e a premissa menor à afirmação de um fato, a conclusão do raciocínio corresponderá, inevitavelmente, a um *dever-ser*.

As decisões judiciais, porém, não são assimiláveis a preceitos puramente deônticos: com efeito, o órgão jurisdicional não se restringe a afirmar que tal ou qual relação jurídica *deve* ser desconstituída ou ter sua existência declarada, nem a afirmar que o réu *deve ser* condenado; ao revés, ele efetivamente *declara, desconstitui, condena* etc.. Em síntese: o julgador, ao decidir, efetivamente *age*, ou seja, adota um *comportamento* situado não no plano do *dever-ser*, mas no do *ser*. Consultem-se, a propósito, os seguintes comentários de Atienza (2006, p. 36),

[...] o silogismo judicial conclui com um enunciado normativo que estabelece que 'A e B *devem ser condenados*', ao passo que, na decisão da sentença, não apenas se diz isso como também *se condena* A e B. Essa distinção entre o enunciado normativo e o enunciado performativo (o ato lingüístico da condenação) em que consiste propriamente a decisão implica que, na mesma, está-se fazendo uma passagem do plano do discurso para o plano da ação, isto é, uma passagem que recai fora da competência da lógica.

Deveras, esse afastamento da lógica formal ocorre porque o julgador efetivamente *decide*, em sentido estrito, *escolhendo*, dentre várias alternativas, a que se lhe afigura razoável. O fato de se chegar a uma norma concreta segundo a qual “A e B *devem ser condenados*” não traz por consequência necessária, à luz da lógica formal, que eles efetivamente o serão. Portanto, se o juiz realmente condenar os réus, fá-lo-á por *escolher* se comportar em conformidade com a norma enunciada. E, se essa escolha encontra apoio em uma regra concreta, esta, diversamente de corresponder à decisão em si mesma, poderá ser entendida como o *argumento* que convence o juiz a decidir num ou noutro sentido.

Percebe-se, de todo o exposto, que o raciocínio jurídico e as decisões judiciais não podem ser assimiladas a meros processos dedutivos, sendo certo que o *silogismo judiciário* não resiste a uma análise rigorosa. Ao revés, a aplicação do direito se dá mediante discursos argumentativos, que se apoiam em *topoi* e visam à persuasão no sentido de que uma ou outra solução é a mais razoável para o caso concreto; nessa toada, o magistrado, ao decidir, realiza inevitáveis *escolhas*, fundando-se, também, em tópicos de argumentação.

E, à luz da tópica e da nova retórica, a decisão razoável para o caso concreto deve ser entendida como aquela simultaneamente conforme ao sistema normativo e justa, do ponto de vista do meio em que é proferida. A justiça da decisão, porém, não é aferida de maneira abstrata: diversamente, para escolher o caminho mais justo a ser tomado, o órgão jurisdicional deve voltar-se para as partes e para a própria sociedade – que integram seu auditório –, fundamentando a decisão em um discurso que, nesse contexto, se afigure convincente.

## 2 DEMOCRACIA E CONTRADITÓRIO: O CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL

Neste tópico, analisar-se-á a garantia constitucional do contraditório, em perspectiva ora denominada *substancial*. Para tanto, tratar-se-á inicialmente do princípio democrático, passando-se, em seguida, à sua aplicação no âmbito da função jurisdicional do Estado e, posteriormente a um estudo mais aprofundado do contraditório como direito de participação e influência no processo. Ao final, será traçada, ainda, uma relação entre a argumentação jurídica, o contraditório substancial e o ora denominado *acesso à justiça qualitativo*.

### 2.1 BREVES NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

O estudo do contraditório, na perspectiva que aqui se pretende empregar, torna necessárias algumas breves palavras sobre o princípio democrático. No direito brasileiro, o princípio encontra-se plasmado no art. 1º da CF/88, segundo o qual a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Cumpre, pois, identificar – em linhas bem gerais e, obviamente, sem qualquer pretensão de esgotar-se um tema tão rico – o significado da ideia de democracia.

Por certo, o termo *democracia*, está longe de assumir um caráter unívoco<sup>58</sup>, sendo certo que, ao longo da história e mesmo na atualidade, tem sido aplicado em uma

---

<sup>58</sup> Como afirma Goyard-Fabre (2003, p. 2), “[...] a marcha das democracias no mundo conduz a uma constatação tão evidente quanto insólita: embora universalmente invocada do ponto de vista institucional, ela carece de unicidade. Todos decerto reconhecem que a ‘democracia direta’ que despontou na Grécia hoje não passa de uma curiosidade histórica. Mas, embora de acordo com sua etimologia a democracia efetivamente designe, tanto hoje como ontem, um modo de governo no qual o povo exerce seu poder, e o exerce de forma direta, ela adota diversas figuras expressas pelos inúmeros adjetivos que a qualificam: é geralmente dita ‘representativa’ (o povo age por meio de seus representantes); fala-se também de democracia ‘governada’ (o povo é soberano mas delega seus

infinidade de sentidos e matizes absolutamente variados. Consoante leciona Goyard-Fabre (2003, p. 9, grifo da autora),

A democracia é – todos concordam nesse ponto – grega de nascença. As idéias que ela veiculou e as instituições que forjou sempre foram, ao longo dos séculos, com maiores ou menores nuances, poderosos modelos de comparação [...] Segundo suas raízes gregas, a palavra *democracia* designa o poder do povo (*demos*, *kratos*). Corresponde a uma noção surgida precisamente na Grécia antiga, a partir do século VI antes da nossa era, em Mileto, Megara, Samos e Atenas.

A democracia, portanto, é entendida, em seu sentido original, como *governo do povo*, o que remete à ideia de participação dos governados no governo e conduz à ideia de governo para o povo<sup>59</sup>. É bem conhecida, aliás, a assim denominada *fórmula de Lincoln*, segundo a qual a democracia seria “um governo do povo, pelo povo e para o povo”. Segundo Bobbio, na teoria da democracia, há uma confluência de três distintas tradições do pensamento político:

[...] a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de Governo, segundo a qual a Democracia, como Governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como Governo de um só, e da aristocracia, como Governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da

---

poderes), ou ‘governante’ (caso em que o papel dos partidos é fundamental), ou até ‘consenciente’ (caso em que o povo é passivo)... Declaram-na ‘liberal’ ou ‘socialista’, e até ‘popular’ ou ainda ‘plural’. Definem-na como ‘constitucional’, ‘parlamentar’ ou ‘pluripartidária’. Gostam de repetir que ‘a democracia está sempre se renovando’. Embora seja verdade que ela age em prol da segurança do povo nos países ocidentais, não é menos verdade que nela ocorrem as mais horrorosas matanças étnicas nas regiões ditas ‘em via de desenvolvimento’... Ora, apesar de todas essas incertezas, a democracia está envolta numa aura mágica como se devesse assumir uma dimensão planetária e ser a ‘lei da terra’ (*Nomos der Erde*), e são muitos os que crêem que ela já o é. Trata-se de um fenômeno igualmente fascinante e inquietante”.

<sup>59</sup> Consoante afirma Kelsen (1993, p. 140), “O significado original do termo ‘democracia’, cunhado pela teoria política da Grécia antiga, era o de ‘governo do povo’ (*demos*=povo, *kretein*=governo). A essência do fenômeno político designado pelo termo era a participação dos governados no governo, o princípio da liberdade no sentido de autodeterminação política; e foi com esse significado que o termo foi adotado pela teoria política da civilização ocidental”.

soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma das grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república (a outra é a aristocracia)<sup>60</sup> (BOBBIO, 2008, p. 319-320).

Mais adiante, após analisar o modo como a ideia de democracia foi metabolizada, ao longo da história, por diversas correntes de pensamento – cujos matizes ideológicos chegam a ser, por vezes, opostos –, o autor traz à tona uma noção *formal* ou *comportamental* de democracia. Nessa esteira,

[...] Olhando, por outro lado, o modo como uma doutrina inicialmente hostil à Democracia, como a teoria das elites, se foi conciliando com ela, pode concluir-se que por Democracia se foi entendendo um método ou conjunto de regras de procedimento para a constituição de Governo e para a formação das decisões políticas (ou seja das decisões que abrangem a toda a comunidade) mais do que uma determinada ideologia [...] (BOBBIO, 2008, p. 326).

A noção de democracia está, portanto, relacionada às ideias de “regras do jogo” e participação do povo, no que diz respeito à fonte e ao exercício do poder político. A relação entre democracia e participação é também enfatizada no seguinte escólio de Miranda (2002, p. 191):

Democracia é a participação do povo na ordem estatal: na escolha dos chefes, na escolha dos legisladores, na escolha direta ou indireta dos outros encarregados do poder político. Os graus de democracia concernem à sua perfeição. Mas democracia somente há se existe a co-decisão. Chama-se co-decisão a deliberação em comum, pelo povo ou por pessoas escolhidas pelo povo, isto é, não por pessoas oriundas de atos de força, ou de fato estranho ao querer da população (nascimento, por exemplo). Desde que o

---

<sup>60</sup> Decorre dessa concepção moderna, segundo o autor, “o intercâmbio característico do período pré-revolucionário entre ideais democráticos e ideais republicanos e o Governo genuinamente popular é chamado, em vez de Democracia, de república” (BOBBIO, 2008, p. 319-320).

grande número decide, pelo voto escrito, oral, ou em gestos, ou escolhe quem o faça, sem dar a essa escolha caráter de escolha definitiva, sem termo e sem revogação possível, – há democracia.

É interessante verificar, à luz dessa passagem, como a ideia de democracia se encontra profundamente relacionada às noções de participação e co-decisão. O povo, portanto, participa da escolha dos governantes – que são, em verdade, seus *representantes* – e, assim, das decisões que traduzem o poder estatal. Percebe-se, porém, no excerto acima, que, não obstante haja interessante referência à participação e à co-decisão, a atuação do povo no processo democrático aparece limitada à escolha daqueles que preferirão as decisões: participa-se do exercício do poder por meio daqueles que escolhem os tomadores de decisões.

Kelsen, por seu turno, também enfatiza a ideia de *participação* em sua análise da democracia, como se percebe na seguinte passagem:

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um *processo*, um método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia (KELSEN, 1993, p. 142, grifo do autor).

O escólio do filósofo de Viena, portanto, enfatiza a ideia de participação como o elemento principal da democracia, sendo interessantíssima, aqui, a referência à “criação e aplicação de normas gerais e individuais”. A participação do povo ocorre, pois, no contexto do processo de produção e aplicação normativa. Torna-se, assim, possível aos futuros afetados pelas normas estatais participarem do processo de sua elaboração, ideia essa que, sem dúvida alguma, guarda relação com a ideia de *co-decisão*, já referida anteriormente.



O carácter participativo também aparece como figura essencial à democracia nas lições de Miranda (1998, p. 170, grifo do autor):

Para lá da criação do Estado, só deve falar-se em princípio democrático (distinto, por exemplo, do princípio monárquico) quando o povo é titular do poder *constituente* como poder de fazer, decretar, alterar a Constituição positiva do Estado. E só deve falar-se em governo democrático, soberania do povo, soberania nacional ou soberania popular, quando o povo tem meios actuais e efectivos de determinar ou influir nas directrizes políticas dos órgãos das várias funções estatais (legislativa, administrativa etc.); ou seja, quando o povo é o titular (ou o titular último) dos poderes *constituídos*.

Portanto, segundo o constitucionalista português, o princípio democrático apresenta específicas manifestações no que tange à instituição do Estado e ao poder de reformar a Constituição e no que se refere ao exercício do governo. Observe-se, também na lição colacionada, a presença da participação do povo, sendo enfatizada a possibilidade de o povo vir a *influenciar* as decisões estatais.

Aieta, por sua vez, referindo-se especificamente ao conteúdo constitucional do princípio democrático, tal como se faz presente na Carta brasileira, nele identifica duas dimensões, uma *substancial* e outra *formal*:

[...] o *princípio democrático* perfaz-se como um princípio jurídico-constitucional, apresentando dimensões materiais e procedimentais no âmbito normativo. No *campo das dimensões materiais*, fulcra-se na observância de valores e princípios, tais como *soberania popular*, a *garantia dos direitos fundamentais*, o *pluralismo político* e a *organização política democrática*. Por sua vez, no *campo procedimental*, vincula a legitimação do Poder ao atendimento de determinadas regras e processos (AIETA, 2006, p. 55, grifo da autora).

A autora também enfatiza, ao tratar do princípio democrático, a ideia de participação – direta ou indireta – do povo no poder “para que este seja efetiva expressão da vontade popular” (AIETA, 2005, p. 61).

Uma caracterização bastante rica do princípio democrático, em sua complexidade, é fornecida por Canotilho (1999, p. 281, grifos do autor):

Em primeiro lugar, o princípio democrático acolhe os mais importantes postulados da **teoria democrática representativa** – órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes. Em segundo lugar, o princípio democrático implica **democracia participativa**, isto é, a estruturação de processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar de processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* democráticos.

O princípio democrático assume, portanto essa dupla dimensão: de um lado, o povo é *representado* por aqueles que exercem o poder político; de outro, o povo *participa* desse poder, por meio dos assim denominados *inputs* democráticos – isto é, vetores de entrada argumentativos. Outrossim, como facilmente se percebe, o princípio democrático atua como organizador do poder político: “[...] o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e de governo” (CANOTILHO, 1999, p. 284).

As observações até aqui tecidas sobre a natureza dúplice do princípio democrático são claramente aplicáveis ao sistema constitucional brasileiro: deveras, a CF/88, além de consagrar expressamente o princípio no *caput* de seu dispositivo inaugural, preceitua, logo adiante, que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (art. 1º, parágrafo único). São, pois, facilmente perceptíveis neste último dispositivo as duas dimensões do princípio democrático. Nessa esteira, afiguram-se plenamente aplicáveis ao universo constitucional brasileiro as seguintes observações de Canotilho, que, embora à luz da Constituição portuguesa, relaciona a questão da participação política à democratização da sociedade:

[...] *democratizar a democracia através da participação* significa, em termos gerais, intensificar a *otimização da participação directa e activa de homens e mulheres* (CRP, ART. 109.º) no processo de decisão (Villmar). Trata-se, pois, de acentuar aquilo que em ciência política se chama orientação de *input*. Também se assinalou já o relevo atribuído pela Constituição à 'participação organizada dos cidadãos' na resolução dos problemas nacionais (CRP, art. 9.ºc) (CANOTILHO, 1999, p. 293, grifo do autor).

De fato, o problema da participação é, hoje, fundamental para o aperfeiçoamento da democracia. De fato, conforme explica Moreira Neto (1992, p. 19, grifo do autor),

A própria hipertrofia do Estado e o surgimento de novos estamentos sociais estatais, como a *burocracia* e a *tecnocracia*, a primeira, marca do aparecimento do próprio Estado concentrador e, a segunda, do Estado interventivo e planejador, *estão distanciando os indivíduos e os grupos sociais secundários das decisões que lhes dizem respeito*. É a consciência desse distanciamento que tem provocado o crescente interesse em aperfeiçoar os métodos de participação existentes e em instituir novos, capazes de revertê-lo.

Percebe-se, pois, nessa linha de raciocínio, que a expansão do Estado o tem, por vezes, distanciando dos afetados por sua própria atuação: deveras, a hipertrofia do Estado tende a levar este último a orbitar em torno de si mesmo, o que leva os processos de decisão a ostentarem um caráter tecnocrático e burocrático que, por vezes, não espelha as vontades e interesses dos cidadãos<sup>61</sup>. Surge, pois, a

---

<sup>61</sup> Essa tendência se reflete, por exemplo, no modo como o Estado, atualmente, regulamenta sobremaneira a vida do cidadão. Segundo Creveld (2004, p. 587), "Talvez para compensar sua impotência cada vez maior, muitos Estados também criaram o perturbador hábito de se envolver nos menores detalhes da vida do povo". Mais adiante, explica o referido autor que essa tendência é encontrada até mesmo em Estados cujos níveis de intervenção na vida privada sempre foram menores, como os Estados Unidos da América: "[...] em fins da década de 1980, o número de páginas do *Federal Register* norte-americano, o jornal oficial que publica as leis e os regulamentos federais, chegava à marca de 100 mil. Essas leis controlavam até o formato das banheiras de hotéis e a altura do batente de suas portas; e os órgãos envolvidos não pareciam inclinados a reduzir sua produção depois que o presidente Bush mandou adiar as novas regulamentações em 1992. Essas e outras inúmeras formas de invasão só podem levar à alienação e à ira, que às vezes é, literalmente, explosiva. Numa pesquisa feita após o atentado de 1995 na cidade de Oklahoma, 39% dos cidadãos dos EUA entrevistados disseram que o governo federal era uma ameaça a seus direitos e liberdades. Outra pesquisa demonstrou que só 31% confiavam no governo 'na maior parte ou todo o tempo'" (CREVELD, 2004, p. 587, grifo do autor).

necessidade de incrementar a participação dos cidadãos na vida do Estado, como imperativo do princípio democrático.

A *participação política*, segundo Sani, divide-se em, pelo menos, três formas ou níveis:

[...] A primeira forma, que poderíamos designar com o termo de *presença*, é a forma menos intensa e mais marginal de Participação política.; trata-se de comportamentos essencialmente receptivos ou passivos, como a presença em reuniões, a exposição voluntária a mensagens políticas etc., situações em que o indivíduo não põe qualquer contribuição pessoal. A segunda forma poderíamos designá-la com o termo de *ativação*: aqui, o sujeito desenvolve, dentro ou fora de uma organização política, uma série de atividades que lhe foram confiadas por delegação permanente, de que é incumbido de vez em quando, ou que ele mesmo pode promover. Isto acontece quando se faz obra de proselitismo, quando há um envolvimento em campanhas eleitorais, quando se difunde a imprensa do partido, quando se participa de manifestações de protesto, etc. [sic] O termo *participação*, tomado em sentido estrito, poderia ser reservado, finalmente, para situações em que o indivíduo contribui direta ou indiretamente para uma decisão política<sup>62</sup> (SANI, 2008, p. 888, grifo do autor).

Percebe-se, pois, à luz do que foi dito até aqui, a inegável relação entre o princípio democrático e a ideia de *representação e participação* dos cidadãos no exercício<sup>63</sup> do poder estatal. Outrossim, os agentes investidos de competência para proferir decisões que de qualquer modo correspondam ao exercício desse poder o fazem *em nome do povo*, que dele *participa* direta ou indiretamente. E, uma vez que as decisões do Estado dão origem a normas jurídicas – sejam elas individuais ou

---

<sup>62</sup> “Esta contribuição, ao menos no que respeita à maior participação dos cidadãos, só poderá ser dada de forma direta em contextos políticos muito restritos; na maioria dos casos, a contribuição é indireta e se expressa na escolha do pessoal dirigente, isto é, do pessoal investido de poder por certo período de tempo para analisar alternativas e tomar decisões que vinculem toda a sociedade” (SANI, 2008, p. 888-889).

<sup>63</sup> Aqui, parece interessante ressaltar que a participação ocorre no *exercício* do poder estatal, com vistas a enfatizar que ela acontece nos *processos* de tomada de decisão. Ocorre que, se a democracia implica serem os agentes competentes para proferir as decisões *representantes* do próprio povo, ter-se-ia de concluir que, em sentido amplo, seria o povo o único verdadeiro autor dessas decisões. Não haveria, pois, co-decisão, mas apenas decisão por aquele que, em última análise, titulariza o poder. Todavia, ao que parece, a ênfase conferida à participação quer significar que, abstraída essa ideia, os cidadãos estão *integrados*, direta ou indiretamente, aos *processos* que culminam na prolação dessas decisões.

concretas –, é correto falar-se em participação do povo na criação do direito. Observa-se, ainda, que, a participação dos cidadãos, nas democracias modernas, se dá de formas cada vez mais variadas, sendo comumente enfatizada a necessidade de se a incrementar. Nesse diapasão, fala-se cada vez mais em *democracia participativa* e na integração do povo aos processos de *discussão* que levarão à tomada de decisões políticas.

No presente trabalho, é justamente a dimensão participativa da democracia que merece especial interesse, na medida em que se relaciona com a garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), no que atina especificamente ao processo judicial. Nessa esteira, afigura-se conveniente tecer alguns comentários acerca da jurisdição e de sua sujeição ao princípio democrático.

## 2.2 JURISDIÇÃO, PODER E DEMOCRACIA

Não é difícil vislumbrar a aplicabilidade do princípio democrático no âmbito das funções legislativa e executiva do Estado. Com efeito, sendo tais funções exercidas preponderantemente pelos Poderes Legislativo e Executivo, cujos exercentes são eleitos pelo povo, é evidente a presença dos elementos representativo e participativo da democracia em sua atuação. Ainda no âmbito dessas duas funções, fala-se usualmente na necessidade de se incrementar a participação popular nos processos de tomada de decisões políticas. Todavia, deve-se ter em vista que também a função jurisdicional estampa o exercício do poder estatal, razão pela qual também deve submeter-se ao princípio democrático. Ao tratar do exercício do poder no âmbito da jurisdição, assevera Dinamarco (1987, p. 84),

[...] O poder, como capacidade de influir nas decisões alheias, ou capacidade de impor suas decisões, é exercido pelo Estado e fala-se então

em poder estatal, ou poder nacional, como outros preferem, exercido sob diversos aspectos. Exerce o Estado o seu poder em toda essa gama multifária das suas atividades que se multiplicam e se ampliam cada vez mais na sociedade moderna, no Estado contemporâneo. Exerce o seu poder, inclusive e com muita frequência, em processos. Mas seja em qualquer das expressões através das quais o poder se manifesta, uma constante que se vê são as limitações ao exercício do poder. Nós pensamos especificamente e vemos as autolimitações ao exercício do poder, seja a nível [sic] constitucional, seja a nível [sic] de lei ordinária.

Cabe, neste ponto, ressaltar que, muito embora a atuação do Estado abarque funções distintas, operacionalizadas por vários entes e órgãos com competências distintas, o *poder estatal*, em si mesmo, não se fragmenta. Nesse sentido, alude Zippelius à *unidade jurídica* desse poder:

A unidade jurídica do poder do Estado significa que não existem, no território do Estado, quaisquer competências de regulação soberanas que sejam autónomas face ao poder do Estado [...] Designa-se, portanto, por unidade jurídica do poder do Estado, o facto, já conhecido, de existir uma ordem homogénea de direito e de competências. – Evidentemente, esta unidade não pode significar que uma instância central tenha de adoptar, ela própria, todas as regulações vinculativas de conduta. Um rigorismo centralista deste género seria desde logo inexequível na prática em virtude [sic] das múltiplas e imprevisíveis relações de vida que devem ser reguladas [...] A constituição e outras normas jurídicas podem, pois, repartir as funções da legislação, administração e jurisdição por diferentes órgãos do Estado, e isto de modo a que se crie também um sistema de *checks and balances* [...] Mesmo assim, não se devem, contudo, entender os diversos poderes como poderes isolados, mas sim como factores jurídica e funcionalmente coordenados (ZIPPELIUS, 1997, p. 80-81, grifo do autor).

Percebe-se, pois, que o poder estatal traduz uma unidade jurídica, que remete à própria soberania do Estado. As várias funções e competências mediante as quais o poder é exercido não significam, de modo algum, que o poder, em si mesmo, seja dividido. No mesmo sentido, assevera Dallari (2000, p. 215-216, grifo do autor):

Embora seja clássica a expressão *separação de poderes*, que alguns autores desvirtuaram para *divisão de poderes*, é ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível. É normal e necessário que haja muitos órgãos

exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância. Outro aspecto importante a considerar é que existe uma relação muito estreita entre as idéias de *poder* e de *função* do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma *distribuição de funções*.

Todas essas observações querem significar que, não obstante se fale, corriqueiramente, em *Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário* – e a própria CF/88 o faz, em seu art. 2º –, há, no Estado, apenas um *poder* – o seu próprio –, que abrange, fundamentalmente, três *funções*: a executiva, a legislativa e a judiciária. Todavia, a fim de conter abusos, é de todo conveniente que se estabeleça um sistema de freios e contrapesos, de modo que, na arquitetura do poder estatal, essas funções sejam exercidas por entes distintos. Fala-se, daí, corriqueiramente, nos três “Poderes” do Estado.

Mas, de qualquer modo, se o poder do Estado, não obstante sua estruturação operacional em várias esferas de funções e competências, traduz uma unidade, é certo que cada uma das funções estatais – e, dentre elas, a jurisdicional – encarnam esse poder uno<sup>64</sup>. Conclui-se, pois, que o exercício da função jurisdicional constitui manifestação do poder estatal, como bem afirma Chiovenda (1965, p. 4-5, grifo do autor):

A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a *legislativa*, a *governamental* (ou *administrativa*) e a *jurisdicional*. Todas três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no

---

<sup>64</sup> Consulte-se, a propósito, Miranda (2002, p. 203), “O poder, -cracia, refere-se à execução, à legislação e à justiça”. E acrescenta logo adiante: “Os atos dos juízes são, por definição, atos de aplicação das leis; o arbítrio deles é exceção. De todos, é o poder que tem mais peados os movimentos, mais predeterminados” (MIRANDA, 2002, p. 203). Concorde-se aqui, com o jurista brasileiro no que diz respeito ao fato de as três funções do Estado traduzirem exercício do poder político. Todavia, há que se fazer reservas no que diz respeito à idéia de que o Judiciário seria simplesmente um aplicador de leis positivas; deveras, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, a aplicação concreta do *direito* – e não apenas da *lei* – corresponde a um processo dialético de busca da solução mais razoável para o caso concreto, solução essa que deve atender à dupla exigência de ser conforme ao direito positivo e moral e socialmente justa – itens 1.2 e 1.3 acima.

território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei,<sup>65</sup> como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.

E o exercício do poder estatal no âmbito jurisdicional é facilmente perceptível ao se ter em vista que o Estado, ao exercer a jurisdição, efetivamente *decide*. E, aqui, devem-se ter em vista, ainda, o modo como as decisões judiciais são passíveis de *imunização*, bem como sua *imperatividade*. No que atina à *decisão*, afirma Dinamarco (2008, p. 104, grifo do autor):

Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado *decide*. Decide em abstrato, mediante normas de conduta ou de organização; decide em concreto, em sede propriamente política, ou administrativa, ou jurisdicional. Decide para si próprio e pauta sua conduta pelas decisões antes tomadas; decide para os outros, determinando a situação em que os destinatários ficarão ou as condutas que hão de ter. O Estado decide criando situações jurídicas novas, ou decide apenas revelando situações anteriores e acrescentando-lhes o atributo da certeza. Tão importante é a *capacidade de decisão* na vida do Estado, que a ela tem sido assimilado, com extrema freqüência entre os cientistas da política, o próprio conceito de *poder*. O poder político é, realmente, a *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*.

Deveras, no exercício de sua função jurisdicional, o Estado a todo instante decide<sup>66</sup> em casos concretos. E, como já referido no item 1.3 *supra*, as decisões jurisdicionais correspondem a verdadeiras *escolhas*, não se havendo que falar em puras

---

<sup>65</sup> Ocorre que, segundo o processualista italiano, a jurisdição é “a função do Estado que tem por escôpo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva” (CHIOVENDA, 1965, p. 3). Valem, aqui, as mesmas observações constantes da nota de rodapé anterior, acerca da impossibilidade de se confundir a aplicação do direito com a subsunção de fatos a leis positivas.

<sup>66</sup> Embora, é certo, não só no âmbito jurisdicional o Estado decida e, por outro lado, a jurisdição não corresponda *apenas* à prática de atos decisórios.



operações lógico-dedutivas. Tais decisões são revestidas pela imperatividade que caracteriza o poder estatal, poder esse não apenas jurídico, mas também político<sup>67</sup>:

[...] Embora *ordem jurídica*, o Estado é substancialmente uma *realidade política*, realidade de poder exercido sobre a população que compõe o território que ocupa. Esse poder supremo, que é monopólio do Estado, é também o único que se apresenta com o predicado da *soberania*, constituindo projeção moderna do *imperium*, máximo poder na ordem romana. Daí a imperatividade, que é inerente ao poder estatal, originário como se sabe e inevitável (ou irresistível) porque supremo. A *inevitabilidade* do poder estatal, em que reside o núcleo da explicação da imperatividade de suas decisões, revela-se em dois aspectos: na capacidade de impô-las e na 'impossibilidade em que se acha o submetido de se subtrair ao poder'. Isso quer dizer não só que as pessoas sob o poder do Estado se consideram sob *sujeição* a este, sendo-lhes impossível afastar a eficácia das decisões estatais, como ainda que a todos é, em princípio, trancada qualquer oportunidade de 'quebrar o vínculo da submissão' (DINAMARCO, 2008, p. 112-113, grifos do autor).

Outrossim, no exercício de sua função jurisdicional, o Estado decide imperativamente, de tal sorte que os afetados por suas decisões não dispõem do poder de romper o vínculo jurídico que os liga ao ente estatal. Inequivocamente, o jurisdicionado encontra-se sujeito a essas decisões imperativas, que, queira ele ou não, produzirão efeitos sobre sua esfera jurídica. É certo, ainda, que os provimentos jurisdicionais estão sujeitos a se tornar imutáveis, como explica Dinamarco (2008, p. 107-108):

[...] assegurada a participação na gestão do ato, quando este se realiza e com isso é exercida a capacidade de decidir, tem-se a 'afirmação de uma decisão, isto é, o recrudescimento de um sistema que toma a decisão de não consentir na chegada de novas informações que possam levar a uma modificação da decisão'. Esse endurecimento faz parte do equilíbrio de todo sistema processual, onde se espera fidelidade aos objetivos e portanto a boa qualidade dos atos preparados, mas por outro lado se sente que a demora não pode ser infinita e portanto é indispensável chegar a um termo,

---

<sup>67</sup> Nesse sentido, afirma Dallari (2000, p. 113): "O minucioso exame das características do poder do Estado, de sua origem, de seu modo de funcionamento e de suas fontes leva à conclusão de que, assim como não se pode admiti-lo como estritamente político, não há também como sustentar que seja exclusivamente um poder jurídico"

com (ao menos, certa) estabilidade dos resultados [...] Sabidamente, o grau mais elevado dessa estabilidade reside na *coisa julgada material*, autoridade que torna imutáveis os efeitos das decisões tomadas, em sede jurisdicional, sobre pretensões sujeitas a exame [...].

Sem dúvida, o recrudescimento das decisões<sup>68</sup> emanadas dos órgãos jurisdicionais também evidencia o poder estatal que se faz presente no exercício da função jurisdicional. Com efeito, *via de regra*<sup>69</sup>, os provimentos jurisdicionais, uma vez imunizados, não mais estão sujeitos a ser rediscutidos à luz de novos *topoi* que as partes por eles afetadas pretendam invocar. Ora, não é difícil perceber que essa imunização das decisões, que freia sua rediscussão, estampa uma contundente afirmação do poder estatal.

Após as considerações tecidas até aqui, é interessante observar, ainda que de forma breve, o poder estatal – aqui incluída sua emanção sob a forma jurisdicional – à luz da tópica jurídica e da nova retórica. Ocorre que, quando o Estado, por meio de sua função legislativa, insere no sistema jurídico uma determinada norma geral e abstrata, está, inequivocamente criando um *topos* que orientará as ações da sociedade. Uma lei que institui um determinado tributo é, sem dúvida, um poderoso argumento – que, por força do poder jurídico e político do Estado, desfruta de aceitação geral<sup>70</sup> –, segundo o qual é razoável concluir que existe o dever de pagar

---

<sup>68</sup> Deve-se ter em vista que o recrudescimento a que se faz referência não ocorre unicamente em relação às decisões passíveis de trânsito em julgado. Deveras, o fenômeno também ocorre ao longo do processo, por ocasião das *preclusões* (DINAMARCO, 2008, p. 108).

<sup>69</sup> A expressão “via de regra” não é, aqui, invocada por mero acaso. Deveras, à luz da tópica jurídica e da nova retórica, pode-se afirmar que a coisa julgada é, ela própria, um *topos*. Isso significa que aquele a quem aproveite uma decisão transitada em julgado tem a seu favor um argumento significativamente forte, que não pode ser rechaçado pela simples invocação de *quaisquer* outros *topoi* que pudessem ensejar uma decisão em sentido diverso. Observe-se porém que, mediante argumentação dialética, é possível sustentar a tese de que a *res judicata* deva ser afastada à luz de argumentos eventualmente mais robustos. Assim ocorre quando se obtém a adesão do órgão jurisdicional à tese de que a decisão transitada em julgado deve ser rescindida, por estar presente alguma das hipóteses do art. 485 do CPC. O mesmo acontece quando se conclui que a coisa julgada material deva ser rescindida por inconstitucionalidade.

<sup>70</sup> O emprego da palavra *aceitação* não quer aqui, significar, de modo algum, que os cidadãos do Estado possam “escolher” não se sujeitarem ao poder estatal. Deveras, um tal entendimento corresponderia a negar-se a imperatividade das decisões do Estado, contrariando tudo o que se havia até aqui. Ao revés, a *aceitação* referida no texto refere-se à presunção, por parte do auditório do Estado – isto é, da sociedade –, de que existe o dever de se comportar conforme o preceito

a exação. Dito de outro modo, a imperatividade das decisões do Estado – em si, também um *topos* – confere uma substancial carga argumentativa às normas dele originárias, qualificando como razoável a decisão<sup>71</sup> de quem se comporta segundo seus preceitos. Todavia, essa força retórica de que são dotadas as normas estatais não é absoluta: pode haver um outro *topos*, mais robusto<sup>72</sup> – como a inconstitucionalidade de uma lei – que a infirme e que poderá ser suscitado em juízo<sup>73</sup>.

O mesmo ocorre no âmbito da jurisdição: as partes apresentam ao juiz os *topoi* em que fundam suas teses e este último, ao decidir, cria um novo *topos* – a decisão –, que, novamente por força da imperatividade do poder estatal, desfruta de aceitação geral e de fortíssima carga argumentativa. Outrossim, com base nessa decisão, terá uma das partes suficiente substrato argumentativo para pleitear que o Estado obrigue a outra, pelos meios executivos cabíveis, a adotar determinado comportamento. Não obstante, contra o provimento – mesmo que transitado em julgado –, ainda se poderão levantar novos *topoi*, como uma das hipóteses legais ensejadoras da rescisão do julgado (art. 485 do CPC) ou a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional<sup>74</sup>. E esses novos tópicos serão, por sua vez, decididos

---

contido na norma e de que é razoável a decisão de se adotar tal comportamento. É, pois, justamente a imperatividade do poder que dota, *a priori*, as normas positivas de uma força argumentativa considerável.

<sup>71</sup> Não obstante as normas estatais sejam imperativas, é evidente que o seu efetivo cumprimento depende de atos de vontade daqueles que a elas estão submetidos. Se não há obediência à norma, esta continua a ser um *topos* a tornar razoável a tese de quem pleiteia em juízo o seu acatamento, bem como a decisão judicial que a acolhe.

<sup>72</sup> Tenha-se em mente que a maior ou menor robustez argumentativa de um *topos* jurídico será definitivamente aclarada no próprio diálogo argumentativo, por meio de outros *topoi* – como os provenientes da Teoria da Argumentação, da Hermenêutica etc..

<sup>73</sup> Observe-se que o ônus argumentativo no que tange à inconstitucionalidade da lei é da parte contrária. Pode-se, aqui, falar em uma aplicação do princípio da inércia: as leis do Estado se presumem válidas, cabendo àqueles que por ela são afetados sustentar sua inconstitucionalidade.

<sup>74</sup> Interessante observar que o que define as espécies de *topoi* que poderão ser levantadas com êxito em uma argumentação jurídica é, na verdade, a própria aceitação do auditório. A tese da relativização da coisa julgada material, mencionada no exemplo, é construção recente no Brasil, o que significa dizer que, por muito tempo, apenas as hipóteses legais de cabimento da ação rescisória eram, na prática, oponíveis às decisões transitadas em julgado. Posteriormente, com a evolução da doutrina e da jurisprudência, novos *topoi*, relacionados à inconstitucionalidade do julgado, passaram a ser aceitos pelo auditório brasileiro.

após o procedimento pertinente, que dará origem a um novo provimento, também respaldado pela imperatividade do poder estatal.

Seja como for, as considerações tecidas até aqui se destinaram a caracterizar a função jurisdicional como emanção do Estado: deveras, o Estado, por meio da jurisdição, *decide* de forma *imperativa* e suas decisões são passíveis de *imunização*. Isso não quer dizer, porém, que a jurisdição seja apenas *poder*; ao revés, ela é normalmente compreendida a partir do trinômio *poder-função-atividade*, a que aludem Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 131):

[...] a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)<sup>75</sup>.

De fato, considerar essas três facetas da jurisdição se afigura sobremaneira interessante. Com efeito, embora constitua, inequivocamente, emanção do poder uno do Estado, é certo que não se pode conceituá-la, pura e simplesmente, como poder. Afinal, o Estado tem o *dever* de aplicar o direito justo<sup>76</sup>, o que remete à ideia de *função* jurisdicional<sup>77</sup>; sob essa ótica, também é correto falar-se em *poder-dever*

<sup>75</sup> De forma algo semelhante, afirma Vallespín Perez (2002, p. 111) que, no âmbito jurisdicional, estão presentes a *potestade jurisdicional* exercida por juizes e tribunais, a *função de julgar e executar o julgado*, que constitui o aspecto objetivo da jurisdição, e os *processos e procedimentos*, que lhe conferem instrumentalidade.

<sup>76</sup> Entendida, aqui, a expressão *aplicar o direito* não como aplicação literal da *lei* ou subsunção de fatos a normas, conforme exposto no primeiro capítulo. Como já afirmado por diversas vezes, a aplicação do direito é um fenômeno eminentemente argumentativo e o juiz, ao levá-la a efeito, deve buscar, no caso concreto, uma síntese entre justiça e direito positivo – itens 1.2 e 1.3 *supra*.

<sup>77</sup> Confirmam-se, aqui, as observações de Couture (2002, p. 34): “A jurisdição [...] é uma função. As definições que a concebem como uma potestade só assinalam um dos aspectos da jurisdição. Não se trata somente de um conjunto de poderes ou faculdades senão também de um conjunto de deveres dos órgãos do poder público” (Texto original: “La jurisdicción [...] es una función. Las definiciones que la conciben como una potestad, solo señalan uno de los aspectos de la jurisdicción.”)

(COUTURE, 2002, p. 25). E, aqui, cabe uma observação: a inclusão da palavra *poder* no trinômio acima referido não quer importar, de modo algum, qualquer contraposição àquele poder uno titularizado pelo Estado; muito pelo contrário, pretende enfatizar que a jurisdição dele emana. Noutras palavras, a função jurisdicional encarna o poder do Estado, sendo tal poder direcionado à realização dos deveres do próprio Estado.

De outra banda, a referência à ideia de *atividade* qualifica os atos e provimentos dos juízes como jurisdicionais. Nessa ótica, a ideia de jurisdição abrange não apenas o *dever-ser*, mas também o *ser*: cada *ato* praticado pelo juiz no exercício de sua função é, em si mesmo, jurisdicional; o ato de *decidir*, e não apenas a norma concreta que dele emana, é jurisdicional. E, quando, por meio de atos executivos, o Estado possibilita a satisfação de obrigações jurídicas, a *atividade* que assim se realiza é eminentemente jurisdicional; vê-se, aí, que, por meio da jurisdição, o Estado não apenas *diz o direito* em sentido literal – *jus dicere* –, mas também promove sua efetivação. Ainda: quando, para assegurar o resultado útil de um determinado processo, exara o julgador um provimento *cautelar*, pratica também um ato jurisdicional.

E, na esteira do que já foi dito até aqui, não é difícil perceber que, no exercício da jurisdição, o Estado busca realizar seus escopos precípuos. A propósito, leciona Dinamarco (2008, p. 90-91, grifo do autor):

Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são *seus*. Quer se pense na pacificação social, educação para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta dos meios de participação democrática, ou mesmo no objetivo jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) –, sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram. Prestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder de caminhar na direção deles; e, precisando exercer o poder, precisa também o Estado-

---

No se trata solamente de un conjunto de poderes o facultades sino también de un conjunto de deberes de los órganos del poder público).

de-Direito estabelecer as regras pertinentes, seja para endereçar com isso a conduta dos seus numerosos agentes (no caso, os juízes), seja para ditar condições limites e formas do exercício do poder.

Vê-se que a própria referência à jurisdição como poder, função e atividade estatais acaba por chamar a atenção para o fato de que, por meio dela, o Estado realiza seus próprios fins, voltados, em última análise, à promoção do *bem comum*<sup>78-79</sup>. Nessa ótica, como assevera Gonçalves (2005, p. 180-181, grifos do autor),

[Os fins da jurisdição] devem ser, forçosamente, os mesmos fins do Estado. Daí conclui-se que, mais que os fins endógenos da jurisdição no processo, são os exógenos, ou seja, aqueles que extrapolam os seus limites temporais para atuarem no grupo social com vista ao *bem comum*. É a *jurisdição eficaz*.

---

<sup>78</sup> A ideia de *bem comum* como finalidade precípua do Estado é, de fato, amplamente aceita pelos estudiosos. Segundo Dallari (2000, p. 107), “[...] verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa JOÃO XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o *bem comum de um certo povo, situado em determinado território*. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo”. A propósito, afirma também Reale (1940, p. 91): “O bem comum é o fundamento último do Direito assim como o é da soberania, desde que por bem comum se entenda a própria ‘ordem social justa’”

<sup>79</sup> Segundo Matteucci (2008, p. 106), a ideia de bem comum está profundamente relacionada ao pensamento político católico e, particularmente, o da escolástica. Nessa ótica, “O Bem comum é, ao mesmo tempo, o princípio edificador da sociedade humana e o fim para o qual ela deve se orientar do ponto de vista natural e temporal. O Bem comum busca a felicidade natural, sendo portanto o valor político por excelência, sempre, porém, subordinado à moral. O Bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Enquanto o bem público é um bem de todos por estarem unidos, o Bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado; trata-se de um valor comum que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, na concórdia. Além disso, com relação ao bem individual, o Bem comum não é um simples somatório desses bens; não é tampouco a negação deles; ele coloca-se unicamente como sua própria verdade ou síntese harmoniosa, tendo como ponto de partida a distinção entre indivíduo, subordinado à comunidade, e a pessoa que permanece o verdadeiro e último fim. Toda atividade do Estado, quer política, quer econômica, deve ter como objetivo criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoas; cabe aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente este fim comum” (MATTEUCCI, 2008, p. 106).

Nessa toada, a jurisdição não é apenas uma função jurídica do Estado, assumindo, também, um papel *político*, na medida em que sua finalidade precípua remete aos próprios fins do Estado, que a locução “bem comum” faz sintetizar. Por outro lado, descendo a um nível mais específico na análise dos fins da jurisdição, é comum fazer-se referência a três ordens de escopos, que, em verdade, se complementam mutuamente: sociais, políticos e jurídicos.

Dentre os escopos sociais da jurisdição, destaca-se, inicialmente, a promoção da *paz social*. A propósito do tema, assevera Dinamarco (2008, p. 189-190, grifo do autor):

[...] A vida em sociedade seria bem pior se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em *decepções* permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a *promessa* de pôr fim a esses estados. Eis então que ele define condutas como favoráveis ou desfavoráveis à vida em grupo (licitudes, ilicitudes), acenando com recompensas ou castigos (sanções), além de estabelecer critérios para o acesso aos bens da vida e às situações almejadas. O Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações. Mas eis que o Estado positiva também o seu poder ao definir situações concretas, decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso. Legislação e jurisdição englobam-se, assim, em uma unidade teleológica [...].

Acrescenta o processualista que não basta, para a pacificação do conflito, a simples prolação de uma decisão, seja ela qual for: “Entra aqui a relevância do valor *justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (DINAMARCO, 2008, p. 191, grifos do autor). De fato, a ideia de promoção do bem comum tem por desdobramento a inafastável necessidade de se eliminarem os conflitos surgidos na vida social. Torna-se necessária, por conseguinte, a atuação do Estado nos casos concretos para, neles, fazer atuar sua função pacificadora. E, ao assim proceder, o Estado estará afirmando, imperativamente, seu poder.

Por outro lado, a noção de *pacificação com justiça* remete, inegavelmente, ao caráter argumentativo do fenômeno jurídico, de que se tratou no primeiro capítulo deste trabalho. O Estado, no exercício da função jurisdicional, não aplicará dedutivamente normas positivas, mas buscará, por intermédio do diálogo argumentativo, a solução mais razoável para o caso concreto, que atenda à dupla exigência já referida acima: conformidade ao direito positivo e justiça – item 1.2. Observe-se, por oportuno, que o Estado, ao construir, de forma tópica e argumentativa, as soluções mais adequadas para os casos concretos, possibilita uma aproximação entre o direito e o senso comum, o que, inegavelmente, favorece a *segurança jurídica* nas relações sociais: repise-se que os *topoi* constituem, por definição, pontos de vista que desfrutam de aceitação geral no meio em que são utilizados, estando, pois, sedimentados no grupo social. Destarte, seu emprego torna muito mais previsíveis e estáveis<sup>80</sup> os provimentos jurisdicionais, que poderão, assim, cumprir da maneira mais satisfatória possível sua missão pacificadora.

Ainda no que diz respeito à pacificação social, é interessante observar a relação entre a jurisdição e a *saúde* dos indivíduos e do grupo em que estão inseridos. Essa relação é bem enfatizada por Gonçalves (2005, p. 194, grifo do autor):

A intervenção do Estado nos julgamentos dos conflitos intersubjetivos de interesses tem, assim, *a priori*, relações diretas com a saúde individual e coletiva, uma vez que a jurisdição medida pelo processo judicial de solução de conflitos que a materializa visa, outrossim, ao bem estar social e individual<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Evidentemente, a ideia de estabilidade e previsibilidade não está relacionada à pura e simples conformidade às normas positivas. Como já foi dito, a melhor solução para o caso concreto deverá ser conforme ao direito positivo e, *também*, moral e socialmente justa. O recurso aos *topoi* permite que as decisões judiciais, *além* de se conformarem às leis positivas, sejam *também* mais previsíveis do ponto de vista do senso de justiça da sociedade. Nessa perspectiva, a noção de *segurança* é robustecida pela concepção tópico-retórica do direito.

<sup>81</sup> O autor entende saúde como bem estar físico, psíquico e social, tendo em conta a definição da Organização Mundial de Saúde e a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em Ottawa, Canadá (GONÇALVES, 2005, p. 190-191).



De fato, a pacificação social promovida pelo Estado, no exercício de sua função jurisdicional está, sem dúvida alguma, relacionada à saúde do grupo e do indivíduo. Deveras, o conflito traz em si a instabilidade e a perturbação da harmonia do grupo social, harmonia essa que o ente estatal, na promoção do bem comum, deve assegurar.

Um outro escopo social da jurisdição diz respeito a seu caráter *educativo*. O fenômeno da educação por meio da jurisdição é assim explanado por Dinamarco (2008, p. 191-192):

Outra missão que o exercício continuado e eficiente da jurisdição deve levar o Estado a cumprir perante a sociedade é a de conscientizar os membros desta para direitos e obrigações. Na medida em que a população confie em seu Poder Judiciário, cada um dos seus membros tende a ser sempre mais zeloso dos próprios direitos e se sente mais responsável pela observância dos alheios. Em uma sociedade assim mais educada e confiante, ao cínico 'vá buscar seus direitos' que entre nós o devedor inadimplente e mal-intencionado lança sobre o seu credor, corresponde o ameaçador *I sue you*<sup>82</sup>, com que o titular de direito dissuade o obrigado quanto a possíveis resistências injustas.

O papel educativo da jurisdição, sob enfoque distinto, é também destacado por Gonçalves (2008, p. 188):

Impende de esforço maior admitir que o comando judicial, quando no exercício da jurisdição no processo, que ajusta a conduta da parte ao ordenamento jurídico prevalecente em dada sociedade, seja, sim, dotado de caráter educativo, por isso que, mesmo sendo em razão do *imperium* da *jurisdictio*, há o acertamento do que antes fora desviante. Não se trata, à evidência, de método operacional de educação sistemática, e sim assistemática, na medida em que atua em cada situação casuística e pontual através da jurisdição.

E, mais adiante, afirma o autor:

---

<sup>82</sup> "Eu processo você".

[...] mais do que a atuação da jurisdição nos limites dos protagonistas da relação processual, tem-se a sua atuação, de igual modo com ênfase educativa, sobre todos os integrantes do grupo social que dela tomam conhecimento. A jurisdição, vê-se, extrapola os singelos limites subjetivos da prestação jurisdicional no plano endógeno processual para, desde que eficaz – atuante na situação fática que a fez provocada –, situar-se no campo do acertamento e do direcionamento da conduta social humana com caráter educativo. A jurisdição aqui sobressai, reafirma-se, como dever de prestação do Estado no plano da educação assistemática. Por conseqüência, tem-se que essa educação atua como suporte de complementaridade da educação sistemática (GONÇALVES, 2008, p. 189).

Percebe-se, nessa esteira, o papel educativo desempenhado pela jurisdição, tanto no que se refere às partes envolvidas no processo em que atua quanto no que se refere à sociedade como um todo. A jurisdição permite uma conscientização do povo quanto a seus direitos e corrige a conduta humana na sociedade, atuando, pois, como fator de educação assistemática. Feitas essas considerações, não se pode deixar de observar que o êxito na realização do propósito educativo da jurisdição será tanto maior quanto o for a *efetividade* da atuação jurisdicional.

Por outro lado, a jurisdição também apresenta fins políticos. Tais fins apresentam três aspectos básicos, segundo Dinamarco (2008, p. 198-199, grifos do autor):

[...] Primeiro, afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente (*poder*), sem a qual nem ele mesmo se sustentaria, nem teria como cumprir os fins que o legitimam, nem haveria razão de ser para o seu ordenamento jurídico, projeção positivada de seu poder e dele próprio; segundo, concretizar o culto ao valor *liberdade*, com isso limitando e fazendo observar os contornos do poder e do seu exercício, para a dignidade dos indivíduos sobre as [sic] quais ele se exerce; finalmente, assegurar a *participação* dos cidadãos, por si mesmos ou através de suas associações, nos destinos da sociedade política. *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.

Veja-se, aqui, novamente a ênfase conferida à afirmação do poder estatal: por meio da jurisdição, o Estado imperativamente, afirma seu poder, fazendo atuar, concretamente e caso a caso, o direito que dele emana. Por outro lado, cabe à

função jurisdicional coibir os abusos cometidos pelo próprio Estado – como é natural sistema de freios e contrapesos inerente à tripartição das funções estatais –, protegendo, assim, a liberdade dos cidadãos nas relações entre o Estado e os indivíduos e grupos sociais. Por derradeiro, a jurisdição possibilita ao cidadão participar do exercício do poder estatal; e, sobre a participação do cidadão no poder por meio da jurisdição, afirma Dinamarco (2008, p. 201-202, grifo do autor):

O escopo jurisdicional de canalizar a *participação* democrática está à base da *ação popular*, muitas vezes apontada entre os institutos pertinentes à jurisdição constitucional das liberdades, bem como na legitimação das associações para demandas de proteção ao *meio ambiente* e outros valores. Democracia é participação e não só pela via política do voto ou ocupação eletiva de cargos públicos a participação pode ter lugar. Todas as formas de *influência* sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir e praticar a capacidade de influir é praticar democracia.

Há, ainda, que se fazer referência aos escopos *jurídicos* da jurisdição. Não há dúvida quanto ao fato de que a função jurisdicional faz atuar concretamente o direito emanado do Estado. Há que se pensar, porém, no exato significado dessa afirmação, sobretudo diante das premissas assentadas no primeiro capítulo do presente estudo. Certamente, a decisão judicial não corresponde a um silogismo, como restou afirmado no item 1.3 acima; diversamente, o provimento configura uma *escolha* pautada em *topoi*.

Por outro lado, como também visto em momento pretérito – item 1.2 –, à luz da tópica, a aporia fundamental da justiça está na base da ciência jurídica, que fornece *topoi* para a busca do justo aqui e agora. O fenômeno jurídico é, portanto, sempre problemático e está direcionado à busca da justiça.

À luz dessas considerações, parece adequado afirmar-se que a jurisdição tem por escopo jurídico a busca da decisão mais razoável para cada caso concreto, entendida esta como aquela que melhor atende ao duplo critério indicado por

Perelman, isto é: ser *conforme ao direito positivo*, cabendo em seus preceitos normativos, e *justa*, perante o meio em que é proferida.

Pensa-se poder fazer, aqui, ainda, referência a um peculiar e interessante fim jurídico da jurisdição, que tem assumido cada vez mais importância prática: o do aperfeiçoamento do fenômeno jurídico por meio da jurisprudência. Esse papel da jurisprudência – que pode ser considerado tanto como um escopo jurídico adicional da jurisdição quanto como um desdobramento de seu escopo social educativo – vem, de fato, ganhando especial relevo no cotidiano jurídico brasileiro, sendo certo que a previsão expressa da súmula vinculante no texto constitucional (art. 103-A e §§ da CF/88) é apenas uma amostra dessa realidade. As inovações trazidas pela Lei n. 11.672/2008, que trata dos *recursos especiais repetitivos*<sup>83</sup>, constituem outro exemplo da hodierna valorização do “direito jurisprudencial” emanado dos tribunais superiores. Também o art. 557 do CPC, ao permitir ao relator negar provimento, monocraticamente, a recurso “em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior” confirma essa tendência. E ainda: os arts. 476 a 479 do CPC tratam expressamente do *incidente de uniformização da jurisprudência* nos tribunais. Todas essas situações bem ilustram, embora não esgotem, o fenômeno da crescente utilização dos precedentes judiciais na práxis jurídica<sup>84</sup>. Observe-se que o recurso à

---

<sup>83</sup> A referida Lei introduziu no CPC o art. 543-C e §§, segundo o qual, havendo múltiplos recursos especiais envolvendo uma mesma questão de direito, poderá o STJ apreciar um ou mais *recursos piloto*, por assim dizer. De acordo com a sistemática do novo diploma, os recursos não submetidos à apreciação do STJ teriam seu andamento suspenso, permanecendo no tribunal de origem até o julgamento dos recursos piloto. Após tal julgamento, poderão ter seu seguimento obstado caso o acórdão recorrido coincida com a orientação do STJ ou, na hipótese contrária, ser novamente apreciados pelo tribunal de origem. Outrossim, somente se mantida a divergência após a nova apreciação, proceder-se-á ao juízo de admissibilidade do recurso especial, para fins de lhe permitir o regular seguimento.

<sup>84</sup> Não se está aqui a afirmar que as inovações legislativas atinentes à “súmula vinculante” e ao recurso especial repetitivo, mencionadas no texto, tenham sido introduzidas na ordem jurídica com objetivos educativos ou de permitir o aprimoramento do direito por meio da jurisprudência. Com efeito, sabe-se que essas novas regras foram elaboradas pelo legislador em razão da assim denominada *massificação dos litígios*, com vistas à uniformização da jurisprudência. O que se quer dizer é apenas que essas inovações conferem *renovado destaque* ao papel desempenhado pelo direito jurisprudencial no Brasil. É esse direito jurisprudencial, considerado em si mesmo, isto é, é a gradual formação da jurisprudência que contribui para o aprimoramento do direito. Com efeito, as decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais formam novos *topoi* disponíveis para serem utilizados em casos futuros, de sorte a auxiliar futuros julgadores em casos semelhantes. Assim, aos poucos, os

jurisprudência é, hoje, usual tanto nos sistemas jurídicos integrantes da *common law* quanto nos de direito codificado. A propósito, afirma Tucci (2004, p. 12, grifos originais):

Dependendo do sistema em que se engasta, a decisão, monocrática ou colegiada, é classificada em *precedente vinculante (binding authority: sistema da common law)* e *precedente persuasivo, ou de fato, ou revestido de valor moral (persuasive authority: em regra, sistema da civil law)*.

Observem-se, a propósito, os interessantes comentários do autor acerca da utilização do precedente nos sistemas de direito codificado:

Na órbita do direito codificado [...] predomina a orientação de que a jurisprudência não goza de força vinculante. Prevalece, portanto, a idéia de que o *precedente* tem eficácia meramente persuasiva. Com efeito, é opinião corrente, sob esse aspecto, que as decisões judiciais não são consideradas fontes de produção do direito<sup>85</sup>, mas apenas ‘fonte de conhecimento’ do conteúdo normativo da lei, e que, portanto, não se impõem ao juiz (TUCCI, 2004, p. 13).

---

precedentes vão se integrando ao universo argumentativo do direito e enriquecem a práxis jurídica. E, ainda, como leciona Spota (1987, p. 29), a jurisprudência permite que o direito seja encarado como algo vivo, fluente e flexível, já que o legislador não é capaz de prever, abstratamente, toda a multiplicidade de situações da vida. E, na medida em que decisões semelhantes vão sendo proferidas, oferece-se a todos um sentimento de *segurança*. Por essas razões, entende-se, aqui, que a jurisprudência permite o aprimoramento do fenômeno jurídico. Por outro lado, se a jurisdição ostenta função educativa em relação à sociedade, não é difícil concluir que a jurisprudência desempenha um papel educativo para os integrantes do grupo, na medida em que reiteradas decisões num determinado sentido oferecem a todos um indicativo seguro sobre o *bom agir conforme o direito*.

<sup>85</sup> Observe-se que a afirmação do autor de que a jurisprudência não seria “fonte de produção do direito” não está relacionada à discussão, que há muito ocupa os teóricos do direito processual, acerca de as decisões judiciais criarem o direito para o caso concreto – sendo, pois, constitutivas – ou apenas declararem o direito existente – sendo apenas declaratórias. Ao revés, quando se diz, na passagem citada, que a jurisprudência não é fonte produtora do direito, quer-se afirmar apenas que ela não cria normas abstratas nem tem força vinculante sobre os tribunais.

E, mais adiante, enfatiza o processualista de São Paulo a importante função desempenhada pelos precedentes no que diz respeito à segurança jurídica gerada pela uniformização da jurisprudência:

[...] para os regimes jurídicos regradados pelo direito codificado, nos quais as decisões judiciais não possuem autoridade vinculante, a técnica de invocar *precedentes*, se bem utilizada, aumenta em muito a previsibilidade da decisão e, portanto, a segurança jurídica. Opera, outrossim, como importante fator a favorecer a uniformização da jurisprudência. Essa função nomofilática atende também ao interesse público da unidade da jurisprudência (TUCCI, 2004, p. 17).

Deveras, mesmo nos sistemas de *civil law* – em que os precedentes não vinculam os órgãos jurisdicionais – os precedentes permitem que se uniformize a interpretação do direito e que casos semelhantes recebam do Judiciário respostas também semelhantes. Nesse sentido, na medida em que os posicionamentos dos tribunais se vão sedimentando, as decisões futuras vão se tornando mais previsíveis.

A valorização dos precedentes judiciais vem enfatizar, por sua vez, o caráter eminentemente argumentativo do fenômeno jurídico. Com efeito, a função jurisdicional do Estado, em seu lento e gradual atuar, vai sedimentando pontos de vista acerca do direito e, assim, consolidando um verdadeiro catálogo de *topoi* que enriquecerá a argumentação em casos futuros. Os precedentes apresentam, pois, um significativo efeito retórico, permitindo a uniformização da jurisprudência e a promoção da segurança jurídica. Hoje, quando, como visto acima, a função uniformizadora da jurisprudência já aparece até mesmo expressamente no direito positivo, parece já não ser mais possível negar esse interessante escopo<sup>86</sup> da

---

<sup>86</sup> Crê-se, aqui, ser, de fato, possível aludir a um *escopo* da jurisdição. A necessidade de se propiciar segurança jurídica ao jurisdicionado enseja a necessidade de se interpretar uniformemente o direito e de se aplicar soluções semelhantes para casos semelhantes; em tempos de multiplicação dos processos e de massificação dos litígios, essa necessidade é redobrada. Cabe, outrossim, aos órgãos jurisdicionais desempenhar o importante papel de, por meio da jurisprudência, formar um repositório seguro de *topoi*, passível de utilização em casos futuros. E, como se percebe, esse papel

jurisdição. E a sedimentação da jurisprudência apresenta significativa carga retórica no que diz respeito aos casos vindouros: deveras, os precedentes orientam não apenas as escolhas do juiz, como também podem ser invocados pelas próprias partes na sustentação de uma tese e, ainda, por sua força persuasiva, geram para aqueles que pretendam defender teses que, a princípio, sejam deles destoantes o dever de distinguir o caso em exame dos anteriormente julgados.

Pois bem: as considerações tecidas até aqui tornam evidente que o exercício da jurisdição corresponde, invariavelmente, a uma atuação do poder uno do Estado, orientada para a realização do direito justo e, outrossim, de fins dele próprio e que redundam, como já enfatizado, na própria persecução do bem comum. Deveras, em qualquer das três ordens de escopos da jurisdição acima apresentadas, essa ideia básica pode ser percebida, sendo certo que o trinômio *poder, função e atividade*, acima referido, estampa o mesmo raciocínio: o *poder* do Estado *atua* concretamente, com vistas à promoção do bem comum que, sendo um fim intrínseco ao ente estatal, enseja o *dever* deste último de pacificar os conflitos e implementar o direito justo.

Essas constatações, por sua vez, sugerem duas proposições fundamentais: (a) se a jurisdição traduz um exercício do poder estatal, deve submeter-se, necessariamente ao princípio democrático, de que se tratou, em linhas gerais, no tópico anterior; e (b) se está direcionada à promoção do bem comum, é razoável supor que deva orientar-se para a busca da solução mais razoável para cada caso concreto em que atua. A primeira assertiva traz à baila a necessidade de se perquirir de que modo, exatamente, a jurisdição se sujeita ao princípio democrático; já a segunda, ao se ter em vista o exposto no primeiro capítulo, chama a atenção para a necessidade de uma atuação dialógica dos órgãos jurisdicionais, como meio de melhor desempenharem sua função.

---

indica o caráter retórico do fenômeno jurídico, na medida em que os precedentes se tornam argumentos a serem invocados nas situações vindouras.

Tome-se em consideração, inicialmente, a primeira reflexão proposta: como se dá a sujeição dos órgãos jurisdicionais ao princípio democrático? Na tentativa de responder a tal questão, após endossar a opinião de que o Poder Judiciário seria apenas *jurídico*, mas não *político*<sup>87</sup>, afirma Royo (2003, p. 898-899, grifo do autor, tradução nossa):

No que ao poder jurídico se refere, a legitimação democrática é *invisível*. Os cidadãos não intervimos, nem direta, nem indiretamente, na designação ou remoção dos membros do poder judiciário. Pode parecer, em consequência, que tal legitimação democrática não existe. E sem embargo, ‘a justiça emana do povo...’ e também tem que ter uma legitimação democrática. Como se consegue isto e como se consegue não de uma maneira fictícia, mas de forma real e efetiva? Através da ‘submissão do juiz à lei’. O juiz tem legitimidade democrática porque, quando atua, ditando qualquer resolução (sentença, auto, providência...), não é sua vontade que se impõe, mas o que se impõe é a vontade geral, é dizer, a vontade dos cidadãos através de seus representantes objetivada na lei. O juiz não tem vontade própria, mas é portador de uma vontade alheia, da vontade geral, da lei<sup>88-89</sup>.

---

<sup>87</sup> E, à luz do já exposto acima, não se pode concordar com tal entendimento, pois, como visto, a jurisdição desempenha, também, um papel político. Aliás, tratando-se de uma emanção do poder estatal, não é possível subtrair-se da jurisdição seu caráter político; afinal, o poder “[...] nunca deixa de ser substancialmente político, para ser pura e simplesmente *jurídico*” (REALE, 1940, p. 99, grifo do autor).

<sup>88</sup> Evidentemente, não se concorda aqui com a visão de que o juiz seria apenas um portador da vontade da *lei*. Na verdade, segundo a linha de pensamento adotada neste estudo, o juiz aplica o *direito*, buscando, argumentativamente, a melhor solução para o caso concreto, que atenda à por vezes já mencionada exigência de ser conforme ao direito e justa, do ponto de vista do meio em que é proferida. Dentro das balizas fornecidas por esse duplo critério, como já visto, o juiz realmente *decide*, isto é, realiza *escolhas* justificadas com base em *topoi*.

<sup>89</sup> Texto original: “En lo que al poder jurídico se refiere, la legitimación democrática es *invisible*. Los ciudadanos no intervenimos, ni directa ni indirectamente, en la designación o remoción de los miembros del poder judicial. Puede parecer, en consecuencia, que tal legitimación democrática no existe. Y sin embargo, ‘la justicia emana del pueblo...’ y también tiene que tener una legitimación democrática. ¿Cómo se consigue esto y cómo se consigue no de una manera ficticia, sino de forma real y efectiva? A través de la ‘sumisión del juez a la ley’. El juez tiene legitimidad democrática porque, cuando actúa, dictando cualquier resolución (sentencia, auto, providencia...), no es su voluntad la que se impone, sino que lo que se impone es la voluntad general, es decir, la voluntad de los ciudadanos a través de sus representantes objetivada en la ley. El juez no tiene voluntad propia, sino que es el portador de una voluntad ajena, de la voluntad general, de la ley” (ROYO, 2003, p. 898-899, grifo do autor).



Uma outra abordagem da relação entre a democracia e a jurisdição é encontrada na seguinte passagem de Chiovenda (1965, p. 6, grifos do autor):

Um princípio democrático preside também à formação dos funcionários jurisdicionais, como a dos outros funcionários públicos; é o mesmo princípio que se manifesta na forma representativa parlamentar, na tendência à descentralização administrativa e ao revigoramento das autonomias locais (*Self government*), quer dizer, *a participação mais ou menos direta dos governados no govêrno da coisa pública*. Os funcionários judiciais não são nomeados a título de mercê, como sucedia em outros tempos, e muito menos cedidos ao melhor ofertante ou transmitidos por herança; antes, as nomeações se fazem segundo normas fixadas por leis que abrem caminho aos mais idôneos e preparados<sup>90</sup>.

Vê-se, pois, que, na primeira perspectiva apresentada, a jurisdição extrairia da submissão à lei sua legitimidade democrática, porquanto a lei é, em si mesma, expressão objetiva da vontade do povo e, portanto, da própria democracia. Já na segunda concepção, essa legitimidade adviria do fato de o acesso aos cargos da magistratura ser franqueado a todos, em igualdade de oportunidades, com vistas a que sejam preenchidos em função do mérito individual. Evidentemente, não se haverá de negar, aqui, que a submissão ao *direito*<sup>91</sup> – e não estritamente à *lei*, como

<sup>90</sup> Perspectiva semelhante a essa é a de Martins (2007, p. 84-85, grifos do autor): “Por fim, sendo a tutela jurisdicional igual forma de manifestação do poder estatal, a Constituição Republicana também instituiu formas de participação e controle popular da atividade judicial, através da exigência de concurso público para provimento dos cargos da Magistratura (art. 93, II), possibilitando que tais funções sejam exercidas segundo o exclusivo critério do **mérito individual**, sendo tal preceito reprodução do que já é previsto para a Administração Pública em geral (art. 37, II, da Constituição da República). A diluição do *risco de elitização* da Magistratura também se verifica no acesso aos graus mais elevados da organização judiciária, na medida em que as promoções são reguladas por parâmetros rígidos de alternância entre as listas de merecimento, mais subjetivo, e antiguidade, exclusivamente objetivo (art. 93, III e IV), resguardando-se mais uma vez o **mérito individual** no momento de compor as diversas cortes judiciárias do país. Isto sem contar a confluência de atos que resultam nas nomeações feitas para preenchimento de vagas destinadas ao chamado **Quinto Constitucional**, que garante a indicação de profissionais oriundos do Ministério Público e dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para comporem, em caráter vitalício, os quadros dos Tribunais, amenizando o teor corporativo que poderia defluir de uma exclusiva profissionalização dos quadros da Magistratura”. Como se vê, esse tipo de perspectiva, ao tratar da legitimidade democrática dos órgãos exercentes da jurisdição, enfatiza, na verdade, à formação desses órgãos.

<sup>91</sup> Na realidade, essa submissão, como fator *isolado*, não é suficiente para garantir a legitimidade democrática da jurisdição. Pense-se, por exemplo, que a função executiva também se caracteriza pela submissão do Administrador à lei (art. 37 da CF/88), sendo certo que essa circunstância, *por si só*, não torna democrática a atuação deste.

afirma Royo – e a igualdade de oportunidade no acesso aos cargos da magistratura sejam *fatores de democratização* do exercício da função jurisdicional. Todavia, ao que parece, tais abordagens – insuficientes, segundo ora se entende – não chegam a tocar num dos pontos mais essenciais à democracia e que parece estar no centro da legitimidade democrática da jurisdição: a *participação* dos afetados pela decisão no processo que culmina com sua prolação.

Viu-se, com efeito, que a democracia traz em si as ideias de *representação* e *participação*. Outrossim, se dos órgãos jurisdicionais emana o poder do Estado, exercido em uma de suas funções essenciais, encontrando-se estes, portanto, sujeitos ao princípio democrático, não será de modo algum surpreendente afirmar que eles *representam* o próprio povo e que, de algum modo, os afetados por seus provimentos deverão *participar* do processo que culmina com sua elaboração. Deveras, segundo aqui se entende é especialmente essa participação que confere legitimidade democrática ao atuar da função jurisdicional em cada caso.

A dimensão participativa é, pois, essencial à jurisdição. Nessa esteira, aludindo a um *princípio político* ou *participativo* do direito processual, assevera Portanova (2008, p. 31):

O princípio político oportuniza o estudo da questão essencial da democracia, que é a participação do cidadão, através do processo, para a realização de seu direito individual e social. Assim, entende-se aqui como *político* o poder da parte de atuar no centro das decisões do Estado. Nesse campo é que se faz o debate do acesso facilitado ao Judiciário, da potencialidade do processo ser instrumento para contestar ações e omissões dos poderes do Estado (inclusive do próprio Poder Judiciário). Em suma, é a abertura que o processo dá para que o cidadão tenha meios processuais de atuar no centro do decisório do Estado, pondo em questão e vendo discutida e decidida sua pretensão.

O “princípio político”, porém, assim enunciado, parece corresponder ao próprio princípio democrático em si mesmo. Com efeito, não é difícil perceber que o autor está, na verdade, enfatizando a possibilidade de o cidadão se utilizar do processo para, democraticamente, interferir nas decisões estatais proferidas no âmbito de

qualquer uma de suas três funções básicas. O que se está a denominar *princípio político*, portanto, acaba por adquirir o sentido de participação como *escopo político* da jurisdição, nos termos já referidos acima. Nessa ótica, a ação popular seria um importante exemplo de participação do cidadão no poder estatal *por meio* da jurisdição.

O que agora se busca, porém, como se viu acima, é compreender como o princípio democrático se impõe *sobre* a jurisdição, condicionando seu *modus operandi*. Trata-se, pois, de verificar como a democracia se materializa, especificamente, *na* jurisdição, e não apenas, de um modo geral, *por meio* dela.

Segundo aqui se entende, tal materialização se dá *especialmente*<sup>92</sup> por meio da garantia constitucional do *contraditório*, consagrada, no Brasil, pelo art. 5º, LV, da CF/88. De fato, por meio do contraditório, o jurisdicionado participa diretamente do processo em que é exercida a jurisdição, formulando suas postulações, apresentando suas alegações, produzindo as provas que entende necessárias à prova destas etc.. Ao final, é até possível que a tese que vinha sendo defendida pelo postulante seja desacolhida pelo Estado-juiz, mas na decisão que nesse sentido caminhar restará inequivocamente evidente o signo do princípio democrático, que a legitima. Assim sendo, na já mencionada expressão de Canotilho, o contraditório enseja a existência de *inputs* democráticos no âmbito da função jurisdicional do Estado, constituindo, por assim dizer, o meio por excelência de realização da democracia nesse contexto.

Por outro lado, a democracia também se manifesta, em sede jurisdicional, por meio do dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, da CF/88) – do qual se tratará no capítulo seguinte deste trabalho –, já que, se o órgão jurisdicional *representa* os cidadãos, deve lhes prestar contas sobre o modo como exerce o poder de que está investido.

---

<sup>92</sup> Diz-se *especialmente* porque, como se verá no capítulo 3 deste trabalho, o dever de motivação das decisões judiciais também é, segundo aqui se entende, consectário do Estado democrático de direito. O contraditório, por sua vez, é aqui encarado como a manifestação *por excelência* do princípio democrático no processo, uma vez que permite a participação direta do jurisdicionado na formação do convencimento do órgão jurisdicional.

Feitas essas considerações sobre a sujeição dos órgãos jurisdicionais ao princípio democrático, convém tecer algumas linhas sobre a segunda conclusão que, mais acima, se havia extraído das considerações tecidas sobre a jurisdição e seus escopos. Trata-se da necessidade de a jurisdição atuar de modo a proporcionar as soluções mais razoáveis possíveis para os casos concretos que lhe são submetidos. Ora, como visto no primeiro capítulo, a argumentação dialética, nos moldes da tópica jurídica e da nova retórica, constitui o caminho por excelência para a busca de soluções justas para as situações concretas da vida. É, pois, mediante o recurso aos *topoi* e ao diálogo que se poderá atingir esse objetivo da jurisdição, que deflui tão naturalmente do escopo maior do Estado, de promover o bem comum. E, em sede jurisdicional, a necessidade de argumentação dialética, assim como o princípio democrático, remete o estudioso do direito, uma vez mais ao contraditório, que concretiza no processo o diálogo argumentativo.

Verifica-se, portanto, como tanto a sujeição da jurisdição ao princípio democrático quanto seu escopo de promoção do bem comum tendem, inegavelmente, para o contraditório. É chegada a hora, portanto, de se analisar essa importante garantia constitucional.

### 2.3 CONTRADITÓRIO: NOTAS HISTÓRICAS

De um modo geral, a ideia de contraditório, implícita ou explicitamente e em maior ou menor grau, está, desde tempos imemoriais, associada à de justiça. Deveras, desde a Antiguidade, já se encontra o entendimento de que a condenação de alguém deve ser precedida de sua oitiva.

Essa concepção aparece, por exemplo, nos textos bíblicos, quando Deus, antes de condenar Adão e Eva, chama-os a com Ele dialogar<sup>93</sup>, procedendo do mesmo modo em relação a Caim<sup>94</sup>. Com efeito, sendo Deus onisciente e, portanto, já conhecendo os pecados de Adão, Eva e Caim, poderia havê-los condenado sem qualquer inquirição prévia. O chamamento dos três é, pois, altamente significativo, indicando uma relação entre contraditório e justiça. Outra passagem interessante é encontrada no Novo Testamento, quando, na parábola do administrador infiel, este é chamado a responder perante seu senhor<sup>95</sup>.

Também entre os antigos egípcios é possível falar-se em certa forma de contraditório, no que atina ao processo judicial. A propósito, como explica Durant (*apud* PRATA, 1987, p. 23), “os casos eram apresentados aos juízes e debatidos, sempre sob forma escrita, nunca pela oratória”.

Já na antiga Grécia, segundo reporta Silva (1996, p. 43), a ação se inicia com a citação da parte adversa, que se procede oralmente e fica a cargo do interessado. Após a citação, as partes comparecem em juízo no prazo de cinco dias, durante o qual o demandante fornece ao magistrado os elementos em que baseia sua pretensão e o demandado prepara sua defesa; e, caso o réu, citado, não compareça em juízo, o processo segue seu curso, sendo autorizada a contumácia (GONÇALVES, 2005, p. 29). Vê-se, já aí, portanto, uma forma de contraditório.

---

<sup>93</sup> Veja-se, a propósito, a narrativa bíblica: “Eles ouviram o passo de lahweh Deus que passeava no jardim à brisa do dia e o homem e sua mulher se esconderam da presença de lahweh Deus, entre as árvores do jardim. lahweh Deus chamou o homem: ‘Onde estás?’ disse ele. ‘Ouvi teu passo no jardim’, respondeu o homem; ‘tive medo porque estou nu, e me escondi’. Ele retomou: ‘E quem te fez saber que estavas nu?’ Comeste, então, da árvore que te proibi de comer!’ O homem respondeu: ‘A mulher que puseste junto de mim me deu da árvore, e eu comi!’ lahweh Deus disse à mulher: ‘Que fizeste?’ E a mulher respondeu: ‘A serpente me seduziu e eu comi!’” (GÊNESIS, 3: 8-13). Segue-se a essa passagem a condenação divina.

<sup>94</sup> “lahweh disse a Caim: ‘Onde está teu irmão Abel?’ Ele respondeu: ‘Não sei. Acaso sou guarda de meu irmão?’ lahweh disse: ‘Que fizeste! Ouço o sangue de teu irmão, do solo, clamar para mim!’” (GÊNESIS, 4: 9-10).

<sup>95</sup> “Dizia ainda a seus discípulos: ‘Um homem rico tinha um administrador que foi denunciado por dissipar seus bens. Mandou chamá-lo e disse-lhe: ‘Que é isso que ouço dizer de ti? Presta contas da tua administração, pois já não podes ser administrador!’” (Lucas 16: 1-2).

Também no direito romano, a ideia de contraditório pode ser vislumbrada claramente. Como se sabe, a história jurídica dos romanos é dividida em três períodos: o das *ações da lei* (*legis actiones*)<sup>96</sup>, o *formulário* (*per formulae*)<sup>97</sup> e o da *cognição extraordinária* (*extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem*)<sup>98</sup>. Ao tempo das ações da lei, o processo é dividido em duas fases, denominadas *in jure* – ocorrida perante o magistrado; no início, o rei e, depois, o cônsul ou pretor – e *in iudicio* – desenvolvida diante do juiz –, sendo que, na primeira delas, é obrigatória a presença de ambas as partes perante o juiz, pois ainda não se conhece o instituto da revelia (PRATA, 1987, p. 66). Por isso, admite-se que o autor obrigue o réu, à força, a comparecer em juízo. Ainda na fase *in jure*, o pretor ouve a exposição oral do autor e, em seguida, a do réu, que pode confessar (*confessatio*) ou contestar a ação (*infitiatio*). Já na fase *in iudicio*, caso apenas uma das partes compareça, a causa é decidida a seu favor; se ambas as partes comparecerem, estas fazem suas exposições perante o magistrado. Segundo Prata (1987, p. 67), ao que parece, “[...] o ato seguinte era a peroração dos advogados em defesa de seus constituintes, ou seja, a ‘causae peroratio’”.

No período formulário, o procedimento continua bipartido nas fases *in jure* e *in iudicio* (PRATA, 1987, p. 67). Na primeira fase, tem lugar a citação, que continua a cargo do autor da ação e pode ser promovida à força. No tribunal, ouvem-se as exposições do autor e do réu, sendo que este último pode, inclusive, alegar exceções. Na fase seguinte, pode-se decretar a revelia do réu caso este se encontre ausente. Seguem-se novas exposições orais pelo autor e pelo réu e, em seguida, perorações ou orações (*orationes*) dos advogados, as quais podem ser substituídas por *altercationes*, isto é, por um diálogo franco e direto entre as partes. Nota-se, pois, claramente, a partir desses elementos, a presença do contraditório e da dialeticidade no processo romano dessa fase.

---

<sup>96</sup> De 754 a.C. a 149 d.C. (GONÇALVES, 2005, p. 36).

<sup>97</sup> De 149 a.C. a 342 d.C. (GONÇALVES, 2005, p. 36).

<sup>98</sup> De 342 d.C. até a queda do Império Romano do Ocidente (GONÇALVES, 2005, p. 36).

Por fim, no período da *extraordinaria cognitio*, é abolido o procedimento bifásico: com efeito, no processo formular, certas causas eram integralmente apreciadas pelo magistrado, cuja atuação, portanto, não se limitava à fase *in jure*. Com o fim dessa fase histórica do processo romano, em 342 d.C., o processo formular passa a ser o procedimento comum para todas as ações envolvendo controvérsias particulares, passando o magistrado a exercer um papel mais ativo no processo (GONÇALVES, 2005, p. 40). A própria citação, que antes ficava a cargo do autor, passa a ser requerida ao juiz, podendo ocorrer de três formas: (a) *denuntiationibus*, na qual o réu é convidado verbalmente; (b) *litteris*, caracterizada pelo envio de comunicação escrita ao demandado, quando este reside em outra circunscrição; e (c) *edictis*, isto é, por meio de editais, quando ausente ou desconhecido o réu (SILVA, 1996, p. 49). Nesse período, segundo Prata (1987, p. 77), as exceções que o réu eventualmente pretenda opor têm de ser apresentadas com a contestação (*contradictio*).

Verifica-se, pois, nas três grandes fases do processo romano a preocupação com a audiência de ambas as partes antes que se profira julgamento, aí se observando, claramente, a presença do contraditório.

O contraditório também é encontrado no processo germânico. Deveras, explica Silva (1996, p. 50), que, na forma das primeiras leis bárbaras, o autor, fazendo-se acompanhar por testemunhas, dirige-se ao domicílio do réu e, ali, encarrega-se de sua citação. Estabelece-se, assim, uma data na qual o demandado deve comparecer à assembléia judiciária para responder ao processo instaurado em seu desfavor. Posteriormente, a citação passa a ser realizada por determinação do juiz, a requerimento da parte.

A filosofia medieval, por seu turno, concebe o processo à luz da lógica e da ética, valorizando nele a dimensão de busca da verdade. Segundo Picardi (1997, p. 673), o recurso aos textos sacros permite elevar o contraditório a símbolo dos direitos naturais. Nessa esteira, o processo medieval valoriza a dialética e a retórica, consoante afirma Greco (2005, p. 542):

[...] O raciocínio retórico-dialético erigiu o contraditório como base da apuração da verdade, pois, através dele, o juiz adquire um saber que nenhuma mente individual poderia procurar autonomamente, o saber das partes que revela a verdade prática, inatingível pelas ciências demonstrativas.

Interessante observar como esse caráter retórico-dialético bem ilustra a forte presença da tópica no direito medieval. A propósito da *ordo iudiciarius* medieval, explica Nunes (2007, p. 148, grifo do autor):

[...] o *ordo iudiciarius* ou *ordo ius* do direito comum era entendido como verdadeiro *ordo questionum*, ou seja, como um modo de resolver questões, possuindo um caráter extra-estatal à medida que não dependia de uma vontade ordenadora externa, mas sim dos princípios da dialética, pois se buscava uma igualdade entre governantes e governados. Nesse aspecto, o contraditório possuía como primeira regra de sua aplicação a *compensação em relação às várias formas de desigualdades existentes no processo*, levando, inclusive, em consideração as circunstâncias referentes à capacidade dos defensores. Isso decorria do conceito de isegoria constitutivo da *ordo*. Tal concepção da *ordo* persistiu de uma forma mais prolongada na Europa meridional, pois, na situação cultural da Europa central, houve uma transição da concepção de '*ordine isonomico*' para uma concepção de '*ordine assimetrico*'.

Percebe-se, pois, a valorização da dialética no direito medieval. Todavia, com o advento da concepção de *ordine assimétrico* acima referida, o juiz passa a titularizar poderes probatórios inquisitoriais a partir do século XIII, utilizados na persecução dos inimigos da Igreja, do Estado e da sociedade (NUNES, 2007, p. 148).

Veja-se que o contraditório também se faz presente no processo canônico desde as origens deste. Chega-se mesmo a considerar a presença das duas partes como indispensável, não se admitindo o julgamento do réu sem sua prévia oitiva. Com efeito, busca-se a perfeição do julgamento, já que se decidia como que “no lugar de Deus” (SILVA, 1996, p. 52). Persiste-se, pois, na tentativa de trazer o réu a juízo, ainda que para tanto fosse necessário citá-lo por várias vezes. Observe-se, aliás, que até hoje é significativa a importância dispensada pelo direito canônico ao



contraditório, como evidencia a seguinte exortação do Papa João Paulo II aos membros da Rota Romana, ocorrida em 26 de janeiro de 1989:

Não se pode conceber um processo equitativo sem contraditório, isto é, sem que se conceda concreta possibilidade a cada uma das partes de ser ouvida e de poder conhecer e contradizer a postulação, as provas e as subseqüentes manifestações do *ex adverso* ou os pronunciamentos do juiz (JOÃO PAULO II *apud* TUCCI e AZEVEDO, 2001, p. 94, grifo dos autores).

A partir do século XVI, com o advento do absolutismo monárquico, o sentido retórico-dialético que havia sido assumido pelo contraditório na filosofia medieval vem a enfraquecer-se, na mesma proporção que a própria ideia de igualdade. Nessa fase, o processo é regulado pelo príncipe, sendo o contraditório concebido como direito à bilateralidade da audiência (GRECO, 2005, p. 543).

No século XVIII, já sob a forte influência do racionalismo moderno – tributário de Descartes –, o raciocínio tópico já se encontrava claramente desprestigiado pela filosofia, sendo que o abandono da dialética se fez sentir claramente numa mitigação da importância do contraditório: com efeito, a decisão judicial passa a ser vista como fruto da *razão*, obtido a partir de uma atividade intelectual solitária do julgador. Como afirma Nunes (2007, p. 149, grifo do autor):

Para essa ordem assimétrica o contraditório aparece como um obstáculo para a pesquisa da verdade que reflete um modelo de racionalidade subjetiva (instrumental), formal, *calculante*, dirigido por um juiz funcionário com uma vocação para a autoridade, a hierarquia e para o caráter estatal do direito processual.

Posteriormente, na segunda metade do século XIX, assim como na primeira da centúria passada, houve uma fragilização ainda maior do contraditório, que, antes considerado um princípio processual de forte carga axiológica, passa a ser visto como não mais do que uma regra formal aplicável a alguns procedimentos (GRECO,

p. 543). Essa perda de força valorativa do contraditório decorre, inicialmente, do espírito positivista e, mais adiante, estará associada à concepção normativista do direito. Agora, não obstante ainda se fale em *princípio do contraditório*, a expressão está longe de denotar qualquer referência a valores pré-existentes à ordem jurídica positiva (PICARDI, 1997, p. 675). A propósito, afirma Picardi (1997, p. 675, tradução nossa):

Para entender plenamente esta mudança de perspectiva, será útil recordar que no primeiro Pós-Guerra, sob o influxo da teoria normativa do direito, acabou por prevalecer a reconstrução do processo *sub specie* de procedimento. Nota-se como a aplicação de tal noção havia consentido uma reconstrução mais rigorosa das normas do processo e, em particular, um estudo mais atento do ato processual. Contudo, no âmbito desta concepção, o contraditório é relegado, de qualquer modo, às margens do fenômeno processual<sup>99</sup>.

Um novo ímpeto de valorização do contraditório ocorre, porém, na esteira do constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial, que empreende um movimento jurídico de valorização dos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

As considerações tecidas até aqui – que, de modo algum, pretendem traçar uma *história* detalhada do contraditório – destinam-se apenas a registrar que, de longa data, o “direito a ser ouvido” é associado à ideia de *justiça* e ainda no século XX ainda se encontra quem sustente seu caráter pré-positivo<sup>100-101</sup>. É bem verdade que,

---

<sup>99</sup> Texto original: “Per cogliere a pieno questo mutamento di prospettiva, sarà utile ricordare che nel primo dopoguerra, sotto l’influsso della teoria normativa del diritto, ha finito per prevalere la ricostruzione del processo *sub specie* di procedimento. È noto come l’applicazione di tale nozioni abbia consentito una ricostruzione più rigorosa della normativa processuale. Peraltro, nell’ambito di questa concezione, il contraddittorio è rimasto, in qualche modo, ai margini del fenomeno processuale.

<sup>100</sup> Rezende Filho (1960, p. 70) chega a considerar a *citação*, que chama o réu a comparecer em juízo, “um princípio, não só de direito natural, como de direito divino”.

<sup>101</sup> Por seu turno, tomando por base o *direito de defesa*, previsto na Constituição Argentina de 1853, afirma Villalba (1947, p. 17-18, tradução nossa): “Desde o ponto de vista constitucional, é um direito fundamental autêntico porque é anterior e superior ao Estado, como o são a vida e a liberdade do indivíduo. Não é, portanto, um direito concedido pela Constituição, senão um direito inato do homem.

como visto acima, a Modernidade viu ocorrer um declínio do conteúdo axiológico do contraditório em decorrência da desvalorização da dialética. Ainda assim, porém, é certo que o contraditório – sob diversas roupagens – atravessou a história da humanidade, chegando até os dias atuais, sendo, pois impossível falar-se hoje em *processo justo* sem sua observância.

## 2.4 GARANTIA CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E SUAS DIMENSÕES FORMAL E SUBSTANCIAL

As constituições contemporâneas passaram, de um modo geral, a garantir o contraditório ao jurisdicionado, seja expressamente ou implicitamente, como decorrência de cláusulas referentes ao *devido processo legal* (*due process of law*) ou ao *processo justo*<sup>102</sup>. É, com efeito, o que afirma Morello (1994, p. 229, grifo do autor, tradução nossa):

---

É primário porque afeta a vida integral humana, preservando-a do aniquilamento ou de danos físicos ou morais que a afetem; e é absoluto porque é um direito que o indivíduo tem frente ao Estado, e, em princípio, não admite limitação que desnaturalize sua essência”. Texto original: “Desde el punto de vista constitucional, es un derecho fundamental auténtico porque es superior y anterior al Estado, como lo son la vida y la libertad del individuo. No es, por lo tanto, un derecho concedido por la Constitución, sino un derecho innato del hombre. Es primario porque afecta a la vida integral humana, preservándola del aniquilamiento o de daños físicos o Morales que la afecten; y es absoluto porque es un derecho que el individuo tiene frente al Estado, y, em principio, no admite limitación que desnaturalice su esencia”. Importante observar, no entanto, que o direito de defesa a que alude o autor não se confunde com o simples direito a ser ouvido, abrangendo tanto a possibilidade de resistir a uma pretensão quanto a de reclamar a tutela jurisdicional (VILLALBA, 1947, p. 30). Destarte, pode-se afirmar que esse direito, garantido pela ordem constitucional argentina e que o autor considera inato, congrega as noções de acesso à justiça e contraditório, de modo que o direito a ser ouvido é apenas um de seus aspectos.

<sup>102</sup> Observe-se que, atualmente, as expressões *devido processo* e *processo justo* têm sido empregadas como sinônimas. Nesse sentido, explica Nery Júnior (2009, p. 86) que o *justo processo* nada mais seria do que o *devido processo em sentido processual* (*procedural due process*) e que os juristas italianos, na tentativa de traduzir a palavra inglesa *due*, sugerem as ideias de processo *regular* ou *correto*, o que os leva à expressão *processo justo*; opta, porém, o processualista de São Paulo por empregar a locução *devido processo*, a fim de guardar fidelidade ao texto constitucional brasileiro. De fato, entende-se, aqui, que a CF/88 traz, em seu art. 5º, LIV, a garantia de um processo

O direito a ser ouvido terminou por ser – em todas as latitudes – um direito constitucional fundamental. Por sua vez, o significado literal de devido processo legal é o de um *proceso justo*. Isto significa que nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida, de sua liberdade ou propriedade, sem uma oportunidade de ser ouvida em defesa de seus direitos<sup>103</sup>.

Não há, pois, repita-se, processo justo sem direito a ser ouvido, havendo, inclusive, quem considere o contraditório elemento essencial à própria ideia de processo<sup>104</sup>. Todavia, se, em suas origens, o contraditório correspondia ao simples direito a ser ouvido, hoje é preciso compreendê-lo em toda a riqueza significativa que assume no contexto da moderna *constitucionalização das garantias processuais*. Sobre essa constitucionalização, explica Junoy (1997, p. 17, tradução nossa):

Depois da Segunda Guerra Mundial, produz-se na Europa e especialmente naqueles países que na primeira metade do século XX tiveram regimes totalitários, um fenômeno de constitucionalização dos direitos fundamentais da pessoa e, dentre estes, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo processo judicial. Pretendia-se com isso evitar que o futuro

---

*justo*: não basta, assim, que haja processo ou atendimento protocolar a formalidades procedimentais; mais que isso, é indispensável que esse processo seja *devido*, ou seja, *justo*. Nesse diapasão, considerar-se-ão sinônimas, no presente trabalho, as duas expressões. Importante salientar, ainda, que, atualmente, a ideia de processo justo ou devido processo legal contém uma inequívoca referência ao *modelo constitucional de processo*; em razão disso, o devido processo legal também é hoje denominado *devido processo constitucional*. Como assevera Bedaque (2006, p. 26), “[...] processo não é, nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional. De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem”.

<sup>103</sup> Texto original: “El derecho a ser oído ha terminado por ser – en todas las latitudes – un derecho constitucional fundamental. A su vez, el significado literal de debido proceso de ley, es el de un *proceso justo*. Esto significa que ninguna persona puede ser privada de su vida, libertad o propiedad, sin una oportunidad de ser oída en defensa de sus derechos” (MORELLO, 1994, p. 229, grifo do autor).

<sup>104</sup> Por todos, cite-se Fazzalari, para quem “o processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em *contraditório*, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

legislador desconhecesse ou violasse tais direitos, protegendo-os, em todo caso, mediante um sistema reforçado de reforma constitucional<sup>105</sup>.

Assim, a partir dessa nova tendência, surgida após a Segunda Grande Guerra, a ideia de *devido processo* recebe novo impulso, somando-se a um conjunto de garantias do processo, previstas – comumente, de forma bastante detalhada – nas modernas constituições. Nesse contexto, ao referir-se a uma noção moderna de processo justo, afirma Morello (1994, p. 265, grifo do autor, tradução nossa):

Proceso *justo constitucional* pressupõe, envolve, contém, se integra e desdobra através do acceso à jurisdicción sem obstáculos que nos feitos vedem o direito a ser ouvido, a produzir e practicar prova pertinente, a alegar, a uma sentença suficientemente motivada, a que o processo seja rápido e definido em um prazo razoável, a poder recorrer, a que as garantías da bilateralidade (audiência) e de contradicción sejam tangíveis; assim como que a possibilidade de exercer os atos e actividades com asistencia técnica adecuada e que o conteúdo da defensa não se satisfaçam só formalmente, mas de maneira efetiva [...]<sup>106</sup>.

Percebe-se, pois, como as garantias constitucionais do processo, sintetizadas na ideia de processo justo, recebem destaque especial no interior do ordenamento jurídico. Deveras, após a Segunda Guerra Mundial, as constituições passam a, efetivamente, figurar como eixos centrais de toda a normatividade positiva,

---

<sup>105</sup> Texto original: “Tras la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de la persona y, dentro de estos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional” (JUNOY, 1997, p. 17).

<sup>106</sup> Texto original: “Proceso *justo constitucional* presupone, involucra, contiene, se integra y despliega a través del acceso a la jurisdicción sin obstáculos que en los hechos le vedan el derecho a ser oído, a gestionar y practicar prueba pertinente, a alegar, a una sentencia suficientemente motivada, a que el proceso sea rápido y se lo defina en un plazo razonable; a poder proponer los recursos, a que las garantías de la bilateralidad (audiencia) y de contradicción sean tangibles; así como que la posibilidad de ejercer los actos y actividades con asistencia técnica adecuada y que el contenido de la defensa no se satisfagan sólo formalmente sino de manera efectiva [...]” (MORELLO, 1994, p. 265, grifo do autor).

multiplicando-se em seus textos os *topoi* relativos aos direitos e garantias fundamentais, aí incluídas garantias de cunho processual.

E a CF/88 acompanha, sem dúvida alguma, o movimento de constitucionalização do Direito Processual, trazendo em seu texto diversas cláusulas instituidoras de um verdadeiro *modelo constitucional de processo*. Dentre elas, podem ser destacadas as instituidoras do *acesso à justiça* (art. 5º, XXXV), do *devido processo legal* (art. 5º, LVI), do *contraditório e da ampla defesa* (art. 5º, LV) e da *motivação das decisões judiciais* (art. 93, IX).

De qualquer modo, à luz das considerações acima desenvolvidas sobre o *processo justo*, costuma-se afirmar que a ideia de *devido processo legal* tem o condão de sintetizar todas as garantias do processo. É esse, por exemplo, o entendimento de Nery Júnior (2009, p. 85, grifos do autor):

[...] a cláusula *procedural due process of law*<sup>107</sup> nada mais é do que a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo a pretensão

<sup>107</sup> Com a expressão *procedural due process*, quer-se designar o devido processo em sentido processual, ou seja, “as repercussões e incidências, no direito processual, do princípio do devido processo legal” (NERY JÚNIOR, 2009, p. 84). Trata-se, com efeito, do conjunto de garantias constitucionais inerentes ao *processo justo*, nos termos delineados acima. Todavia, o devido processo apresenta, ainda, um sentido *substancial*, que diz respeito a todos os ramos do direito: nessa acepção, afirma-se que o devido processo protege os direitos à vida, à liberdade e à propriedade contra eventuais violações por parte do Estado, as quais não poderiam ser perpetradas nem mesmo pelo legislador. Impõe-se, nessa esteira, ao legislador uma exigência de *razoabilidade* na elaboração das leis, sob pena de violação indevida àqueles três direitos fundamentais. Nesse sentido, abre-se a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis à luz da razoabilidade destas. Um interessante exemplo de aplicação do devido processo legal substantivo, ocorrido nos anos 70, em que se reputou uma lei inconstitucional em razão de sua irracionalidade, é fornecido por Tribe e Dorf (2007, p. 59): “O Congresso aprovou uma alteração na legislação sobre tíquetes de alimentação dizendo que, quando uma família convida para viver com ela, [sic] alguém que não seja seu membro, perde o seu benefício, mesmo que ela tenha direito. Se existir no estabelecimento familiar alguém que não tenha vínculo de sangue ou de matrimônio com algum dos membros, não será disponibilizado nenhum tíquete. No caso *United States Department of Agriculture v. Moreno*, a Suprema Corte sustentou que com essa lei o Congresso violou a *Due Process Clause* (cláusula do devido processo legal) da 5ª Emenda. Ela decidiu que essa lei era completamente irracional – talvez motivada pela animosidade para com as comunidades *hippies*, mas de toda forma, completamente irracional. O propósito do Congresso nesse contexto foi atender às necessidades nutricionais. Não há nenhuma relação racional, alegou a Corte, entre atender essas necessidades e exigir certos tipos de relação entre pessoas que gostam de viver junto [sic]”. Segundo os mesmos autores, esse posicionamento se manteve inalterado até 1986, quando proferida uma decisão distinta sobre tíquetes de alimentação: “No caso *Lyng v. Castillo* a Corte sustentou que o Congresso, sem dúvida, deveria ter alguma base racional para conceder menos dinheiro de tíquete alimentação às famílias,

e defendendo-se do modo mais amplo possível, isto é, de ter *his Day in Court*, na denominação genérica da Suprema Corte dos Estados Unidos. Bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio do devido processo legal, e o *caput* e os incisos do art. 5.º, em sua grande maioria, seriam absolutamente despiciendos. De todo modo, a explicitação das garantias fundamentais derivadas do devido processo legal, como preceitos desdobrados nos incisos da CF 5.º, é uma forma de enfatizar a importância dessas garantias, norteadas a administração pública, o Legislativo e o Judiciário para que possam aplicar a cláusula sem maiores indagações.

O devido processo legal, portanto, sintetiza a ideia moderna de processo justo, significando, pois, todo o conjunto de garantias constitucionais processuais. Nesse sentido, é elucidativo o seguinte escólio de Dinamarco (2009, p. 250, grifos do autor):

A expressa garantia do *due process of law*, contida no inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo mediante uma fórmula sintética destinada a afirmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma. Esse enunciado explícito vale ainda como *norma de encerramento* portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas mas igualmente associadas à ideia democrática que deve prevalecer na ordem processual (art. 5º, § 2º). A doutrina tem muita dificuldade em conceituar o *devido processo legal* e precisar os contornos dessa garantia – justamente porque vaga e caracterizada por uma amplitude determinada e que não interessa determinar. A jurisprudência norte-americana, empenhada em expressar o que *sente* por *due process of law*, diz que é algo que está em torno de nós e não sabemos bem o que é, mas influi decididamente em nossas vidas e em nossos direitos (Juiz Frankfurter, da Corte Suprema americana).

O devido processo, por conseguinte, congrega todas as garantias que, historicamente, se reconhece como inerentes ao processo justo. Mais do que defini-lo precisamente em toda a sua amplitude, interessa compreendê-lo como síntese de um *modelo* de processo justo. Nessa esteira, são várias as garantias abarcadas pela *due process clause*:

---

[sic] do que aos coabitantes sem relações familiares: famílias são mais propensas a comer junto [sic], e, considerando que o custo da comida diminui em proporção à quantidade, as famílias precisariam de menos subsídio” (TRIBE e DORF, 2007, p. 59).

O *devido processo* (*processo justo*) pressupõe a incidência da isonomia; do contraditório; do direito à prova; da igualdade de armas; da motivação das decisões administrativas e judiciais; do direito ao silêncio; do direito de não produzir prova contra si mesmo e de não se auto-incriminar; do direito de estar presente em todos os atos do processo e fisicamente nas audiências; do direito de comunicar-se em sua própria língua nos atos do processo; da presunção de inocência; do direito de duplo grau de jurisdição no processo penal; do direito à publicidade dos atos processuais; do direito à duração razoável do processo; do direito ao julgador administrativo e ao julgador juiz natural; do direito a juiz e tribunal independentes e imparciais; do direito de ser comunicado previamente dos atos do juízo, inclusive questões que o juiz deva decidir *ex officio*, entre outros derivados da *procedural due process clause* (NERY JÚNIOR, 2009, p. 90, grifos do autor).

Interessa, aqui, enfatizar a relação entre devido processo e contraditório. Ora, como se viu, o processo justo é inconcebível sem o contraditório. E, se as garantias inerentes ao hodierno modelo de processo receberam destaque constitucional a partir do Pós-Guerra, há de se concluir que o contraditório, como uma dessas garantias, também apresenta um significado constitucional. Impõe-se, assim, investigar qual o significado moderno do contraditório e, mais ainda, qual o sentido do contraditório na ordem jurídica brasileira, à luz da CF/88.

Frise-se que a Carta brasileira conferiu grande destaque a essa importante garantia ao dispor, em seu art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>108</sup>. Com efeito, pela primeira vez, assegura-se expressamente no texto constitucional a incidência do contraditório não só no âmbito do processo jurisdicional, como também no do processo administrativo. Ademais, o constituinte de 1988, ao referir-se a “processo judicial”, não repetiu a tradição encontrada nos textos constitucionais anteriores, que apenas se referiam

---

<sup>108</sup> Interessante observar que a CF/88 trouxe expressa referência tanto ao *contraditório* quanto à *ampla defesa*. Segundo Nery Júnior (2009, p. 244), “Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral, trabalhista) e no processo administrativo, com a conseqüente possibilidade de fazer prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas”. À luz dessa orientação, adota-se, aqui, o entendimento de que a *ampla defesa* é uma decorrência do contraditório, dizendo respeito aos *meios* pelos quais ele efetivamente se operacionaliza no processo. Assim, por exemplo, oportunidades de manifestação, provas e recursos constituem exercício da ampla defesa e instrumentalizam, no caso concreto, o contraditório.



explicitamente ao processo penal<sup>109-110</sup>. Inegável, portanto, a proeminente posição conferida ao contraditório no atual ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o constitucionalismo contemporâneo e o moderno garantismo processual. Há, pois, que se analisar a garantia em toda a sua completude.

Em decorrência das raízes históricas da garantia, possivelmente a primeira ideia que dela se faça, mesmo em tempos contemporâneos, diga respeito à audiência e à defesa do demandado. Ao tratar do contraditório, afirma Palomino (1993, p. 72-73, tradução nossa) que

---

<sup>109</sup> Transcrevem-se, a seguir, os dispositivos das antigas Cartas brasileiras atinentes à matéria, todos os quais apenas continham expressa menção aos “acusados”, isto é, aos réus no processo penal. Art. 179, VIII, da CI/1824: “Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as”. Art. 72, § 16, da CF/1891: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”. Art. 113, 24, da CF/1934: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”. Art. 122, 11, da CF/37: “à exceção do flagrante delicto, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de lei e na forma por ela regulada; a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”. Art. 141, § 25, da CF/46: “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”. Art. 150, § 15, da CF/67, em sua redação original: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de exceção”. Art. 150, § 15, da CF/67, alterada pela EC n. 1/69: “A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção”.

<sup>110</sup> Sob a vigência da CF/67, com as alterações introduzidas pela EC n. 1/69, havia divergência acerca da incidência da garantia do contraditório também no processo civil. Em sentido favorável, afirmava, por exemplo, Dinamarco (1987, p. 92-93): “Parece mais importante considerar a *mens legis* do que a *mens legislatoris*. Dessa maneira, embora a Constituição fale, por essas circunstâncias históricas, em instrução contraditória, na realidade está garantindo a instrução contraditória em qualquer processo e me parece que isto basta para que tenhamos a convicção de que é da Constituição a garantia do contraditório no processo civil também”. Em sentido contrário, entendia Miranda (1987, p. 235): “A defesa, a que alude o § 15, é a defesa em que há acusado; portanto, a defesa em processo penal, ou fiscal-penal ou administrativo, ou policial. O princípio nada tem com o início do processo civil, onde há réus sem direito à defesa, antes da condenação”.

Se o processo está ordenado à decisão da controvérsia jurídica, é dizer, deve dar resposta a um conflito de interesses bilateral [...] é obrigatório que se estructure sobre a base de uma dialética também contraditória. Expresso em outras palavras: não seria lógico nem muito menos justo resolver um conflito bilateral com audiência unilateral. É este o fundamento do princípio da contradição, ao qual se referem alguns velhos aforismos (*nemo inauditus damnari potest, auditur et altera pars*), os quais, em essência, proclamam que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, ou, como pontua a moderna doutrina, sem haver contado com a possibilidade de o ser<sup>111-112</sup>.

Há, pois, uma dialeticidade inerente ao processo, em razão da qual é possível falar-se em *audiência bilateral*. Consoante afirma Pisani (1996, p. 223, tradução nossa), “A causa justificativa do princípio do contraditório se descobre no normal carácter bilateral da demanda, que tem por destinatário o juiz e aquele contra quem o que a propõe pretende que o provimento requerido produza seus efeitos”<sup>113</sup>.

Pois bem: a partir da ideia de devido processo e de seu desenvolvimento histórico, construiu-se a noção de que o contraditório poderia ser definido a partir do binômio *ciência e resistência* ou *informação e reação*. Isso significa que, em um processo justo, é indispensável que cada uma das partes seja informada dos atos praticados

---

<sup>111</sup> Texto original: “Si el proceso se ordena a la decisión de la controversia jurídica, es decir, debe dar respuesta a un conflicto de intereses bilateral [...] resulta obligado que se estructure sobre la base de una dialéctica también contradictoria. Expresado con otras palabras: no sería lógico ni mucho menos justo resolver un conflicto bilateral con audiencia unilateral. Es este el fundamento del principio de contradicción, al que se refieren algunos viejos aforismos (*nemo inauditus damnari potest, auditur et altera pars*), los cuales, en esencia, proclaman que nadie puede ser condenado sin ser oído, o, como puntualiza la moderna doctrina, sin haber contado con la oportunidad de serlo” (PALOMINO, 1993. p. 72-73).

<sup>112</sup> Semelhantemente, referindo-se a um *princípio de audiência*, afirma Nosete (1984, p. 254, tradução nossa): “Com efeito, o princípio de audiência exige que ao demandado se dê a oportunidade de comparecer mediante citação legal produzida de forma que garanta que tenha notícia do litígio e possibilidade de defender-se, mediante o exercício de seu direito à jurisdição, através da correlativa faculdade de excepcionar frente à ação do demandante. Este direito de defesa do demandado deve reconhecer-se em condições de igualdade a respeito das correlativas oportunidades ao demandante” (NOSETE, 1984, p. 254, tradução nossa). Texto original: “En efecto, el principio de audiencia exige que al demandado se le dé la oportunidad de comparecer mediante citación legal producida en forma que garantiza que tenga noticia el litigio y posibilidad de defenderse, mediante el ejercicio de su derecho a la jurisdicción, a través de la correlativa facultad de excepcionar frente a la acción del demandante. Este derecho de defensa del demandado debe reconocerse en condiciones de igualdad respecto de las correlativas oportunidades del demandante” (NOSETE, 1984, p. 254).

<sup>113</sup> Texto original: “La causa giustificatrice del principio del contraddittorio si rinviene nel normale carattere bilaterale della domanda che ha per destinatari il giudice e colui nei cui confronti chi propone la domanda pretende che il provvedimento richiesto produca i suoi effetti” (PISANI, 1996, p. 223).

pela outra e que a eles tenha a oportunidade de reagir em condições isonômicas. Merece realce, no entanto, o fato de que o contraditório não diz respeito apenas ao demandado – como poderia dar a entender a afirmação de que “ninguém pode ser *condenado* sem ser ouvido”, mas a ambas as partes – e, consoante se demonstrará mais à frente, também ao juiz. Ambos os pleiteantes têm o direito de conhecer os atos e postulações que lhes são contrárias e a elas reagir. Essas ideias estão presentes no seguinte escólio de Nery Júnior (2009, p. 206, grifos do autor):

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da *obrigação de noticiar (Mitteilungspflicht)* e da *obrigação de informar (Informationspflicht)* que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contendores têm o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

O contraditório está, nesse diapasão, relacionado à ideia de *bilateralidade da audiência*, não mais se entendendo aqui “audiência” como simples direito do réu a ser ouvido. Em razão do contraditório, a demanda é bilateral, devendo a ela ser integrado aquele em face de quem ela é movida, para que possa ser ouvido diante do Estado-juiz, a fim de fazer valer suas razões e exceções em sentido contrário (REDENTI, 1997, p. 7).

Diante das considerações acima, é indubitável que o contraditório impõe a observância de uma *forma* dialética no processo, no sentido de que ambas as partes devem ser científicadas de todos os atos do processo, podendo sobre eles se manifestarem e provando suas alegações pelos meios que entenderem necessários. Como afirma Pérez (2002, p. 72, tradução nossa), “Sob a cobertura do princípio da

audiência ou contradição faz-se alusão a que o processo tem uma construção dialética e que no debate judicial ambas as partes devem ser ouvidas”<sup>114</sup>.

No entanto, essa dimensão do contraditório, que corresponde a um aprimoramento do clássico direito a ser ouvido, não esgota o conteúdo dessa importante garantia constitucional. Deveras, as ideias de bilateralidade da audiência, ciência, resistência, informação e reação conferem realce à *forma contraditória* como deve correr o processo: noutras palavras, essas noções indicam os *meios justos* pelos quais o processo deve se desenvolver. Por essa razão, adotar-se-á, aqui, a expressão *contraditório formal* para designar essas manifestações do contraditório.

Todavia, há um outro aspecto do contraditório a merecer realce. Ocorre que, como visto, a jurisdição constitui emanção do poder uno do Estado e, por meio dela, este último persegue a realização de seus próprios fins, sintetizados na ideia de *bem comum*. E, como também já afirmado, a atuação do poder estatal encontra-se submetida ao princípio democrático, anteriormente compreendido à luz do binômio *participação e representação* – item 2.1 acima.

E, deveras, o contraditório confere às partes a possibilidade de *participar* da construção do provimento jurisdicional, por meio da apresentação de suas razões e da produção de provas ocorridas ao longo do procedimento. Com efeito, por meio do contraditório – que não corresponde apenas ao direito *do réu* a ser ouvido, mas, diversamente, abrange o direito de manifestação conferido a ambas as partes, bem como a todos os terceiros intervenientes e ao Ministério Público, nos feitos em que atue (NERY JÚNIOR, 2009, p. 205-206) – possibilita-se aos sujeitos processuais endereçarem ao órgão jurisdicional seus *topoi* de argumentação. Noutras palavras, por meio da argumentação, tais sujeitos poderão veicular *inputs* democráticos no processo, *participando* do procedimento que levará à criação do provimento final. Isso significa que, por meio do contraditório, concretiza-se, no microcosmo do

---

<sup>114</sup> Texto original: “Bajo la cobertura del principio de audiencia o contradicción se hace alusión a que el proceso tiene una construcción dialéctica y a que en el debate judicial ambas partes deben ser oídas” (PÉREZ, 2002, p. 72).

processo, uma *democracia participativa*, que atende à exigência de sujeição do poder estatal ao princípio democrático (art. 1º da CF/88).

De fato, como anteriormente afirmado, a jurisdição, emanação que é do poder estatal, não foge à exigência democrática estabelecida pelo art. 1º da Lei Maior, a qual é atendida pela *participação* – ou, melhor dizendo, oportunidade de participação – no processo. Nesse sentido, é esclarecedor o seguinte escólio de Dinamarco (2008, p. 107, grifos do autor):

Sabe-se que no Estado-de-direito tem-se por indispensável fator legitimante das decisões *in fieri* a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá. Tal é o primeiro significado da exigência democrática do *contraditório*; e trata-se de postulado que invade todo e qualquer processo, por força de suprema garantia constitucional (e não apenas o de jurisdição).

Noutra passagem, assevera o processualista de São Paulo:

[...] a familiaridade com as idéias referentes ao princípio do contraditório mostra ao processualista que, em torno do exercício do poder *sub specie jurisdictionis*, as pessoas que depois serão atingidas pelo provimento (decisão imperativa), ou pela sua efetivação, também exercem suas atividades. O exercício da ação e da defesa, ao longo do procedimento e ao lado dos atos de jurisdição, constitui ao mesmo tempo cooperação trazida para o correto exercício desta e *participação* que não pode ser obstada aos interessados (DINAMARCO, 2008, p. 133, grifos do autor).

A participação ensejada pelo contraditório, portanto, atende a um postulado democrático. Tal circunstância poderia levar à conclusão de que, na verdade, o contraditório nada mais seria do que um desdobramento do princípio da democracia no seio do processo. Esse parece ser, por exemplo, o entendimento de Souza (2003, p. 136):

Na verdade, o contraditório, por si só, não é um princípio, mas, sim, a concretização normativa condensadora do princípio do Estado Democrático de Direito. O princípio democrático, previsto no art. 1.º da Constituição Federal de 1988, reclama uma efetiva participação do próprio titular da soberania (o povo) no exercício do poder, sendo que o contraditório corresponde à concretização dessa participação no desenvolvimento da relação jurídica processual. O contraditório não é um princípio, mas a condensação dessa participação no desenvolvimento da relação jurídica processual.

De fato, o contraditório densifica uma exigência democrática: em virtude dele, o provimento jurisdicional é gestado no contexto de um procedimento do qual participam as partes sobre as quais ele virá a produzir efeitos. Todavia, segundo aqui se entende, não se pode dizer que o contraditório seja *somente* uma derivação do princípio democrático; afinal, como visto, o direito a ser ouvido – do qual o contraditório é o descendente moderno – já é, de longa data, um dos consectários da ideia de processo justo e de devido processo legal. E, com efeito, essa tradição do pensamento jurídico não pode ser simplesmente olvidada. Veja-se que, *em tese*, é até possível que uma ordem jurídica autocrática assegure aos jurisdicionados a bilateralidade da audiência – isto é, o *contraditório formal* a que se fez referência acima.

Todavia, é certo que, *no contexto do moderno constitucionalismo democrático*, o contraditório assume renovadas feições, tornando-se *também* uma emanção do princípio maior da democracia. Isso significa que o contraditório é, *ao mesmo tempo*, uma emanção do princípio democrático e uma garantia decorrente do devido processo legal. Noutras palavras, se a forma contraditória já é, de longa data, associada à ideia de processo justo, no contexto da democracia constitucional, o contraditório se robustece, de modo a encarnar o princípio da democracia participativa no atuar da função jurisdicional do Estado. O contraditório deve ser compreendido, outrossim, à luz de um dar de mãos entre o devido processo e a democracia, de tal sorte que não há processo justo que não seja democrático – e, portanto, contraditório – nem verdadeira democracia, no âmbito jurisdicional, sem devido processo – e, pois, contraditório.

Feitas essas observações, pode-se concordar com Souza quando este afirma que

O princípio da *democracia participativa* pede a inserção do cidadão no processo político, sendo que, no âmbito processual, perfectibiliza-se pela concretização do contraditório no processo jurisdicional e administrativo, a fim de conferir efetiva oportunidade de participação do povo nos processos decisórios decorrentes do exercício do poder.

É, pois, por meio do contraditório que, segundo ora se entende, ocorre a sujeição do exercício da função jurisdicional do Estado ao princípio democrático. Todavia, se o contraditório opera, no âmbito jurisdicional, como consectário do princípio democrático, abrem-se as portas para uma outra dimensão da garantia, que ultrapassa a pura e simples bilateralidade da audiência. Como afirma Pinto (2007, p. 57),

[...] falar-se hoje em contraditório, com a publicização de que deve ser dotada a ciência processual moderna, representa muito mais do que a mera ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade de contrariá-los. A moderna doutrina vem afirmando que não basta a garantia formal do contraditório. É necessário [sic] uma garantia efetiva e substancial desta participação aos litigantes.

Ocorre que, se a bilateralidade da audiência diz respeito ao sentido formal do contraditório, que decorre das tradicionais construções sobre o devido processo, o influxo do princípio democrático sobre a jurisdição permite compreender o contraditório como um direito não apenas a *ser ouvido* pelo órgão jurisdicional, mas, sobretudo, a *influir* em seu convencimento. Nessa nova perspectiva de análise, como lecionam Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 68, grifo do autor, tradução nossa),

[...] Desloca-se sensivelmente o centro de gravidade da norma constitucional, já que da mera inviolabilidade de um contraditório estático ou

formal, no momento inicial do juízo, passa-se à exigência de consagrar formas adequadas de co-participação ou de colaboração dinâmica das partes no curso do inteiro processo, de sorte que lhes seja sempre concedida, sob bases paritárias, uma *possibilidade efetiva de influir, com a própria atividade de defesa, sobre a formação do convencimento do juiz* (e, por conseguinte, sobre o iter formativo da decisão jurisdicional)<sup>115</sup>.

Assegura, pois, o contraditório, uma possibilidade de incidir sobre a formação do convencimento do julgador, de participar da elaboração do *decisum*. Semelhantemente, afirma Luiso (1997, p. 29, tradução nossa):

No processo, o direito de defesa constitui uma garantia fundamental, que tem uma função análoga àquela que desenvolve a democracia política em relação a todo o ordenamento. O processo é um fenômeno caracterizado pelo contraditório [...] O princípio do contraditório [...] assegura às partes a possibilidade de influir com a própria atividade (de dedução, de postulação de provas, de alegação de fatos, de argumentação) sobre o conteúdo da decisão<sup>116-117</sup>.

<sup>115</sup> Texto original: “[...] Si sposta sensibilmente il baricentro della norma costituzionale, giacché dalla mera inviolabilità di un contraddittorio statico o formale, nel momento costitutivo iniziale del giudizio, si passa all’esigenza di consacrare forme adeguate di compartecipazione o di ché sia sempre loro accordata, su basi paritarie, una *possibilità effettiva di influire, con le proprie attività di difesa, sulla formazione del convincimento del giudice* (e, quindi, sull’iter formativo della decisione giurisdizionale)” (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 68, grifo do autor).

<sup>116</sup> Texto original: “Nel processo, il diritto di difesa costituisce una garanzia fondamentale, che ha una funzione analoga a quella che svolge la democrazia politica rispetto all’intero ordinamento. Il processo è un fenomeno caratterizzato dal contraddittorio [...] Il principio del contraddittorio [...] assicura alle parti la possibilità di influire con la propria attività (di deduzione, di richiesta di prove, di allegazione di fatti, di argomentazione) sul contenuto della decisione” (LUISO, 1997, p. 29).

<sup>117</sup> Ainda sobre o direito de influência na decisão final, afirma – embora aludindo, especificamente, à defesa no processo penal – Morello (2001, p. 31, grifo do autor, tradução nossa): “[...] o direito de defesa em juízo (no processo penal) se traduz nas facilidades de intervenção concedidas ao acusado e a seu defensor, e nos pressupostos estabelecidos para que certos atos possam ter eficácia processual, com a finalidade de assegurar as possibilidades do imputado de influir na decisão final, mas isso – reitera-se – há de ocorrer *de forma efetiva durante o procedimento*, sublinhando-se que no processo (em geral e acentuadamente no *criminal*) não é suficiente com o cumprimento meramente ritual de certos cânones, mas deve-se atender à *realidade substancial* da defesa em juízo”. Texto original: “[...] el derecho de defensa en juicio (en el proceso penal) se traduce en las facilidades de intervención acordadas al imputado y a su defensor, y en los presupuestos establecidos para que ciertos actos puedan tener eficacia procesal, en la finalidad de asegurar las posibilidades del imputado de influir en la decisión final, pero ello – se reitera – ha de ocurrir en *forma efectiva durante el procedimiento*, subrayando que en el proceso (en general y acentuadamente en el *criminal*) no es suficiente con el cumplimiento meramente ritual de ciertos cánones, sino que se debe atender a la *realidad sustancial* de la defensa en juicio”. (Veja-se que as considerações tecidas pelo processualista argentino, não obstante especialmente voltadas ao proceso penal, aplicam-se do



Esse papel do contraditório decorre da exigência democrática de participação no exercício do poder: afinal, somente há verdadeira participação se as partes puderem efetivamente exercer influência na construção do provimento jurisdicional a ser exarado. Nesse sentido, observa Bueno (2008, p. 54, grifos do autor):

[...] o princípio do contraditório relaciona-se, intimamente, com a idéia de *participação*, com a *possibilidade* de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito. O que se deve destacar a respeito é que o princípio do contraditório deve ser entendido como a possibilidade de o destinatário da atuação *influenciar* – ou, quando menos, ter condições de *influenciar, influir* –, em alguma medida, a decisão a ser proferida [...]. Não é por razão diversa que se fala tanto em 'legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal', querendo com isso destacar que a manifestação do Estado – de todo ele, não só do Estado-juiz – será tanto mais legítima quanto maior for a possibilidade de os destinatários de seus atos, de suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, poderem se manifestar para *influenciar* a autoridade competente *antes*<sup>118</sup> de sua decisão.

Percebe-se, pois, sem maiores dificuldades, que o contraditório confere *legitimidade democrática* às decisões e ao exercício do poder estatal sob a forma jurisdicional. E, por meio dele, as partes devem poder efetivamente influenciar a decisão a ser proferida. Sobre o contraditório, nessa perspectiva moderna, afirma Portanova (2008, p. 160-161, grifo nosso):

O princípio do contraditório é elemento essencial ao processo. Mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a *participação do indivíduo na preparação do ato de poder*. A importância do contraditório irradia-se para

---

mesmo modo ao processo civil, considerada a moderna concepção de contraditório, que ora se trabalha).

<sup>118</sup> Observe-se, aqui, que, não obstante a referência à possibilidade de manifestação *antes* da decisão, há, por certo, situações de urgência em que se faz necessária a concessão de provimentos *inaudita altera parte*. Tais provimentos não violam, de modo algum, a garantia do contraditório, mas tão-somente *diferem* no tempo o seu exercício, em virtude das peculiaridades do caso. Em casos tais, há certos *topoi* – como o fundado receio de dano irreparável e a plausibilidade do direito invocado – a tornar razoável a postergação do exercício do contraditório.

todos os termos do processo. Tanto assim que conceitos como ação, parte e devido processo legal, são integrados pela bilateralidade.

E, logo adiante, arremata o autor:

Assim, não basta intimar a parte para manifestar-se, ouvi-la e permitir a produção de provas. Mais do que isto, o contraditório tem que ser *pleno* e *efetivo*, e não apenas nominal e formal. Mais do que acolher as razões das partes, o contraditório preocupa-se com o fato de estas influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de criar dúvida em seu convencimento (PORTANOVA, 2008, p. 161).

Não há, pois, como se falar em processo democrático sem referência ao contraditório. Afinal, o provimento jurisdicional constitui, como já visto, ato de poder do Estado, por meio do qual este realiza suas próprias funções. Assim sendo, impõe-se a participação dos futuros afetados pelo *decisum* em sua preparação, participação essa que somente é efetiva na medida em que se lhes assegura o direito de influir no convencimento do órgão judicial. Essa influência é, obviamente, exercida por meio de atividade argumentativa: com efeito, as partes dirigem ao juiz os *topoi* com base nos quais sustentam a razoabilidade de uma decisão favorável a seus pedidos.

Já foi visto no capítulo 1 que a aplicação do direito é um fenômeno eminentemente argumentativo. E, se assim é, num processo democrático, é indispensável assegurar-se aos pleiteantes o exercício de uma atividade retórica, direcionada à conquista da adesão do órgão jurisdicional às teses por eles defendidas. O direito a *influenciar* o julgador é, portanto, inerente à ideia democrática de contraditório. Nesse diapasão, acentua Greco (2005, p. 545-546):

Como componente essencial do direito de acesso à Justiça ou direito à tutela jurisdicional efetiva, constitucionalmente assegurado, o direito de influir por todos os meios idôneos nas decisões judiciais que possam atingir a sua esfera de interesses não depende de regulamentação por lei infra-

constitucional [sic]. Se a lei ordinária é omissa, o direito das partes de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o êxito do juízo decorre diretamente da Constituição, na sua qualidade de norma imediatamente aplicável. Nos casos em que a lei considere essa audiência facultativa, a disposição facultativa deve considerar-se transformada em uma norma cogente<sup>119</sup>.

Evidencia-se, assim, a relação entre contraditório, processo democrático e acesso à justiça, à luz do direito dos afetados pela decisão a ser exarada a influenciarem, argumentativamente, na elaboração do provimento jurisdicional a ser exarado. E esse direito existe em todo e qualquer processo, como decorrência direta do art. 5º, LV, da CF/88 e – por que não dizer – também dos arts. 1º e 5º, LIV, da mesma Carta, tratando-se, pois, de garantia que não depende de qualquer regramento infraconstitucional para produzir plenos efeitos. Deveras, o contraditório, como direito de influência, sintetiza a exigência de participação democrática no exercício da jurisdição e o imperativo de dialeticidade decorrente da moderna concepção de processo justo.

Todavia, o *direito de influência* dos afetados sobre o órgão jurisdicional tem por óbvia consequência o dever deste último de levar em conta, ao decidir os argumentos expendidos por aqueles. Deveras, “O fato de ter participação das partes não é suficiente, é preciso que ela seja tomada em consideração no momento de decidir” (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 198). Por conseguinte, o contraditório confere aos pleiteantes o direito a que sejam efetivamente apreciados os argumentos apresentados ao juiz:

O contraditório é a garantia de que todas as argumentações externadas pelas partes serão inseridas no processo e, acima de tudo, serão motivo de análise e de convencimento pelo julgador, permitindo que no processo se desenvolvam fato, valor e norma, na sua dinamicidade estrutural, visando sempre à concretização de um ordenamento jurídico mais consubstanciado

---

<sup>119</sup> Logo adiante, acrescenta o processualista: “Como expressão do princípio político da participação democrática, o contraditório não é mais exclusivo do processo judicial, mas se estende a todas as atividades dos poderes públicos de que podem resultar decisões que atinjam a liberdade, o patrimônio e a esfera de interesses de cidadãos determinados” (GRECO, 2005, p. 546).

com a realidade axiológica inserta em uma determinada comunidade (SOUZA, 2003, p. 107).

Evidentemente, nem todos os argumentos apresentados haverão de ser *acolhidos* pelo julgador; entretanto, é indispensável que tais argumentos sejam *valorados* antes da prolação da decisão. Já foi dito, mais de uma vez, no presente trabalho, que o provimento jurisdicional representa, de fato, uma *escolha* cuja razoabilidade é justificável argumentativamente. Há, pois, razões pró e contra a prolação da decisão num ou noutro sentido, que cabe às partes apresentar no momento processual oportuno. Destarte, uma vez apresentadas por elas tais razões, caberá ao juiz a respectiva apreciação, como decorrência do princípio democrático. Chamar-se-á, aqui, *substancial* a essa importante dimensão do contraditório, relativa ao direito de influenciar o órgão jurisdicional, porque relacionada à efetiva análise da *substância* dos argumentos trazidos pelas partes.

Interessante observar, a propósito, que o STF já teve a oportunidade de afirmar, em seus arestos, que o direito à apreciação dos argumentos trazidos pelas partes é um dos consectários do contraditório. Confira-se, aqui, a propósito, o seguinte aresto:

[...] OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA [...] os princípios do contraditório e da ampla defesa, ampliados pela Constituição de 1988, incidem sobre todos os processos, judiciais ou administrativos, não se resumindo a simples direito, da parte, de manifestação e informação no processo, mas também à *garantia de que seus argumentos serão analisados pelo órgão julgador*, bem assim o de ser ouvido também em matéria jurídica (STF, AgR no RE 527814 / PR, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julgado em 5.8.2008, DJ 29.8.2008, grifo nosso)<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> No mesmo sentido: “[...] Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo [...] Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o *direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador* [...]” (STF, MS 24268 / MG, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 5.2.2004, DJ 17.9.2004, grifo nosso).

Todavia, em aresto posterior, veio o Plenário da Corte a afirmar que “[...] O magistrado não está vinculado pelo dever de responder todos os fundamentos alegados pela parte recorrente [...]” (STF, AgR nos ED na Pet 4071, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25.6.2009, DJ 21.08.2009). Sobre o dever de análise expressa dos argumentos invocados pelas partes na motivação das decisões, veja-se, adiante, o capítulo 3 deste trabalho.

Também digno de nota é o fato de a Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, haver previsto, em seu art. 3º, III, o direito do administrado a “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente” (grifo nosso). Trata-se, sem dúvida alguma, de disposição legal que reafirma expressamente, no âmbito do processo administrativo, a dimensão substancial do contraditório, que emana da CF/88<sup>121</sup>.

À luz do exposto até aqui, percebe-se que o contraditório acarreta um diálogo retórico e participativo no decorrer do processo. Estabelece-se, assim, uma estrutura processual contraditória que se traduz:

[...] a) na participação dos destinatários dos efeitos do ato final na fase preparatória do ato; b) na simetria de sua posição no curso do procedimento; c) na mútua implicação da sua atividade (desenvolvida respectivamente para promover e impedir a emanação do procedimento); d) na relevância das atividades das partes para o autor do provimento, de maneira que as escolhas, reações e controles pelas partes sejam consideradas no controle e nas reações dos outros, e que o autor do ato

---

<sup>121</sup> Sobre o direito à apreciação dos argumentos suscitados em sede de processo administrativo, também já se manifestou o Excelso Pretório: “EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Decisão do Presidente da República que, em processo administrativo, indeferiu recurso hierárquico e, por consequência, manteve decisão que declarou a caducidade da concessão outorgada à Transbrasil S.A Linhas Aéreas para a prestação de serviço de transporte aéreo. 3. Alegada violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, assim como a dispositivos da Lei nº 9.784/99, pois a impetrante não teria sido comunicada da instauração do processo administrativo ou de qualquer ato nele praticado, não lhe tendo sido concedida oportunidade de proferir defesa de forma adequada. 4. Os documentos juntados aos autos pela própria impetrante, porém, demonstram cabalmente que lhe foram asseguradas todas as garantias da ampla defesa e do contraditório, como os direitos de informação sobre os atos produzidos no processo, de manifestação sobre seu conteúdo e de *ter seus argumentos devidamente considerados pela autoridade administrativa* [...]” (STF, MS n. 25787, Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 08.11.2006, DJ 14.09.2007, grifo nosso).

deva ter presente os resultados dessas condutas (ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 197).

Outrossim, por imposição do contraditório, garante-se às partes a possibilidade de participarem, argumentativamente, da elaboração da decisão final, de forma isonômica e recíproca, bem como a valoração de suas razões pelo órgão decisor. Nesse cenário, pode-se mesmo afirmar que, no processo, desenvolve-se uma argumentação de que participam *autor, Estado-juiz e réu* – assim como os terceiros intervenientes<sup>122</sup>, o Ministério Público etc., nos casos em que atuem –, consoante explica Bueno (2008, p. 55, grifo do autor):

Não se trata, pois, apenas de salientar a importância do contraditório, mormente a partir de sua visão mais tradicional, típica de uma forma, de uma concepção, de Estado e de Direito, mas, mais amplamente, viabilizar um constante diálogo, uma verdadeira *conversa* entre os sujeitos processuais para que cada qual se desincumba da forma mais escorreita possível de seus deveres, direitos, faculdades, ônus e obrigações ao longo de todo o procedimento.

De fato, visão moderna do contraditório integra os principais sujeitos do contraditório num *diálogo argumentativo*, no qual todos *cooperam*<sup>123</sup> para a persecução da solução mais adequada para o caso concreto. Supera-se, assim, a antiga visão de que o contraditório teria por destinatários apenas o autor e o réu, que debatem no

---

<sup>122</sup> Como pontua Greco (2005, p. 553), “Os terceiros, que de qualquer modo possam sofrer efeitos na sua esfera jurídica de uma decisão judicial num processo *inter alios*, devem ter os seus interesses resguardados pela garantia do contraditório, não só pela possibilidade de intervenção nesse processo com todas as prerrogativas processuais das partes, mas também pela preservação do seu direito de eximir-se desses efeitos, se o julgado sobrevier sem a sua efetiva participação”.

<sup>123</sup> A idéia de contraditório como diálogo e cooperação é referida também por Pérez (2002, p. 72, tradução nossa): “A garantia de audiência ou contraditório é em seu conteúdo essencial e em seu alcance mínimo substancialmente independente das estruturas e dos princípios que caracterizam um determinado tipo de processo. Em toda espécie de juízo, a decisão deve desenvolver um diálogo, ou se se prefere, uma colaboração entre as partes”. Texto original: “La garantía de audiencia o contradicción es en su contenido esencial y en su alcance mínimo sustancialmente independiente de las estructuras y de los principios que caracterizan un determinado tipo de proceso. En toda especie de juicio la decisión debe desarrollar un diálogo, o si se prefiere, una colaboración entre las partes” (PÉREZ, 2002, p. 72).

processo perante o órgão jurisdicional, buscando conquistar-lhe a adesão às teses defendidas; diversamente, entende-se que *também o julgador participa do contraditório*, dialogando com as partes. Extrai-se, pois, do contraditório, o assim chamado *princípio da cooperação* ou da *colaboração*<sup>124</sup>, em razão do qual

O magistrado deve adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual; prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio (DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 76).

Não é difícil perceber que essa ideia de colaboração constitui decorrência direta do contraditório substancial, que, ao assegurar às partes o direito de influir no convencimento do juiz, garante-lhes também que a decisão não poderá ser proferida com base em argumento não previamente discutido. O direito de influência, portanto, vem desdobrar-se num direito a *não ser surpreendido* por decisão prolatada com base em matéria estranha ao debate ocorrido. Nessa toada, percebendo o juiz que determinada matéria, embora relevante para a solução do caso, não foi discutida pelas partes – ainda que se trate de matéria de ordem pública, passível de ser conhecida de ofício –, deve facultar-lhes a possibilidade de sobre ela se manifestar<sup>125</sup>. E, ao assim proceder, estará abrindo aos pleiteantes efetiva possibilidade de exercerem seu direito de influência quanto ao ponto. Observe-se, a propósito, que essa moderna orientação já foi adotada explicitamente nas

---

<sup>124</sup> Segundo Zaneti Júnior (2007, p. 191), “É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’ (*Kooperationsmaxima*) [...] O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate”.

<sup>125</sup> Observe-se, a propósito que, como afirma Dinamarco (2009, p. 230, grifo do autor), “A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa, durante o processo, estaria *prejulgando* e, portanto, afastando-se do cumprimento do dever de imparcialidade”.

legislações processuais da Alemanha<sup>126</sup>, da França<sup>127</sup> e de Portugal<sup>128</sup>: inegavelmente, tais previsões legislativas consagram expressamente o entendimento moderno do contraditório como efetivo direito de influência.

Por outro lado, esse direito de influência é exercido no contexto de um diálogo argumentativo, de que participa o juiz. Outrossim, o contraditório, no moderno Estado democrático, constitui traço essencial de um *modelo cooperativo* de processo, que, por meio de um diálogo tópico-retórico, os sujeitos processuais colaboram para a busca da melhor solução para o caso. A propósito do processo cooperativo, afirma Mitidiero (2009, p. 102):

---

<sup>126</sup> § 139 da ZPO, com redação dada pela Lei de 27.7.2001: “§ 139 – Condução material do processo: (1) O órgão judicial deve discutir com as partes, na medida do necessário, os fatos relevantes e as questões em litígio, tanto do ponto de vista jurídico quanto fático, formulando indagações, com a finalidade de que as partes esclareçam de modo completo e em tempo suas posições concernentes ao material fático, especialmente para suplementar referências insuficientes sobre fatos relevantes, indicar meios de prova, e formular pedidos baseados nos fatos afirmados. (2) O órgão judicial só poderá apoiar sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão jurisdicional sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes. (3) O órgão judicial deve chamar a atenção sobre as dúvidas que existam a respeito das questões a serem consideradas de ofício. (4) As indicações conforme essas prescrições devem ser comunicadas e registradas nos autos tão logo seja possível. Tais comunicações só podem ser provadas pelos registros nos autos. Só é admitido contra o conteúdo dos autos prova de falsidade. (5) Se não for possível a uma das partes responder prontamente a uma determinação judicial de esclarecimento, o órgão judicial poderá conceder um prazo para posterior esclarecimento por escrito” (OLIVEIRA *apud* DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 76).

<sup>127</sup> Art. 16 do Código de Procedimento Civil francês: “O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. Ele não pode considerar, na sua decisão, as questões, as explicações e os documentos invocados ou produzidos pelas partes a menos que estes tenham sido objeto de contraditório. Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas observações” (JORDÃO *apud* DIDIER JÚNIOR, 2005, p. 76). Comentando o referido dispositivo da lei francesa, afirma Dinamarco (2009, p. 230-231, grifo do autor): “A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também em mandamento universal, inerente à garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. O juiz, p. ex., que ouve as partes antes de extinguir o processo por uma ilegitimidade *ad causam* não alegada pelo réu e portanto não posta em contraditório entre as partes, não está manifestando uma suposta predisposição *contra* o autor, ou prejudgando: ao contrário, ele estará oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial”.

<sup>128</sup> Art. 266 do CPC português: “1. Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio” (DIDIER, 2005, p. 76).



O direito a ser concretizado é um direito que conta com a *juris prudentia*, nada obstante concebido, abstratamente, como *scientia juris*. Por essa vereda, o contraditório acaba assumindo novamente um local destaque na construção do formalismo processual, sendo instrumento ótimo para a viabilização do diálogo e da cooperação no processo, que implica, de seu turno, necessariamente, a previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional (deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio). O juiz tem seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa.

Deveras, o contraditório, em sua dimensão substancial, determina a observância de um diálogo entre os sujeitos do processo e é precisamente nesse contexto que se buscará influenciar o órgão jurisdicional. Em um tal cenário, pode-se afirmar que há certas situações em que a relação entre as partes e o juiz é de paridade – o que ocorre no diálogo argumentativo, já que o juiz não pode apenas impor unilateralmente seus próprios argumentos às partes, devendo, ao revés, com elas dialogar e tomar em consideração seus argumentos – e outras em que é de sujeição – o que ocorre não apenas quando da *decisão final da causa*, como parece entender Mitidiero, mas a cada momento em que o órgão jurisdicional *decide* ao longo do procedimento ou mesmo quando impõe às partes medidas executórias.

Deveras, o juiz, que encarna o poder estatal e dirige o processo, pratica atos que se impõem às partes, independentemente da anuência destas. Todavia, a atuação do julgador, por exigência do contraditório substancial, deve se pautar por uma abertura ao diálogo, em que as partes possam exercer seu direito de influência. Assim, por exemplo, pode o juiz, no processo civil, indeferir diligências inúteis ou protelatórias (art. 130 do CPC), por meio de decisão de caráter impositivo; cabe-lhe, porém, antes de assim decidir, dialogar com as partes sobre a necessidade ou desnecessidade de tais diligências, apreciando os argumentos em razão dos quais os pleiteantes as consideram úteis ou não.

Observe-se, neste ponto, que o contraditório, ao determinar ao juiz a adoção de uma postura dialógica no processo, contribui para o estabelecimento, por assim dizer, de um *sistema endoprocessual de freios e contrapesos*. Ocorre que, no moderno

estágio evolutivo da ciência processual, já não se cogita de um juiz absolutamente inerte, preconizando-se, ao revés, que o julgador assuma um papel mais ativo no feito. E essa moderna postura do magistrado também integra, hodiernamente, a própria noção de contraditório. Como afirma Bedaque (2002, p. 21),

Visão moderna de contraditório, portanto, considera essencial para sua efetividade a participação ativa também do órgão jurisdicional. Tanto quanto as partes, tem o juiz interesse em que sua fundamentação atinja determinados objetivos, consistentes nos escopos da jurisdição [...] A crescente complexidade das situações regidas pelo direito substancial, a enorme disparidade econômica entre os sujeitos do direito, a integração cada vez maior de culturas jurídicas diferentes, determinada pelo que se convencionou chamar de globalização, tudo isso exige maior preocupação do representante estatal com o resultado do processo. Vem daí a idéia do juiz participativo [...] Não há qualquer incompatibilidade entre o contraditório e a participação mais ativa do juiz na relação processual. Muito ao contrário. Conceito moderno desse princípio processual, que se pretende efetivo e equilibrado, não prescinde de intensa atuação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando aos sujeitos parciais real igualdade de tratamento e de oportunidades.

Mas, se, por um lado, exige-se do juiz moderno uma participação ativa no feito, essa participação deve ser contrabalançada pela adoção de uma postura dialógica em relação às partes, permitindo-lhes exercer seu direito de influência<sup>129-130</sup>. Sabe-se,

---

<sup>129</sup> Até porque, os poderes do julgador não podem ser vertidos em pretexto para o autoritarismo. Convém, aqui, a advertência de Morello (2001, p. 297, tradução nossa, grifos do autor): “[...] *A mais facultades (ou deveres ou poderes) maior bilateralidade e controles*. Nem tudo é dos ocasionais contendores nem a consideração publicística pode tingir-se de um juiz déspota e violador das garantias jurisdicionais. As notas democráticas deste processo, acopladas à lógica da dialética de uma lide de interesse privado, se colocam, de modo real e sensível, em um nível de harmonização que escapa – em sua práxis *debe escapar* – a qualquer conotação autoritária ou estatista”. Texto original: “[...] *A más facultades (o deberes o poderes) mayor bilateralidad y controles*. Ni todo es de los ocasionales contendientes ni la consideración publicística tampoco puede teñirse de un juez déspota y desquiciador de las garantías jurisdiccionales. Las notas democráticas de este proceso, acopladas a la lógica de la dialéctica de una litis de interés privado, se colocan, de modo real y sensible, en un nivel de armonización que escapa – en su praxis *debe escapar* – a cualquier connotación autoritaria o estatista” (MORELLO, 2001, p. 297, grifos do autor).

<sup>130</sup> A intensificação do diálogo entre o julgador e as partes poderia contribuir, inclusive, para um melhor andamento da marcha processual. Segundo afirma Bedaque (2006, p. 104), “Se os juízes passassem a assegurar o contraditório pleno, ouvindo previamente as partes antes de proferir qualquer decisão, ainda que sobre matéria cognoscível de ofício, seguramente muitos recursos seriam evitados. Que mal há na prévia manifestação do autor a respeito de possível indeferimento por carência da ação, ou do recorrente sobre aparente inadmissibilidade do recurso? Adotada essa

por exemplo, que, no processo civil, tem o juiz o poder de determinar, de ofício, a produção das provas que entender necessárias (art. 130 do CPC); no entanto, é certo que, se assim o fizer, têm as partes o direito, decorrente do contraditório substancial, de buscar convencê-lo quanto à desnecessidade da prova determinada, isto é, de dialogar com o magistrado acerca do ponto.

Conclui-se, pois, à luz do exposto, que o contraditório, além de uma dimensão *formal* – correspondente à ideia de bilateralidade da audiência –, também apresenta um caráter *substancial* – que se traduz, para as partes, em direito de influência e, pois, na garantia de que seus argumentos serão efetivamente apreciados, e, para o juiz, em dever de diálogo.

#### **2.4.1 Sentença de improcedência proferida na ausência de audiência bilateral: interpretação do art. 285-A do CPC à luz do contraditório substancial**

Após as considerações acima tecidas acerca do contraditório substancial – entendido como direito de influência na decisão a ser proferida –, afigura-se conveniente uma análise da possibilidade de o órgão jurisdicional julgar improcedente o pedido autoral sem a oitiva do réu. Essa hipótese é expressamente contemplada no art. 285-A do CPC, que assim preceitua:

Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

---

providência, teria a parte oportunidade de afastar, previamente, eventuais equívocos do julgador, convencendo-o da presença das condições da ação ou dos requisitos de admissibilidade do recurso”.

De fato, houve quem criticasse o referido dispositivo, quando de sua inserção no CPC pela Lei n. 11.277/2006, ao argumento de que ele inviabilizaria o diálogo processual exigido pelo contraditório<sup>131</sup>. Sem embargo, não se compartilha, aqui, de tal entendimento. Há que se analisar, porém, o art. 285-A à luz do que já se afirmou acima sobre o contraditório. Segundo Brasil Júnior (2007, p. 43),

[...] Se o juiz julga improcedente o pedido sem ouvir o réu, simplesmente refuta os argumentos do autor com base em razões que dispensam a formação do contraditório. Em outras palavras, o juiz entende desnecessário conhecer os argumentos do réu, pois os argumentos do autor não são suficientes para justificar o acolhimento do pedido<sup>132</sup>.

Faz-se oportuno comentar, aqui, à luz da distinção entre as dimensões formal e substancial do contraditório, a afirmação de que, na hipótese de o juiz dispensar a oitiva do réu e rejeitar, *in limine litis*, o pedido autoral, não terá havido contraditório no processo. Ocorre que, como visto, a garantia constitucional não diz respeito apenas ao réu, nem se confunde, segundo modernamente se entende, com o direito a ser ouvido em juízo. Diversamente, viu-se que todos os três principais sujeitos do processo – autor, órgão jurisdicional e réu –, bem como terceiros intervenientes, Ministério Público etc.; por outro lado, mais do que simples direito à oitiva, o contraditório assegura à parte a possibilidade de *influenciar* o julgador e estabelece para este um dever de debate.

---

<sup>131</sup> Nesse sentido, afirma, por exemplo, Nunes (2007, p. 156): “Chega-se ao absurdo com a última reforma da Lei 11.277/06 e introdução do art. 285A no CPC, de se permitir um julgamento liminar de ações repetitivas no mérito sem se garantir o mínimo de espaço de debate prévio para a decisão, pela análise massificadora, pragmática, pré-constituída e neoliberal de processo. Esta percepção equivocada ao lado de uma negligência ao papel problematizante e dialógico do processo conduz a um esvaziamento do papel do contraditório em nosso país e à redução de sua utilização dentro de uma percepção democrática de aplicação da tutela”.

<sup>132</sup> A afirmação do autor é feita no contexto de uma contraposição a Fazzalari, para quem processo é procedimento em contraditório. Todavia, para o processualista capixaba, o traço distintivo do processo não seria o contraditório, mas a *argumentação*; o processo, afirma, corresponde a um “método estatal de *argumentação, visando ao resultado justo na solução das controvérsias*” (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 46, grifos do autor).

Destarte, se o demandante apresenta argumentos ao juiz e este os valora, acabando por rejeitá-los, entende-se, aqui, ter havido, em algum grau, *contraditório entre autor e juiz*; por outro lado, faz-se inequívoca a ausência de *audiência bilateral* na hipótese. Outrossim, segundo aqui se entende, terão restado ausentes, no exemplo mencionado, a *dimensão formal* do contraditório – ante a inoportunidade de manifestação de uma das partes no feito – e a *dimensão substancial* do contraditório em relação ao réu; terá havido, porém, *contraditório substancial* entre autor e juiz – em razão da valoração dos argumentos do demandante.

Frise-se, neste ponto, que a distinção estabelecida acima não constitui mera filigrana, oferecendo, segundo ora se entende, elementos para uma interpretação segura do já mencionado art. 285-A do CPC. Ora, segundo aqui se entende, o artigo em comento de modo algum tem o condão de eliminar o direito de influência do autor sobre o órgão jurisdicional. Deveras, a dimensão substancial do contraditório assegura ao autor o direito a que sejam valorados os argumentos por ele oferecidos no processo, o que significa que, malgrado tenha sido prolatada sentença anterior no juízo, assegura-se ao demandante o direito de convidar o órgão jurisdicional a rever seu anterior posicionamento. Noutras palavras, o art. 285-A somente será aplicado se o julgador, *após valorar* os argumentos do autor – respeitando, portanto, o contraditório substancial –, concluir pela manutenção de seu posicionamento primevo.

Outrossim, embora mitigando a exigência de audiência bilateral, o preceito legal não suprime o dever do juiz de analisar os argumentos que lhe são oferecidos, até porque, se assim dispusesse, estaria eivado de inconstitucionalidade. Deveras, o direito a influenciar o órgão jurisdicional decorre do próprio modelo constitucional de processo democrático, sendo inviável seu cerceio por lei ordinária. Ademais, tendo-se afirmado o caráter cooperativo do processo democrático, é importante ressaltar que o juiz, antes de aplicar o art. 285-A do CPC, dialogue a respeito com o autor da demanda, advertindo-o quanto a possibilidade de julgamento liminar de improcedência e franqueando-lhe a oportunidade de influenciar em seu convencimento.

De qualquer modo, resta claro que a dimensão substancial do contraditório não é eliminada, em relação ao autor, pelo dispositivo do CPC. Feita essa ressalva, não há problemas em se reconhecer a plena constitucionalidade dessa supressão. Como afirma Brasil Júnior (2007, p. 44):

O contraditório é, por si só, um argumento. Na hipótese de se reconhecer a validade do processo sem contraditório [na verdade, do processo sem contraditório formal e de contraditório substancial em relação ao réu], existiu um argumento com força de persuasão superior ao argumento da necessidade do contraditório, como, por exemplo, o argumento do resultado favorável a quem ficou privado de influir na decisão.

Percebe-se, pois, que a simples não concretização da audiência bilateral – com vistas a beneficiar o próprio réu em nada contradiz a ideia de processo justo e, por outro lado, encontra amparo na garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). Poder-se-ia, é certo, objetar que o réu também teria, por força da dimensão substancial do contraditório, o direito de influenciar o julgador acerca da decisão a ser proferida. No entanto, parece mais adequado o entendimento de que, o legislador, tendo efetuado uma ponderação de valores, prestigiou, na hipótese em testilha, o *topos* da celeridade processual, buscando, inclusive, poupar o réu dos transtornos inerentes a um litígio. Trata-se, com efeito, de regra excepcional de celeridade, amparada no art. 5º, LXXVIII, da CF/88 e que tende a beneficiar o próprio demandado. Na hipótese, porém, de haver apelação, ao réu deverá ser oportunizado amplo contraditório substancial, sendo-lhe possível, inclusive, oferecer argumentos adicionais para a manutenção da sentença, as quais deverão ser consideradas quando da apreciação do recurso.

No item 3.3.4 deste estudo, por ocasião da análise do dever de motivação das decisões, voltar-se-á ao tema das sentenças proferidas com base no art. 285-A do CPC, ocasião em que se tratará especificamente da reprodução da sentença anteriormente proferida, a que alude o dispositivo.

## 2.5 CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL, CONCEPÇÃO TÓPICO-RETÓRICA DO DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA QUALITATIVO

Foi visto, anteriormente, que, por meio da jurisdição, o Estado busca atingir seus próprios escopos, os quais se sintetizam na ideia de bem comum. E, como já visto, a atividade jurisdicional direciona-se à aplicação do direito justo e da pacificação dos conflitos. Nesse momento, podem ser resgatadas as conclusões bosquejadas no primeiro capítulo deste trabalho, no sentido de que o direito não corresponde à mera subsunção de fatos a normas positivas. Diversamente, conforme já se afirmou, o fenômeno jurídico é eminentemente argumentativo, voltando-se para a persecução de decisões razoáveis.

A tópica e a nova retórica permitem a busca dessas decisões, por meio da lógica dialética e do recurso aos *topoi*. Realmente, estes últimos, por constituírem pontos de vista aceitos no meio em que a decisão é proferida, auxiliam, de um lado, as partes em sua tentativa de obter a adesão do órgão jurisdicional e, de outro, o próprio órgão na busca de uma solução justa para o caso. Ressalte-se, aqui, que a razoabilidade da decisão não provém de um sentido unilateral de justiça do julgador, mas, diversamente, dos próprios pontos de vista compartilhados na sociedade e, ainda assim, no bojo de uma argumentação dialética em que se sustentam razões pró e contra uma determinada tese.

Outrossim, se dos escopos da jurisdição é extraída a necessidade de se pacificarem os conflitos de forma justa, a tópica e a nova retórica indicam *como* atingir-se esse desiderato: mediante argumentação dialética e com o uso de *topoi*, dispõe o Estado de melhores condições para alcançar a solução justa dos conflitos que se lhe apresentam, atingindo, assim, os fins a que se propõe no exercício da função jurisdicional.

E, como não é difícil perceber, a garantia do contraditório, se bem compreendida em sua dimensão substancial, instrumentaliza a dialética no processo, criando, pois, condições para um bom desempenho da função jurisdicional do Estado no caso

concreto. Confirmam-se, aqui, as seguintes observações de Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 55, grifos dos autores):

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a oportunidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma das parcialidades das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*) o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de 'colaboradores necessários': cada um dos contendores age no processo tendo em vista seu próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou na controvérsia que o envolve.

Inegavelmente, portanto, o contraditório substancial, ao incorporar a dialeticidade ao processo, atua no interesse da justiça<sup>133</sup>. E, à luz do que resta dito sobre a síntese operada pelo juiz a partir do contraditório, pode-se perceber como uma concepção tópico-retórica do fenômeno jurídico importa a valorização do contraditório, como instrumento de formação do convencimento do juiz acerca do caso concreto. No quadro da revalorização da retórica, segundo Picardi (1998, p. 680, tradução nossa),

[...] o contraditório não constitui tanto um instrumento de luta entre as partes quanto, mais do que isso, um instrumento operativo do juiz e, por isso, um momento fundamental do juízo. Enquanto alguns procedimentos são expressões de uma razão calculante, como tais ainda formalizáveis (pense-se em algumas técnicas de automação aplicadas à administração pública), o processo (ao menos no seu momento fundamental: o juízo) obedece a

<sup>133</sup> Embora não adotando a concepção cooperativa de processo anteriormente referida, decorrente do princípio democrático, nem a concepção tópico-retórica do direito, é interessante observar como Carnelutti se refere à *colaboração* das partes com o juiz, ao tratar do contraditório: "É tão difícil o feito do juiz, tanto em matéria de provas quanto de razões, que não consegue completá-lo por si mesmo – razão pela qual a experiência elaborou um dispositivo que o ajude. Este dispositivo tende a procurar para ele a colaboração das partes. Convém partir do princípio de que cada uma das partes tem interesse em que o processo conclua de um modo determinado [...] Mas se a colaboração de uma parte é parcial ou, em outros termos, tendenciosa, este defeito se corrige com a colaboração da parte contrária, uma vez que esta tem interesse em desvelar a outra parte da verdade. Portanto, o que torna possível e útil tal colaboração é o *contraditório*. Assim vemos, no processo, uma parte combatendo contra a outra, chocando os pedernais, de modo que acabam por fazer saltar a chispa da verdade" (CARNELUTTI, 2005, p. 91-92).



uma lógica diversa, a técnica argumentativa e justificativa. Deslocado o ângulo visual para o juiz, o contraditório torna-se o eixo da pesquisa dialética, conduzida com a colaboração das partes. Estamos no âmbito de uma lógica, não do necessário e do inevitável, mas do provável e do razoável [...] Nesta direção, o contraditório vem, de novo, deslocado, das margens, ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas torna-se um instrumento de pesquisa da verdade provável<sup>134</sup>.

E, aqui, merece destaque a dimensão substancial do contraditório, na medida em que esta expressa a necessidade de valoração dos argumentos que auxiliam a busca da pesquisa da solução razoável para o caso. Evidencia-se, assim, o aspecto cooperativo do processo, a que anteriormente se fez referência e que possibilita a busca de decisões capazes de atender ao duplo critério indicado por Perelman e já mencionado acima: conformidade ao direito positivo e justiça.

Pode-se, na esteira do que foi dito, afirmar que o contraditório cria meios para a consecução dos fins jurídico-políticos da jurisdição, em concordância com o seguinte escólio de Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 66, tradução nossa):

[...] Segundo uma perspectiva jurídico-política, o contraditório representa a resultante de uma escolha legislativa de oportunidade prática, colimando desfrutar da contraposição dinâmica entre as partes, para a consecução de fins superiores (entre os quais se enumeram: a adoção de um método dialético na pesquisa racional da verdade controversa; a atuação da justiça substancial; a exigência de uma autorregulamentação interna das forças processuais, com um controle bilateral e recíproco dos riscos de 'abuso' dos instrumentos processuais à disposição das partes<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Texto original: “[...] il contraddittorio non costituisce tanto uno strumento de lotta fra le parti, quanto, piuttosto, uno strumento operativo del giudice e, quindi, um momento fondamentale del giudizio. Mentre alcuni procedimenti sono espressioni di una ragione calcolante, come tali anche formabilizzabili (si pensi ad alcune tecniche di automazione applicate alla pubblica amministrazione), il processo (quanto meno nel suo momento fondamentale: il giudizio) obbedisce ad una logica diversa, a tecniche argomentative e giustificative. Una volta spostato l’angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti. Siamo nell’ambito di una logica, non del necessario e dell’inevitabile, ma del probabile e del ragionevole [...] In questa direzione, il contraddittorio viene, di nuovo, spostato, dai margini, al centro del fenomeno processuale: non è piu una prova di forza, ma diventa uno strumento di ricerca della verità probabile” (PICARDI, 1998, p. 680).

<sup>135</sup> Texto original: “Secondo una prospettiva giuridico-politica, il contraddittorio rappresenterebbe la risultante di una scelta legislativa di opportunità pratica, mirando a sfruttare la contrapposizione dinamica fra le parti, per in conseguimento di fini superiori (fra i quali si annoverano:

Veja-se que, por intermédio do contraditório, as partes desenvolvem atividade *retórica* no processo, na medida em que buscam obter a adesão do órgão jurisdicional às teses que sustentam<sup>136</sup>. O órgão jurisdicional constitui, portanto, o *auditório* a que se dirigem as partes ao formularem suas alegações, sustentarem suas pretensões, produzirem provas etc.. Nessa esteira, afirma Brasil Júnior (2007, p. 76):

No âmbito do direito processual, o juiz é o representante do auditório universal, e não do particular. O juiz deve fundamentar sua decisão em razões suficientes para convencer, por um argumento técnico (em termos jurídicos) e um cultural (em termos de justiça ou valores culturais). Sua decisão deve ser racional (justificada formalmente) e razoável (substancialmente justificável).

Sem embargo, porém, discorda-se, aqui, do entendimento de que o juiz personifique o auditório universal. Ocorre que o órgão jurisdicional decide no contexto de uma determinada sociedade, que compartilha determinados valores – os quais, por óbvio, repercutem no direito – e *topoi* não universalmente válidos. Volte-se, por exemplo, ao problema da fixação de uma indenização por danos morais: sabe-se que, enquanto no Brasil há certa preocupação com o fato de a indenização não acarretar o enriquecimento excessivo da vítima<sup>137</sup>, em países nos quais se acolha a doutrina do assim denominado *punitive damage*, as indenizações podem alcançar valores substancialmente elevados. Há, decerto, elementos culturais que acabam por situar

---

l'adozione del metodo dialettico nella ricerca razionale della verità controversa; l'attuazione della giustizia sostanziale; l'esigenza di un'autoregolamentazione interna delle forze processuali, con un controllo bilaterale e reciproco dei rischi di 'abuso' degli strumenti processuali a disposizione delle parti)" (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 66).

<sup>136</sup> Como afirma Brasil Júnior (2007, p. 43, grifos do autor), "[...] A idéia de contraditório, que advém da dialética, assegura a garantia constitucional de participação das pessoas no processo, com o escopo de que *elas possam influir no resultado*. As partes podem influir na formação da decisão, aduzindo *argumentos* a favor ou contra o acolhimento do pedido".

<sup>137</sup> Confirmam-se, apenas exemplificativamente, os seguintes arestos do STJ: AgRg no Ag 967.410/SP, Rel. Min. João Otávio De Noronha, Quarta Turma, julgado em 19/05/2009, DJ 01/06/2009; EDcl no REsp 1036485/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2009, DJ 25/05/2009; e REsp 401.358/PB, Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 05/03/2009, DJ 16/03/2009.

a decisão do julgador no tempo e no espaço e que, por conseguinte, tornam este último um auditório particular<sup>138</sup>. Esse auditório personifica, não a universalidade dos homens racionais, mas a *sociedade* em que é proferida a decisão. Logo, entende-se, aqui, que o auditório encarnado pelo juiz, não obstante seja significativamente amplo, não se confunde com o auditório universal. Há que se ter em vista, inclusive, que, do ponto de vista democrático, o órgão jurisdicional realmente *representa* a sociedade, o que corrobora a concepção que nele enxerga um auditório abrangente, mas particular.

Por outro lado, deve-se ter em vista que *nada impede* às partes de pleitear e ao juiz de decidir utilizando argumentos válidos perante o auditório universal: com efeito, o auditório particular está *abrangido* pelo universal e, assim, ao decidir tendo em mira este último, ter-se-á se desincumbido bem de sua função jurisdicional perante a sociedade que, constitucionalmente, representa. Não obstante, discorda-se aqui de uma *identificação* entre a figura do juiz e o auditório universal.

Seja como for, importa, aqui, destacar que o contraditório, ao instrumentalizar a argumentação no processo, viabiliza a concretização dos escopos jurisdicionais: com efeito, a atividade argumentativa permite a busca de soluções justas para os casos que se apresentam ao Judiciário e, dessa forma, a decisão proferida pode melhor atender aos objetivos de aplicação do direito justo e pacificação dos conflitos, promovendo, outrossim, na medida do possível, a ordem e a saúde do corpo social. Do mesmo modo, se a argumentação em contraditório permite o aperfeiçoamento das decisões judiciais, não é difícil perceber que, a partir dela, o Estado-juiz terá melhores condições de atender também a seus objetivos de educação assistemática e mesmo de uniformização da jurisprudência. E ainda: por meio da argumentação dialética no processo, assegura-se uma maior proximidade entre o órgão jurisdicional e o cidadão, na medida em que os *topoi* compartilhados no meio social podem *chegar* às instâncias decisoras.

---

<sup>138</sup> Tenha-se em mente que, segundo Perelman e Olbrechts-Tyteca (2005, p. 35, grifo nosso), “Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua *validade intemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas*”.

Quer-se, pois, sublinhar que o diálogo argumentativo proporcionado pelo contraditório cria condições para o incremento da *qualidade* da prestação jurisdicional, ensejando uma melhor realização dos escopos da jurisdição. E, de fato, essa melhoria qualitativa é tornada mais palpável na medida em que o contraditório não é visto apenas em sua dimensão formal, mas também em seu aspecto substancial: deveras, na medida em que os argumentos das partes são efetivamente apreciados pelo julgador, o caso concreto pode ser apreciado em todas as suas nuances, o que confere ao provimento a ser exarado maior aptidão para dirimi-lo adequadamente. Nesse sentido, após referir-se ao contraditório como garantidor de efetiva influência das partes na construção das decisões judiciais, afirma Luiso (1997, p. 29, tradução nossa):

Esse constitui o melhor sistema para se chegar, no mais alto grau possível, à verdade: se apenas um fala e o outro deve calar é mais difícil chegar à verdade; a verdade se colhe (aquela verdade que os homens podem atingir com a imperfeição dos meios a sua disposição) quanto mais o diálogo é aberto e quanto mais amplas são as possibilidades de dizer e contradizer<sup>139</sup>.

E, mais adiante, constata o processualista italiano: “[...] o princípio do contraditório se funda sobre o pressuposto de que uma questão discutida é melhor decidida que uma questão não discutida”<sup>140</sup> (LUISO, 1997, p. 30). Portanto, a efetiva apreciação dos argumentos trazidos pelas partes – dimensão substancial do contraditório – cria condições para decisões mais razoáveis.

Tais constatações, relativas ao vínculo entre o contraditório e a qualidade das decisões judiciais, abrem espaço para a ideia de *acesso à justiça qualitativo*, que ora se passa a focar. Segundo Cappelletti e Garth (2002, p. 12), o acesso à justiça

---

<sup>139</sup> Texto original: “Esso costituisce il sistema migliore per giungere, nel più grado possibile, alla verità: se parla uno solo e l’altro deve tacere è più difficile arrivare alla verità; la verità si coglie (quella verità che gli uomini possono raggiungere con l’imperfezione dei mezzi a loro disposizione) quanto più il dialogo è aperto e quanto più ampie sono le possibilità di dire e contraddire” (LUISO, 1997, p. 29).

<sup>140</sup> Texto original: “[...] il principio del contraddittorio si fonda sul presupposto che una questione discussa è meglio decisa di una questione non discussa” (LUISO, 1997, p. 30).

pode ser encarado como “o requisito fundamental – o mais básico de todos os direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Noutra passagem, afirmam os autores que a expressão *acesso à justiça*, embora de difícil definição,

[...] serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (CAPPELLETTI E GARTH, 2002, p. 8).

A ideia de acesso à justiça, portanto, não corresponde apenas à possibilidade de *ingresso* no sistema estatal de tutela dos direitos, mas remete, sobretudo à garantia de *acesso à ordem jurídica justa*. Se acima foi dito que o devido processo legal sintetizava as garantias constitucionais do processo, pode-se dizer que o acesso à ordem jurídica justa estabelece um objetivo a nortear todas essas garantias. Nesse sentido, leciona Dinamarco (2009, p. 253, grifos do autor):

*As promessas e limitações* residentes nas diversas garantias constitucionais e interligadas pelo fio condutor que é o devido processo legal têm um só e único objetivo central, que é o *acesso à justiça* [...] Nem haveria justificativa para tanta preocupação com o processo, não fora para configurá-lo, de aperfeiçoamento em aperfeiçoamento, como autêntico instrumento de acesso à *ordem jurídica justa*.

Noutras palavras, no âmbito da jurisdição, portanto, a ideia de acesso à justiça enfeixa todos os objetivos a que se fez referência no item 2.2 *supra*, o que corrobora a perene necessidade de busca decisões justas. Essa necessidade, por sua vez, coloca em evidência o problema da *qualidade* das decisões judiciais. Consulte-se, aqui, uma vez mais, Dinamarco (2009, p. 118, grifos do autor):

Acesso à justiça é *acesso à ordem jurídica justa* (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da *tutela constitucional do processo* convergem a essa *promessa-síntese* que é a garantia do acesso à justiça, que é assim compreendido.

O contraditório, por sua vez, mormente em sua dimensão substancial, possibilita a argumentação tópico-retórica no processo, a qual, como já visto, possibilita a obtenção de soluções razoáveis para o caso concreto, considerado em todas as suas nuances. Deveras, a valoração de argumentos pró e contra uma determinada tese confere ao julgador maiores condições de compreender o caso em toda a sua riqueza e, a partir daí, chegar à resposta mais justa para o problema. De outra banda, o contraditório cria condições para que a melhor solução seja atingida de maneira dialógica, intersubjetiva, e não por meio de critérios puramente unilaterais do julgador.

Veja-se, ainda, que a dimensão substancial do contraditório, ao viabilizar o ingresso de *topoi* oriundos do plano das relações humanas no debate processual, permite a prolação de decisões mais consentâneas com os valores socialmente aceitos.

Por todas essas razões, entende-se, aqui, que o contraditório substancial enseja condições para que se assegure a todos aqueles que buscam a tutela jurisdicional decisões justas. Noutras palavras, ao abrir campo para a argumentação tópico-retórica no processo, o contraditório propicia um incremento qualitativo das decisões judiciais.

Observe-se, porém, que essa valiosa contribuição do contraditório em prol do acesso à justiça apenas é efetiva na medida em que se tem em conta a dimensão substancial da garantia: deveras, apenas há verdadeira dialética se os argumentos apresentados pelas partes forem devidamente considerados no momento em que for proferida a decisão. E, neste ponto, é interessante observar que o acesso à ordem jurídica justa está relacionado ao acesso à justiça ocorrido *no curso* do processo,

tornado possível pelo contraditório: esse acesso ocorrido *no* processo ocorre na medida em que as partes têm reais possibilidades de estabelecer um diálogo com o juiz.

Segundo Dinamarco (2009, p. 118, grifo do autor),

*Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao final, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.*

Essas considerações do professor paulista colocam em evidência a relação entre contraditório e acesso à justiça: com efeito, o contraditório – que é inerente à ideia de processo justo – torna possível a concretização do acesso à justiça no curso do processo – traduzido nas ideias de participação e de diálogo cooperativo – e, outrossim, também do acesso à ordem jurídica justa – advindo da prolação de uma decisão razoável, obtida mediante atividade retórica e dialética.

## 2.6 CONTRADITÓRIO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Afigura-se interessante sublinhar, nesta altura, ainda que brevemente, a relação entre a garantia do contraditório e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88). Segundo Greco (2005, p. 554-555),

Em síntese, o contraditório do nosso tempo nada mais é do que a projeção no processo do primado da dignidade da pessoa humana. Esse primado da dignidade humana impõe que o poder de influir nas decisões judiciais seja assegurado de fato, na prática, em concreto, e não apenas formalmente, a todos os interessados. Ora, não existe forma mais eficaz para isso, do que através da instauração de um diálogo humano entre o juiz e os outros

sujeitos principais do processo, autor, réu e eventuais terceiros intervenientes. O diálogo é o intercâmbio de idéias entre duas ou mais pessoas humanas a respeito de qualquer questão ou problema. No diálogo todos os interlocutores falam, ouvem, dizendo o que pensam e reagindo às opiniões dos outros, de tal modo que a seu término cada um deles influenciou nas idéias do outro e por elas foi também influenciado.

Certamente, o tema da dignidade humana é demasiado amplo e demandaria um estudo específico, que não cabe aqui. Entretanto, não se pode deixar de identificar que o contraditório, ao instaurar o diálogo no processo, assegura, indiscutivelmente, a dignidade humana dos sujeitos processuais.

Sem dúvida, a audiência bilateral – dimensão formal do contraditório – consiste inequívoca postura de *respeito* do Estado para com o jurisdicionado. E, como não é difícil perceber, esse respeito se torna ainda mais significativo em razão da dimensão substancial da garantia: ora, ao se ter em vista que o contraditório substancial exige a apreciação dos argumentos das partes pelo julgador, percebe-se, nitidamente, que essa garantia constitucional impõe uma valorização da *pessoa* do jurisdicionado que comparece a juízo. A abertura do órgão jurisdicional ao diálogo com as partes é, com efeito, sinal do reconhecimento de que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado: os jurisdicionados devem, pois, ser atendidos – e bem atendidos – quando comparecerem a juízo e valorar-lhes os argumentos é postura que demonstra, inequivocamente, consideração e respeito em relação a eles.

Por outro lado, se, como visto, o contraditório torna viável a busca de decisões justas para situações concretas, um sistema jurídico que, como o brasileiro, confira primazia à dignidade humana deve, sem dúvida alguma, valorizar aquela garantia constitucional, com vistas a oferecer a cada pessoa que compareça perante o Estado-juiz a melhor resposta jurisdicional possível.

Cabe, aqui, porém, considerar-se a assertiva de Greco, acima transcrita, de que o contraditório “nada mais” seria do que uma projeção da dignidade humana: ora, como já se viu, o contraditório remete às ideias de democracia e de processo justo,



não se podendo perder de vista toda essa riqueza significativa. Segundo aqui se entende, a afirmação deve ser lida como referindo-se ao fato de que as normas constitucionais relativas ao processo justo e à democracia – como, enfim, o direito em geral – visam à proteção do homem. Nesse sentido amplo, o contraditório, obviamente, constitui uma “projeção” da dignidade deste.

Seja como for, é candente que o contraditório – sobretudo em sua dimensão substancial –, traduz, inequivocamente, uma exigência de respeito à dignidade humana *no processo*.

### 3 CONTRADITÓRIO SUBSTANCIAL E DEVER DE MOTIVAÇÃO

Neste último capítulo, buscar-se-á oferecer uma resposta ao problema inicialmente proposto, a partir das reflexões desenvolvidas anteriormente. Destarte, à luz das considerações tecidas acerca do contraditório – capítulo 2 – e sempre tendo em vista a base teórica adotada – capítulo 1 – analisar-se-á, aqui, o dever de motivação das decisões judiciais, a fim de verificar se o juiz é obrigado a enfrentar, ao fundamentar sua decisão, todos os argumentos suscitados pelas partes no processo.

Para tanto, analisar-se-á, inicialmente, o dever de motivação em si mesmo e, em seguida, sua relação com a dimensão substancial do contraditório.

#### 3.1 DEVER DE MOTIVAÇÃO

Se o contraditório é, desde tempos remotos, associado à ideia de processo justo, o mesmo não ocorre com o dever de motivação das decisões judiciais, cuja história é relativamente mais recente. Pense-se, por exemplo, no caso dos ordálios: nestes, não apenas se decide à míngua de expressa motivação como também se *desconhecem* as razões da decisão, acessíveis apenas à divindade (PERELMAN, 2005, p. 560-561).

Segundo Perelman (2004a, p. 211), a motivação aparece no direito francês do século XIII, limitando-se, porém, a indicar a prova dos fatos e, eventualmente, a regra a ele aplicável; desaparece, porém, no século XIV. Ainda no século XIV, os Estados Gerais reivindicam o fim das decisões não motivadas, reclamo esse que, todavia, não será atendido, uma vez que não se desejava tolher o poder dos tribunais (PERELMAN, 2005, p. 561). Em 1771, Jossue, conselheiro do Tribunal de

Orléans, após afirmar que os juízes têm o *direito* de motivar suas sentenças, recomenda a não utilização dessa prerrogativa, a fim de não dar motivo a chicanas por parte daquele que tiver perdido a causa (SAUVEL *apud* PERELMAN, 2004a, p. 211). Deveras, somente em 1790, o decreto da Constituinte de 16-24 de agosto, em seu título V, art. 15, enuncia que “os motivos que tiverem determinado a sentença serão expressos” (PERELMAN, 2005, p. 561). Posteriormente, a Constituição de 5 frutidor do ano III preceitua, em seu art. 208: “as sentenças são motivadas, e nelas se enunciam os termos da lei aplicada” (PERELMAN, 2005, p. 561-562). Finalmente, o art. 18 da lei de 20 de abril de 1810 reputa nulos os arestos não motivados (PERELMAN, 2005, p. 562). Posteriormente, em 1834, uma decisão do Conselho de Estado considera que a motivação decorreria das formas substanciais de qualquer decisão em matéria contenciosa e resultaria do progresso do direito entre os povos civilizados (PERELMAN, 2004a, p. 212-213).

No direito luso-brasileiro, segundo Nery Júnior (2009, p. 284), é tradicional a exigência de fundamentação das decisões judiciais. Deveras, preceitos normativos estabelecendo o dever de motivação são encontrados nas Ordenações Filipinas – Livro III, Título LXVI, § 7, primeira parte<sup>141</sup> – e no Regulamento 737, de 1850 – art. 232<sup>142</sup>. Com o advento da República e da CF/1891, os códigos de processo estaduais também fazem referência à matéria<sup>143</sup>. Mais adiante, o CPC de 1939 também se refere ao tema em seus arts. 118, parágrafo único<sup>144</sup>, e 280, II<sup>145</sup>. Por

---

<sup>141</sup> Confira-se o dispositivo: “E para as partes saberem se lhes convém apellar, ou agravar das sentenças diffinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juizes da mór alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaesquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças diffinitivas, assim na primeira instancia, como no caso da apellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar” (NOJIRI, 2000, p. 28).

<sup>142</sup> Segundo o dispositivo, a “sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

<sup>143</sup> Segundo Nery Júnior (2009, p. 285), são encontradas menções ao dever de motivação nos Códigos de Processo Civil da Bahia, do Ceará, do Distrito Federal, do Maranhão, de Minas Gerais, do Paraná, de Pernambuco, de São Paulo e do Rio Grande do Sul.

<sup>144</sup> Nos termos do preceito legal, “o juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram seu convencimento” (NOJIRI, 2000, p. 29).

seu turno, o CPC de 1973, em vigor, trata da fundamentação como um dos requisitos da sentença em seu art. 458, II<sup>146</sup>, dispondo, ainda, no art. 131, *in fine*, que o juiz “deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Posteriormente, o dever de motivação ou fundamentação das decisões judiciais foi expressamente previsto no art. 93, IX, da CF/88<sup>147</sup>, a primeira Carta brasileira a tratar da matéria. E, com efeito, o fato de o dever de motivação haver sido consagrado em norma constitucional expressa demonstra, inegavelmente, a importância do preceito no ordenamento jurídico brasileiro. Veja-se, aliás, que a norma constitucional estabelece a sanção de *nulidade* para as decisões judiciais não motivadas; tal previsão, contemplada em sede constitucional, vem demonstrar a enorme gravidade da desobediência ao comando do constituinte<sup>148</sup>. Segundo Nery Júnior (2009, p. 284),

A menção expressa da necessidade de motivação das decisões judiciais não significa que somente se adotada semelhante regra pelo legislador constituinte é que terá validade e eficácia. Muito ao contrário, a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente. Nada obstante, há constituições que, como a nossa, exigem expressamente sejam motivadas as decisões judiciais, como é o caso da Itália (Const. ital. 111), da Grécia (Const. grega de 1968, art. 117, dentre outras.

---

<sup>145</sup> “Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà [...] II – os fundamentos de facto e de direito”.

<sup>146</sup> “Art. 458. São requisitos essenciais da sentença [...] II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

<sup>147</sup> Segundo o dispositivo, “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (grifo nosso).

<sup>148</sup> A propósito, afirma Nery Júnior (2009, p. 293): “Interessante observar que a Constituição Federal não contém norma sancionadora, sendo simplesmente descritiva e principiológica, afirmando direitos e impondo deveres. Mas a falta de motivação é vício de tamanha gravidade que o legislador constituinte, abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”.

Convém, pois, analisar o sentido jurídico da motivação das decisões jurisdicionais. Como já foi visto, o contraditório é o meio por excelência pelo qual ocorre a concretização da democracia no processo. Essa concretização se dá em virtude da *participação* do jurisdicionado na elaboração do provimento jurisdicional que, futuramente, produzirá efeitos sobre sua esfera jurídica. Todavia, também o dever de motivação das decisões é consectário do Estado Democrático de Direito. A propósito, afirma Nojiri (2000, p. 65):

[...] em um Estado Democrático de Direito, o poder vem juridicizado de tal forma que só se torna legítimo na medida em que seus órgãos atuem como meros delegados do povo (que é o detentor soberano do poder), em espaços já juridicamente delimitados. Assim, este último não só participa na formação da vontade estatal como também no controle de seus atos, direta ou indiretamente.

Deveras, como visto anteriormente - item 2.1 *supra* -, a democracia está inarredavelmente relacionada às ideias de *participação* e *representação*. Outrossim, se a dimensão participativa da democracia se operacionaliza no processo por meio do contraditório, é também certo que os órgãos jurisdicionais também *representam* o povo ao atuarem; e essa representação faz surgir a necessidade de um *controle* das decisões deles emanadas. Deveras, por meio da fundamentação, torna-se possível às partes, aos órgãos jurisdicionais titulares de eventual competência recursal e ao próprio povo em geral conhecer os motivos em que estão baseadas as decisões.

Em verdade, são muitas as finalidades cumpridas pela motivação das decisões. Segundo Junoy (1997, p. 64, tradução nossa),

A motivação das sentenças cumpre múltiplas finalidades: a) Permite o controle da atividade jurisdicional por parte da opinião pública, cumprindo assim com o requisito de publicidade; b) Faz patente a submissão do Juiz ao império da lei; c) Logra o convencimento das partes sobre a justiça e correção da decisão judicial, eliminando a sensação de arbitrariedade e estabelecendo sua razoabilidade, ao conhecer o porquê concreto de seu

conteúdo; e d) Garante a possibilidade de controle da resolução judicial pelos Tribunais superiores que conheçam dos correspondentes recursos<sup>149</sup>.

De qualquer modo, talvez a razão mais evidente para a exigência – e, no caso brasileiro, exigência constitucional – diga respeito a assegurar-se às partes a possibilidade de conhecer os fundamentos da decisão, com vistas a impedir arbitrariedades<sup>150</sup> e, ainda, a tornar possível sua eventual impugnação. No dizer de Moreira (2004a, p. 107-108, tradução nossa):

[...] Em um autêntico Estado de Direito, convém acrescentar, não basta que o órgão jurisdicional esteja convencido de que tal ou qual proposição seja verdadeira ou falsa: é necessário, ademais, que ele indique na sentença as razões de seu conhecimento. A decisão judicial, com efeito, constitui um ato emanado de um dos poderes públicos e destinado a influir na vida de dois ou mais membros da coletividade. Agora bem: o Estado de Direito não está autorizado a interferir em nossa esfera pessoal sem justificar sua interferência. Cada uma das pessoas afetadas pela decisão tem direito a saber por que se decidiu de uma maneira e não de outra; no concernente aos fatos, por que o juiz acolheu esta versão e rechaçou aquela<sup>151</sup>.

---

<sup>149</sup> Texto original: “La motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades: a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad; b) Hace patente lo sometimiento del Juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el por qué concreto de su contenido; y d) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos” (JUNOY, 1997, p. 64).

<sup>150</sup> Para Rúa (1991, p. 146), “A motivação da sentença é a fonte principal do controle sobre o modo de exercerem os juízes seu poder jurisdicional. Sua finalidade é subministrar uma garantia e excluir o arbitrário”. Texto original: “La motivación de la sentencia es la fuente principal del control sobre el modo de ejercer los jueces su poder jurisdiccional. Su finalidad es suministrar una garantía y excluir lo arbitrario” (RÚA, 1991, p. 146).

<sup>151</sup> Texto original: “[...] En un auténtico Estado de Derecho, conviene añadir, no basta que el órgano judicial esté convencido de que tal o cual proposición sea verdadera o falsa: es necesario, además, que él indique en la sentencia las razones de su convencimiento. La decisión judicial, en efecto, constituye un acto emanado de uno de los poderes públicos y destinado a influir en la vida de dos o más miembros de la colectividad. Ahora bien: el Estado de Derecho no está autorizado para interferir en nuestra esfera personal sin justificar su interferencia. Cada una de las personas afectadas por la decisión tiene derecho a saber por qué se ha decidido de una manera antes que de otra; en lo concerniente a los hechos, por qué el juez ha acogido esta versión y ha rechazado aquella” (MOREIRA, 2004a, p. 107-108).

A motivação assume, pois, um caráter garantístico, impedindo interferências estatais indevidas na esfera jurídica do jurisdicionado. Com efeito, o poder estatal não pode interferir sobre interesses juridicamente protegidos de quem quer que seja sem justificar sua atuação.

Acerca da motivação, leciona também Echandía (1984, p. 48, tradução nossa):

[...] É indispensável que os funcionários judiciais expliquem e fundamentem suas decisões, a menos que se trate de simples ordens para o impulso do processo [...] Desta maneira, evitam-se arbitrariedades e permite-se às partes usar adequadamente o direito de impugnação à sentença para os efeitos da segunda instância, delineando para o superior as razões legais e jurídicas que desvirtuam os erros que conduziram o juiz a sua decisão. Porque a resolução de toda sentença é o resultado das razões ou motivações que nela se explicam<sup>152</sup>.

Destarte, além de coibir abusos, a fundamentação viabiliza o direito de impugnação à sentença: deveras, uma sentença imotivada impede aos pleiteantes fiscalizar a reflexão do órgão jurisdicional (GOZÁINI, 1992, p. 685). Nessa perspectiva, o dever de motivação está relacionado à garantia da ampla defesa<sup>153</sup>, uma vez que apenas é possível indicar potenciais erros no provimento se neste restar exposto o raciocínio por meio do qual o juiz chegou à decisão (RICCI, 1995, p. 163).

Por sua vez, Morello deixa transparecer a existência de uma relação entre o assim chamado *direito à tutela jurisdicional efetiva* e a motivação das decisões:

---

<sup>152</sup> Texto original: “[...] Es indispensable que los funcionarios judiciales expliquen y fundamenten sus decisiones, a menos que se trate de simples órdenes para el impulso del proceso [...] De esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándole al superior las razones legales y jurídicas que desvirtúan los errores que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican” (ECHANDÍA, 1984, p. 48).

<sup>153</sup> Segundo Ricci (1995, p. 164), a motivação é vista como instrumento concreto para a salvaguarda da garantia de defesa em relação ao específico provimento a que se refere.

Segundo constante doutrina constitucional, o Direito à tutela efetiva se configura, fundamentalmente, como a garantia de que as pretensões das partes que intervêm em um processo serão resolvidas pelos órgãos judiciais com *critérios jurídicos razoáveis*. Esse direito fundamental (à tutela judicial efetiva) tem como conteúdo básico o de obter dos órgãos judiciais uma resposta (séria, plena – razoada –, cabalmente motivada) às pretensões expostas, e não *manifestamente arbitrária, nem irrazoável* (MORELLO, 1994, p. 286-287, grifo do autor, tradução nossa)<sup>154</sup>.

Realmente, não é difícil se compreender a relação estabelecida: ora, se o jurisdicionado tem direito a uma resposta razoável para a demanda apresentada ao Judiciário, é de se supor que, num Estado Democrático de Direito – que repudia o arbítrio – essa resposta seja devidamente fundamentada. E, decerto, quando se busca um acesso à justiça qualitativo – item 2.5 *supra* –, a importância da fundamentação há de ser redobrada: com efeito, a busca pela solução *mais adequada* para o caso concreto pressupõe que essa decisão seja argumentativamente sustentável, circunstância essa apenas apreciável por meio da motivação. Afinal, senão pelos fundamentos invocados pelo órgão jurisdicional, como seria possível a identificação dos critérios em que se pauta a decisão? Como aferir, de forma adequada, sua razoabilidade? É, pois, necessário que o Estado-juiz, ao decidir, indique, de forma clara, os *topoi* em que se baseia, de modo a ensejar uma aferição da razoabilidade de sua decisão. Como afirma Palomino (1993, p. 328, tradução nossa),

O princípio de razoabilidade opera desde o início da atividade [jurisdicional], mas é no final da mesma, isto é, no momento decisório do conflito que adquire sua máxima relevância, pois então se ordena a justificar os termos nos quais o mesmo é resolvido. A motivação da sentença supõe a exteriorização do raciocínio judicial; mas exige uma elaboração lógica que

---

<sup>154</sup> Texto original: “Según constante doctrina constitucional, el Derecho a la tutela judicial efectiva se configura, fundamentalmente, como la garantía de que las pretensiones de las partes que intervienen en un proceso serán resueltas por los órganos judiciales con *critérios jurídicos razonables*. Ese derecho fundamental (a la tutela judicial efectiva) tiene como contenido básico el de obtener de los órganos judiciales una respuesta (seria, plena – razonada –, cabalmente motivada) a las pretensiones planteadas, y no *manifiestamente arbitraria, ni irrazonable*” (MORELLO, 1994, p. 286-287, grifo do autor).



garanta a adequação ao direito do resultado e, portanto, a justiça da decisão<sup>155</sup>.

Outrossim, uma vez estabelecida a necessidade de busca de soluções razoáveis para as situações concretas que se apresentam perante o Poder Judiciário, torna-se necessário um *controle* dessa razoabilidade. Isso não significa, porém, que o dever de fundamentação se confunda com um direito à razoabilidade mesma das decisões; noutras palavras, não se pode considerar que a decisão desconforme ao direito ou injusta contenha, por esse só motivo, vício de motivação. A motivação se presta, ao revés, justamente a possibilitar um controle do conteúdo das decisões, não se identificando, porém, com o direito à presença de tal ou qual conteúdo, no que diz respeito ao mérito do *decisum*.

Morello bosqueja, também, uma relação entre a motivação das decisões e a imparcialidade do juiz. Assim, segundo o processualista argentino, a garantia constitucional da imparcialidade

Atualmente é enfocada com as luzes da concepção democrática que ilumina não só a obrigação constitucional de motivação, mas os demais espaços em que se desenvolve o litígio desde o prisma do judicante: imparcialidade, objetividade, igualdade de ferramentas (de tratamento e possibilidades reais); de similar ou paritária assistência técnica, publicidade dos atos e das diligências. Tudo isso facilita desde *dentro* do processo mesmo (durante o trâmite e em sede de impugnação horizontal, via recursos) e desde fora dele (o juízo crítico da opinião pública), a composição do processo justo (MORELLO, 1994, p. 418-419, grifo do autor, tradução nossa)<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Texto original: “El principio de razonabilidad opera desde el inicio de la actividad pero es al final de la misma, esto es, en el momento decisorio del conflicto, cuando adquiere su máxima relevancia, pues entonces se ordena a justificar los términos en los cuales el mismo es resuelto. La motivación de la sentencia supone la exteriorización del razonamiento judicial; pero exige una elaboración lógica que garantice la adecuación a derecho de lo resuelto y por tanto la justicia de la decisión.

<sup>156</sup> Texto original: “Actualmente es enfocada con las luces de la concepción democrática que ilumina no sólo la obligación constitucional de la motivación, sino los demás espacios en los que se desenvuelve el litigio desde el prisma del judicante: imparcialidad, objetividad, igualdad de herramientas (de trato y posibilidades reales); de similar o pareja asistencia técnica, publicidad de los actos y las diligencias. Todo ello facilita desde *adentro* del proceso mismo (durante el trámite y en

Deveras, um juiz imparcial aprecia as questões que lhe são postas segundo critérios que deve expor claramente em sua decisão, abrindo-a, assim, ao controle por outros órgãos jurisdicionais e ao próprio espírito crítico da opinião pública. E, quando, aqui, se fala em opinião pública, não se quer, por óbvio, sustentar que as decisões judiciais devam ter um cunho plebiscitário, como se correspondessem a juízos levados a efeito pelas multidões; diversamente, quer-se dizer que os provimentos jurisdicionais devem estar expostas ao público e mostrar-se aceitáveis perante o meio em que são proferidas – veja-se, a propósito, que daí também resulta a necessidade de *clareza* das decisões.

Tais observações, por seu turno, põem em evidência o modo como a motivação se dirige não apenas aos sujeitos envolvidos no processo, mas também a toda a sociedade. Como salientam Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 68),

Na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma. Era só por isso que as leis processuais comumente asseguravam a necessidade de motivação (CPP, art. 381; CPC, art. 165 c/c 458; CLT, art. 832). Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

Dessarte, a motivação, além de constituir-se numa garantia de justiça e permitir às partes conhecer os fundamentos da decisão, assegura a publicidade da conduta dos juízes e o controle popular sobre o desempenho de suas funções (RÚA, 1991, p. 146). Deveras, a fundamentação dos provimentos judiciais enseja um verdadeiro *controle democrático* da atuação dos órgãos jurisdicionais. Nesse diapasão, afirma Ricci (1995, p. 162-163, grifos do autor, tradução nossa):

---

sede de impugnación horizontal, vía recursos) y desde afuera de él (el juicio crítico de la opinión pública), la composición del proceso justo” (MORELLO, 1994, p. 418-419, grifo do autor).

[...] o escopo da motivação, de um certo modo, não está limitado às exigências processuais apenas, mas deve endereçar-se ainda para fora do processo, desde que se acolha a tese da função *democrática* do instituto (em contraposição ou conjuntamente com aquela *institucional*), pela qual o fato de que os provimentos devem ser motivados deve representar não só uma garantia para as partes em vista dos possíveis e necessários controles do provimento, mas ainda um sinal para todos os cidadãos, que através da motivação podem verificar se o provimento é realmente informado por princípios de legalidade e justiça<sup>157</sup>.

No mesmo sentido, segundo Comoglio, Ferri e Taruffo (1995, p. 82), embora não se estabeleça uma responsabilidade política direta da magistratura, por meio do dever de motivação dos provimentos judiciais, os juízes são obrigados a responder sobre o modo como operam perante o povo soberano, ficando submetidos ao vasto controle da opinião pública<sup>158</sup>.

Percebe-se, assim, que a motivação das decisões direciona-se não apenas às partes, mas também à própria sociedade como um todo. É possível afirmar, portanto, que o dever de fundamentação ostenta uma relevância *endoprocessual* – na medida em que torna possível o controle e o convencimento *das partes* no que se refere à atuação do julgador – e, ao mesmo tempo, *extraprocessual* – uma vez que, ao fundamentar sua decisão, o juiz a justifica perante a *sociedade como um todo*. Outra não é a opinião de Luiso (1997, p. 39, tradução nossa):

Portanto a garantia de motivação dos provimentos jurisdicionais serve, do ponto de vista extraprocessual, político, como meio de verificação da coletividade acerca do exercício do poder: a transparência. Do ponto de vista endoprocessual, ao revés, é um instrumento de técnica do processo

---

<sup>157</sup> Texto original: “[...] lo scopo della motivazione, da un certo punto di vista non va limitato alle sole esigenze processuali, ma deve indirizzarsi anche fuori dal processo, beninteso ove si accolga la tesi della funzioni c.d. *democratica* dell’istituto (in contrapposto, o in aggiunta, a quella c.d. *istituzionale*), per cui il fatto che i provvedimenti debbano essere motivati dovrebbe rappresentare non solo una garanzia per le parti in vista dei possibili necessari controlli del provvedimento, ma anche un segnale per tutti i cittadini, che attraverso la motivazione possono rendersi conto se il provvedimento si informa realmente a principi di legalità e giustizia” (RICCI, 1995, p. 162-163, grifos do autor).

<sup>158</sup> Semelhantemente, afirma, ainda, Portanova (2008, p. 250): “Não se pense que o destinatário da motivação é somente a parte. O princípio não é tão restrito. Trata-se de uma garantia para o Estado, os cidadãos, o próprio juiz e a opinião pública em geral”.

que consente e realiza plenamente a atuação da garantia da defesa, dando à parte o poder de verificar a justiça e correção da decisão, ainda em vista da utilização, contra a sentença desfavorável, dos ulteriores poderes previstos, que são os poderes de impugnar a sentença<sup>159</sup>.

Modernamente, portanto, é necessário ter-se em conta essa dupla perspectiva quando se analisa o disposto no art. 93, IX, da CF/88.

Por outro lado, hodiernamente, não há como se falar em processo justo sem que as decisões nele proferidas sejam motivadas, o que põe em destaque a relação existente entre o dever de motivação e o devido processo. A motivação é, pois, nos termos do escólio de Portanova (2008, p. 248), “[...] uma imposição do princípio do devido processo legal em que se busca a exteriorização das razões de decidir, o revelar do prisma pelo qual o Poder Judiciário interpretou a lei e os fatos da causa”. Assim sendo, após as considerações precedentes acerca das diversas finalidades da motivação das decisões, pode-se, indubitavelmente, afirmar que ela é, hoje, inerente, à noção de processo justo: não há devido processo se as decisões judiciais não são motivadas.

E, decerto, para que todos os escopos do dever de motivação sejam atendidos, é indispensável que a fundamentação adotada seja *clara*, perfeitamente compreensível. Destarte, a motivação deve ser clara, de modo que o pensamento do julgador seja apreensível, compreensível e examinável, não deixando margem para dúvidas sobre as ideias que expressa (RÚA, 1991, p. 151). Com efeito, caso não seja o provimento claro, caso não estejam bem formuladas as razões em que se baseia o julgador, será inviável às partes e à sociedade exercer qualquer controle sobre o que restou decidido.

---

<sup>159</sup> Texto original: “Quindi la garanzia della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali serve, dal punto di vista extraprocessuale, politico, come mezzo di verifica della collettività circa l’esercizio del potere: la trasparenza. Dal punto di vista endoprocessuale, invece, è uno strumento di tecnica del processo che consente e realizza pienamente l’attuazione della garanzia della difesa, dando alla parte il potere di verificare la giustizia e correttezza della decisione, anche in vista della spendita, contro la sentenza sfavorevole, degli ulteriori poteri previsti, che sono i poteri di impugnare la sentenza” (LUISO, 1997, p. 39).

Semelhantemente, assevera Ricci (1995, p. 164-165, tradução nossa):

Sobre o modo por meio do qual a motivação é redigida, pode-se reafirmar o princípio fundamental válido não apenas para o processo civil mas também para todo outro tipo de processo, segundo o qual ocorre que essa consista em um procedimento lógico que deve ser não apenas compreensível para a maioria dos membros da sociedade, mas também por eles compartilhável. Uma motivação incompreensível ou extravagante não pode satisfazer ao que dita o art. 111 da Constituição<sup>160</sup>. Este é um dado extremamente importante a ser sublinhado, que diz respeito, além da razoabilidade da motivação, também à sua 'legibilidade', isto é, a sua compreensibilidade por parte dos destinatários do ato<sup>161</sup>.

Inequívoco, portanto, que a clareza é indispensável para o pleno atendimento ao dever de motivação. Há que se fazer, aqui, porém, uma distinção: enquanto a decisão obscura não pode ser considerada devidamente fundamentada, o mesmo não se há de dizer das decisões cuja fundamentação é, no dizer de Ricci, "extravagante". Como visto, o dever de motivação não consiste, em si mesmo, em um dever de razoabilidade da decisão. Logo, se um provimento jurisdicional, embora claro e intrinsecamente coerente, adota fundamentos inaceitáveis, sua impugnação deve se dar não por vício de motivação, mas pelo próprio *error in iudicando* cometido pelo juiz.

Ainda sobre a clareza e inteligibilidade da fundamentação, explica Brasil Júnior (2007, p. 55):

---

<sup>160</sup> O autor se refere ao art. 111, inciso 1, da Constituição italiana, segundo o qual "todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados" (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 80, tradução nossa). Texto original: "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" (COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, 1995, p. 80).

<sup>161</sup> Texto original: "Circa il modo attraverso il quale la motivazione va redatta, si può riaffermare il principio fondamentale valevole non solo per il processo civile ma anche per ogni altro tipo di processo, secondo il quale occorre che essa consista in un procedimento logico che deve essere non solo comprensibile dalla maggioranza dei consociati, ma anche da essi obiettivamente condivisibile. Una motivazione incomprendibile o cervelotica non potrebbe soddisfare il dettato dell'art. 111 Cost. Questo è un dato estremamente importante da sottolineare, che attiene, oltre che alla razionalità della motivazione, anche alla sua 'leggibilità' cioè alla sua comprensibilità da parte dei destinatari dell'atto" (RICCI, 1995. p. 165).

[...] a argumentação deve ser desenvolvida de modo claro, objetivo, sem floreios ou enfeites retóricos desnecessários ao convencimento. A justificação da decisão deve ser compreensível pelo homem médio. A argumentação deve ser compatível com a linguagem natural, e acessível ao entendimento do de [sic] todos, sejam advogados ou partes. O juiz pode utilizar termos técnicos, discretas expressões em latim ou em língua estrangeira. Porém, deve redigir a sentença de forma absolutamente compreensível. A falta de compreensão autorizou, até mesmo, a construção de um recurso: os embargos de declaração, que visam a clareza do julgado, afastando contradições, omissões ou obscuridades. Uma decisão absolutamente incompreensível pode até mesmo ser considerada não fundamentada. A fundamentação exigida nas decisões por imperativo constitucional tem o escopo de legitimar a decisão e permitir o controle do ato judicial. Sem as razões corretamente declaradas, não é possível controlar a correção da decisão.

É inarredável, por conseguinte, a necessidade de clareza nas decisões judiciais, com vistas a ensejar sua efetiva controlabilidade. Por outro lado, como afirma Nery Júnior (2009, p. 286, grifos do autor),

[...] 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 que ‘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 falta fundamentação.

É, pois, indispensável que o juiz efetivamente indique a substância das razões que ensejaram seu convencimento num ou noutro sentido. Não bastam alusões genéricas à prova dos autos; não basta, igualmente, a menção imprecisa à “ausência de amparo legal” para o pedido formulado. Cabe ao órgão jurisdicional a indicação efetiva dos elementos que formaram sua convicção.

Convém, neste ponto, tecer alguns comentários acerca da motivação das decisões, considerada em si mesma.

### 3.2 RACIOCÍNIO JUDICIAL E MOTIVAÇÃO

Foi dito no primeiro capítulo deste trabalho que o direito não é aplicado segundo a lógica formal, de cunho eminentemente dedutivo. No item 1.4, especificamente, teve-se a oportunidade de apontar os equívocos subjacentes à ideia de silogismo judiciário.

A decisão, segundo as premissas aqui adotadas, não é simplesmente deduzida de normas gerais e fatos, mas é justificada como razoável à luz dos *topoi* de que se socorre o juiz ao apreciar o caso. Nada obsta, é certo, que a fundamentação adotada tenha a *aparência* de um silogismo, à medida que, em seu bojo, sejam enunciados regras gerais e fatos concretos; todavia, como visto, nem mesmo assim, será possível reduzir-se o processo decisório a uma dedução, por várias razões já vistas: (a) a existência invariável de um ato de *escolha* do caminho a ser trilhado quando da emanção do provimento; (b) a necessidade de *seleção* das premissas pelo julgador, que não é automática; (c) a presença de elementos de *avaliação* em atividades como a dosimetria de uma pena ou o arbitramento de uma indenização.

O que ocorre no processo decisório é algo distinto: a partir de determinados *topoi* o juiz forma um juízo de razoabilidade diante da situação que se lhe apresenta: funda-se, outrossim, em tópicos de argumentação para admitir como razoável a existência ou inexistência de certos fatos, de tal ou qual modo; baseia-se, ainda, em outros *topoi* ao emprestar a esses fatos uma ou outra qualificação jurídica; e, por fim, à luz de todas as razões consideradas, conclui pela razoabilidade da solução obtida para o problema.

A conclusão do órgão jurisdicional, afirma Morello (2001, p. 67, grifos do autor, tradução nossa),

[...] termina por ser a melhor resposta, às vezes *imprevisível*<sup>162</sup>, ao projeto que propuseram as partes; o que finalmente foi cunhado pelo processo judicial – a verdade jurídica objetiva – e se reflete normalmente na sentença de mérito, mas outras vezes *antes* dela, se assim o determinam as exigências da tutela antecipatória [...] Sobre essa tapeçaria urdida no juízo atua o juiz (e o árbitro<sup>163</sup>); desenhando o rosto acabado de um argumento que os sujeitos do litígio foram armando, e é o juiz ou o árbitro que acopla ao pronunciamento a *decisão* que garante a consistência e versão última – que antes havia sido oscilante e mutável – de aquele inanimado passado: um *opus* sentencial (ou laudo) *igual, semelhante ou diferente*, que neste *presente*, emerge em sua significação jurídica final<sup>164</sup>.

Para Rúa (1991, p. 146, tradução nossa), “A motivação da sentença constitui um elemento intelectual, de conteúdo crítico, valorativo e lógico, que consiste no conjunto de raciocínios de fato e de direito em que o juiz apoia sua decisão”<sup>165</sup>. Deveras, a fundamentação de um provimento jurisdicional está ligada à sua *justificação*, isto é, à sua sustentação. E, aqui, é interessante observar uma distinção entre *justificar* e *explicar*.

Quando se diz, por exemplo, que um juiz decidiu de modo tal ou qual em razão de crenças religiosas não declaradas, afirma-se uma *razão explicativa* para a decisão; já quando se afirma que esse mesmo juiz tomou por base, ao decidir, um

---

<sup>162</sup> Segundo o entendimento adotado no presente trabalho, a referência a uma resposta imprevisível apenas pode significar uma resposta distinta daquela *inicialmente pleiteada* pelas partes. No entanto, em virtude da dimensão substancial do contraditório, há que se ter em vista o direito das partes a não serem surpreendidas por um juízo de terceira via, sem que antes possam se manifestar sobre as matérias que o juiz considere relevantes à decisão da causa a respeito das quais não tenham, ainda, se manifestado.

<sup>163</sup> O autor se refere, aqui, à possibilidade de o caso ser enfrentado não por um órgão jurisdicional, mas por um juízo arbitral.

<sup>164</sup> Texto original: “[...] termina por ser la mejor respuesta, a veces *imprevisible*, al proyecto que propusieron las partes; lo que finalmente acuñó el proceso judicial – la verdad jurídica objetiva – y se refleja normalmente en la sentencia de mérito, pero otras veces *antes* de ella, si así lo determinan las exigencias de tutela anticipatoria [...] Sobre ese tapiz urdido en el juicio actúa el juez (y el árbitro); diseñando el rostro acabado de un argumento que fueron armando los sujetos del litigio, y es el juez o el árbitro el que le acopla en el pronunciamento la *decisión* que garantiza la consistencia y versión última – que antes había sido oscilante y mutable – de aquel inanimado pasado: un *opus* sentencial (o laudo) *igual, semejante o diferente*, que en este *presente*, emerge en su significación jurídica final” (MORELLO, 2001, p. 67, grifos do autor).

<sup>165</sup> Texto original: “La motivación de la sentencia constituye un elemento intelectual, de contenido crítico, valorativo y lógico, que consiste en el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en que el juez apoya su decisión” (RÚA, 1991, p. 146).



determinado preceito constitucional, enuncia-se uma *razão justificadora* para o provimento (ATIENZA, 2006, p. 20). Segundo Atienza, é possível discernir entre duas perspectivas de análise no que toca às argumentações:

[...] a primeira seria a perspectiva de algumas ciências sociais, como a psicologia social, que esboçaram diversos modelos para explicar o processo de tomada de decisões a que se chega, em parte, mediante o uso de argumentos<sup>166</sup> (ATIENZA, 2006, p. 21).

Outrossim, para essa primeira perspectiva de análise, importa explicar cientificamente os processos mentais conducentes à decisão. Logo adiante, trata o autor espanhol de um segundo e distinto prisma de análise:

A segunda perspectiva seria a de outras disciplinas que estudam sob que condições se pode considerar justificado um argumento. Aqui, por sua vez, caberia falar de uma justificação formal dos argumentos (quando um argumento é formalmente correto) e de uma justificação material (quando se pode determinar que um argumento, num campo determinado, é aceitável). Isso permitiria distinguir entre a lógica formal ou dedutiva, por um lado, e o que às vezes se chama de lógica material ou informal (onde se incluíam coisas tais como a tópica e a retórica), por outro (ATIENZA, 2006, p. 22).

Como não é difícil perceber, ao direito interessa a segunda perspectiva de análise, isto é, aquela que tem em mira a *justificação* das decisões, isto é, a sua sustentação

---

<sup>166</sup> Segundo o autor, “No campo do Direito, um desses modelos é o da *informação integrada*, elaborado por Martin F. Kaplan (cf. Kaplan, 1983). Segundo ele, o processo de tomada de decisão por um juiz ou um jurado é resultado da combinação dos valores da informação com os da impressão inicial. O processo de decisão começa com a acumulação de unidades de prova ou informação; a isso se segue o processo de avaliação, em que a cada item informativo se atribui um valor numa escala específica para o julgamento que está se desenvolvendo; o terceiro passo consiste em atribuir um peso para cada informação; depois a informação avaliada e sopesada é integrada num julgamento singular, como por exemplo ‘probabilidade de culpabilidade’; e finalmente se leva em conta a impressão inicial, isto é, os preconceitos do juiz ou do jurado, que podem provir tanto de condições circunstanciais (por exemplo, seu estado de humor no momento do julgamento) quanto de condições ligadas à sua personalidade (por exemplo, preconceitos raciais ou religiosos)” (ATIENZA, 2006, p. 21).

com base em argumentos. Não são relevantes, de outra banda, para o direito, explicações sobre os processos psicológicos que ensejaram o *decisum*<sup>167</sup>.

Percebe-se, pois, do exposto até aqui, que a motivação de um provimento jurisdicional corresponde a uma argumentação que o justifique, isto é, que, tendo em vista o direito positivo e os valores do meio em que é proferido, seja capaz de sustentar sua razoabilidade. Deve o juiz, indicar os *topoi* que levou em consideração para chegar à decisão proferida, sustentando, a partir deles, perante os sujeitos processuais envolvidos, bem como perante a própria sociedade como um todo como é razoável a decisão que profere; destarte, restarão atendidas, respectivamente, as funções endoprocessual e extraprocessual da motivação. Noutras palavras, a motivação é, em si, um ato *retórico*, em que o julgador, assumindo a posição de *orador*, busca *obter a adesão* das partes e do meio social à tese esposada na decisão.

Frise-se que, ao se conceber a motivação como ato retórico, enfatiza-se que o juiz não há de ser *indiferente* em relação a seus interlocutores no processo nem ao meio em que se situa. Como funcionário público que é, deve *voltar-se* para os destinatários da decisão, buscando convencer a ambos – e, de modo especial, àquele que sucumbe –, bem como à própria sociedade, a quem deve prestar contas, da adequação ao direito positivo e da justiça de sua decisão. Destarte, se, ao longo de todo o procedimento, o juiz assumira o papel de auditório a que se dirigiam as partes, após formar seu convencimento, passa ele à condição de orador em busca de adesão a sua tese. Segundo aqui se entende, portanto, o juiz, ao motivar sua decisão, não apenas adere a uma tese já construída, mas também *argumenta*, ele

---

<sup>167</sup> Nesse sentido, leciona Brasil Júnior (2007, p. 47, grifos do autor): “[...] a fundamentação exigida pelo ordenamento jurídico é a justificação *externa* da decisão, dando a conhecer as razões de decidir e permitindo um controle do ato decisório, e não uma *interna* ou psicológica do juiz”.

próprio, ao decidir<sup>168</sup> – *vide* item 1.3 *supra*. Como assevera Portanova (2008, p. 252),

A motivação não é só a exteriorização ordenada de expressões das razões motivacionais do juiz. Mais do que isso, a motivação deve demonstrar a justiça da decisão, deve buscar convencer. Quando postulam, as partes buscam convencer o juiz de suas razões. O juiz, por sua vez, quando decide, também deve tentar convencer uma grande comunidade quanto ao acerto de sua solução [...] Não basta o juiz repetir norma e fato ou aplicar um sobre o outro. A sentença não é mera seqüência de frases. É comunicação criativa e como tal deve convencer. É indispensável o juiz ativo, interessado em demonstrar suas razões de decidir. As partes querem ganhar a ação, mas seja ganhando ou perdendo, querem, também, ser convencidas quanto ao resultado da demanda.

Portanto, o órgão jurisdicional deve estar comprometido com a busca da solução mais justa conforme o direito comportada pelo caso concreto e, uma vez que construa tal decisão, deve buscar obter a adesão das partes e da sociedade à tese que adota, atuando, por conseguinte, de forma retórica. Não deve fundamentar sua decisão como se as partes e a sociedade tivessem de simplesmente *aceitá-la*, mas, sobretudo, buscando persuadi-las quanto a sua razoabilidade.

Há que se destacar, ainda, que, quando se afirma que o juiz tem por auditório a sociedade, faz-se necessário aí incluir, de modo especial, a comunidade jurídica, a cuja visão crítica a decisão estará particularmente exposta. A propósito, afirma Sauvel (*apud* PERELMAN, 2004a, p. 210-211):

[...] a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também

---

<sup>168</sup> E, como assevera Perelman (2004a, p. 185), “Como se trata de deixar as decisões jurídicas aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares”.

de preparar as soluções futuras. Sem ela não teríamos 'emen ários' [sic], e esta publicação não seria o que é.

E, logo adiante, arremata o autor:

A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial (SAUVEL *apud* PERELMAN, 2004a, p. 211, grifo do autor).

Estão incluídos no auditório do juiz, portanto, os órgãos jurisdicionais com competência para reapreciar, em grau de recurso, a decisão por ele proferida, bem como a própria doutrina, a cuja opinião crítica o julgador se sujeita. Sobre o papel da doutrina, afirma Brasil Júnior (2007, p. 75, grifo do autor):

[...] a doutrina não pode ser ignorada como se fosse um nada. A racionalidade de uma decisão está precisamente na inexistência de argumentos contrários ou na força prevalente do argumento, ainda que o argumento seja proveniente da doutrina. Se a doutrina indica um argumento racional, não é possível ignorá-lo, argumentando não se tratar de lei ou jurisprudência dominante. Um exemplo claro dessa assertiva encontramos na conhecida *fungibilidade recursal*. Muito embora não exista previsão legal, a doutrina sustenta sua aplicação há bastante tempo, e hoje encontra plena aceitação na jurisprudência.

Percebe-se, pois, que, na motivação, o órgão jurisdicional assume, de fato, a condição de orador perante as partes e pela sociedade como um todo – aí incluída, de modo peculiar, a comunidade jurídica. Nesse contexto, informando expressamente os *topoi* em que baseia sua decisão, buscará obter a adesão de seu auditório à tese nela contida, sustentando, assim, a razoabilidade da solução encontrada para o caso.

### 3.3 DEVER DE MOTIVAÇÃO E APRECIÇÃO INTEGRAL DOS ARGUMENTOS TRAZIDOS PELAS PARTES

Todas as considerações desenvolvidas até aqui fornecem elementos para que seja solucionado o problema inicialmente proposto. É, pois, chegado o momento de se analisar se o juiz ou tribunal está ou não obrigado a apreciar todos os argumentos trazidos pelas partes ao processo. Começa-se, aqui, por destacar que a jurisprudência brasileira sedimentou-se em sentido negativo, sendo absolutamente rotineiros julgados a afirmar a desnecessidade da apreciação integral dos argumentos suscitados. Confira-se, a propósito, a título meramente ilustrativo, o seguinte aresto:

[...] VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA [...] Não se vislumbra a ocorrência dos vícios elencados no artigo 535 do CPC a reclamar a anulação do julgado, mormente quando o aresto recorrido está devidamente fundamentado. Ademais, *não está o magistrado obrigado a rebater um a um os argumentos apresentados pelas partes* (STJ, AgR no AI 1133535/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.10.2009, DJ 21.10.2009, grifo nosso)<sup>169</sup>.

<sup>169</sup> No mesmo sentido: “[...] VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA [...] Não há omissão a ser suprida, até porque os *órgãos julgadores não estão obrigados a analisar todas as teses levantadas pelos jurisdicionados durante um processo* se puderem fundamentar seu provimento em argumentos outros” (STJ, ED nos ED no REsp 875.678/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13.10.2009, DJ 23.10.2009, grifo nosso); “[...] OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO E OMISSÃO. INEXISTÊNCIA [...] *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” (STJ, ED no REsp 856.315/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/10/2009, DJ 16.10.2009, grifo nosso); “[...] VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA [...] Consoante entendimento pacificado desta Corte, *o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes*. Embora sucinta a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de direito para fundamentar o resultado, exprimindo o sentido geral do julgamento, não se emoldura violação ao art. 535 do Código de Processo Civil” (STJ, AgR no REsp 1106593/MG, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, julgado em 01.10.2009, DJ 26.10.2009, grifo nosso); “[...] OFENSA AO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA [...] 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” (STJ, AgR no Ag 1172526/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22.09.2009, DJ 07.10.2009); “[...] OMISSÃO INEXISTENTE. Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que *o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes* (STF, AgR nos ED no RE 465739, Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 03.10.2006,

O entendimento consagrado na jurisprudência é, também, adotado por vários autores. Ao tratar das motivações de fato, afirma, por exemplo, Gozáini (1992, p. 686, tradução nossa): “não é necessário o tratamento de todas as considerações que as partes articulam, mas unicamente daquelas que são conducentes à decisão do caso”<sup>170</sup>. Por seu turno, assevera Junoy (1997, p. 61, tradução nossa):

[...] Não se trata de exigir dos órgãos jurisdicionais uma argumentação extensa, exhaustiva ou pormenorizada que vá respondendo, ponto por ponto, a cada uma das alegações das partes, nem impedir a fundamentação concisa ou expedita que em cada caso considerem suficiente aqueles que exercem a potestade jurisdicional: trata-se de que a tutela jurisdicional efetiva esteja atada aos extremos submetidos pelas partes a debate. Por isso, a exigência de motivação não implica necessariamente uma contestação judicial expressa a todas e cada uma das alegações das partes<sup>171</sup>.

De forma algo semelhante, afirma Dinamarco (2009, p. 249, grifos do autor):

A exigência de *inteireza da motivação* (Michele Taruffo) não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda

---

DJ 24.11.2006, grifo nosso); “[...] Com razão entendeu o acórdão recorrido que a decisão, então embargada para declaração, continha fundamento suficiente ao convencimento dos Juízes que apreciaram a questão de acordo com elementos reputados adequados à solução da lide, *sem a obrigação de responder a todos os argumentos das partes*” (STF, AgR no AI 281007, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, julgado em 20.06.2000, DJ 18.08.2000, grifo nosso).

<sup>170</sup> Texto original: “no es necesario el tratamiento de todos y cada uno de los planteos que las partes articulan, sino únicamente de aquéllos que son conducentes para la decisión del caso” (GOZÁINI, 1992, p. 686).

<sup>171</sup> Texto original: “No se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional; se trata de que la tutela judicial efectiva se anude con los extremos sometidos por las partes a debate. Por ello, la exigencia de motivación no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes” (JUNOY, 1997, p. 61).

coerência. A regra de equilíbrio é esta: *motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial.*

Afirma-se, pois, segundo o entendimento acima, amplamente majoritário no Brasil, que o dever de motivação apenas obrigaria o órgão jurisdicional a expor razões “suficientes” a justificar a *decisão*, sem que haja a necessidade de se responder a todos os argumentos invocados pelas partes. Discorda-se, aqui, porém, desse entendimento, pelas razões que se passa a expor.

Sem dúvida alguma, o posicionamento majoritário tem por base as ideias subjacentes aos clássicos brocardos *iura novit curia* e *da mihi factum, dabo tibi ius*. Com efeito, quando se parte da premissa de que o juiz conhece previamente o direito e que basta se lhe apresentar uma situação fática para que, em resposta, ele ofereça, pronta e acabada, a solução jurídica para o caso, parece não haver, realmente, grande sentido em se perder tempo com o enfrentamento detalhado das razões invocadas pelas partes. Neste ponto, porém, torna-se necessário analisar-se o significado exato desses adágios – cujo valor e utilidade não se nega, aqui, de modo algum – à luz do atual modelo constitucional de processo.

Como explica Nosete, (1984, p. 258), não há dúvida de que cabe às partes trazer a juízo os fatos da causa e ao julgador emprestar-lhes qualificação jurídica, mas o problema que se coloca diz respeito ao modo como o julgador exercita seus poderes, bem como os limites que se lhe impõem. Nesse contexto, assevera o processualista espanhol:

Se a construção silogística do pronunciamento judicial fosse exata, o tema revestiria menor importância, tanto que a uns fatos dados, situados na premissa maior jurídica, corresponderia uma unívoca conclusão. Sem embargo, todos sabemos que este esquema tem mero valor indicativo, porque a fluidez dos fatos e a variabilidade do Direito em torno desses fatos, por mais que sejam suas delimitações formais, obrigam, em função dos fatos que se alegam e do direito que se invoca, a uma certa orientação do sentido que se dá à prova dos mesmos. A interação fatos e Direito é manifesta se se tem em conta que o esforço das partes se encaminha a reconduzir o magma fático a umas suposições de fato que se estimam

como acontecidos para que se encaixem na norma (NOSETE, 1984, p. 259, tradução nossa)<sup>172</sup>.

Como já visto – item 1.4 deste trabalho – o silogismo judicial é uma construção falha. O provimento jurisdicional efetivamente não corresponde a um processo lógico-dedutivo, mas, diversamente, a uma *escolha* fundada em um juízo de razoabilidade. Destarte, é possível que o julgador adira a uma das teses jurídicas sustentadas pelas partes ao longo do processo, rechaçando a outra; pode, por outro lado, adotar um terceiro posicionamento, não coincidente com nenhuma delas (NOSETE, 1984, p. 259).

Nessa toada, entende-se, aqui, que a ideia de que o juiz deve conhecer o direito e aplicá-lo à realidade fática apurada no processo nada diz com a necessidade ou não de apreciação de argumentos: trata-se, pois, tão-somente de reconhecer-se ao julgador a possibilidade de aplicar o direito, conforme seu livre convencimento, ao caso concreto. Todavia, torna-se necessário aferir *como* o julgador deve agir ao fazer prevalecer seu entendimento. Até porque, como visto anteriormente – item 2.4 *supra* –, mesmo na hipótese de o órgão jurisdicional adotar fundamento não trazido pelas partes, deve, previamente, instá-las a debater a matéria, já que o contraditório acarreta para elas uma garantia de *influência e não surpresa*.

Preservar-se, pois, o livre convencimento motivado do julgador nada tem a ver, portanto, com eximi-lo de apreciar a argumentação desenvolvida pelas partes. Esse não tem sido, porém, o entendimento majoritário da jurisprudência brasileira, que tem se valido das ideias de livre convencimento motivado e de que o juiz conhece o

---

<sup>172</sup> Texto original: “Si la construcción silogística del pronunciamiento judicial fuera exacta, el tema revestiría menor importancia, en tanto que a unos hechos dados, ubicados en la premisa mayor jurídica, correspondería una unívoca conclusión. Sin embargo, todos sabemos que este esquema tiene mero valor indicativo, porque la fluidez de los hechos y la variabilidad del Derecho, en torno a esos hechos, por más que sean sus delimitaciones formales obligan en función de los hechos que se alegan y del derecho que se invoca, a una cierta orientación del sentido que se da a la prueba de los mismos. La interacción hechos y Derecho es manifiesta si se tiene en cuenta que el esfuerzo de las partes se encamina a reconducir el magma fáctico a unos supuestos de hecho que se estiman como acaecidos para que encajen en la norma” (NOSETE, 1984, p. 259).



direito para reafirmar que as teses suscitadas pelas partes não têm de ser obrigatoriamente apreciadas pelo órgão jurisdicional<sup>173</sup>.

Sem embargo, porém, como se viu, a máxima *iura novit curia* e o princípio do livre convencimento motivado – este último expressamente trazido no art. 131 do CPC – em nada eximem o julgador de valorar expressamente os argumentos trazidos pelos pleiteantes.

---

<sup>173</sup> Exemplificam essa linha de pensamento os seguintes precedentes: “[...] Ora, se o julgado se valeu de jurisprudência pacífica sobre o tema, cuja solução da lide se exaure no entendimento nela esposado, certo é que o julgador, em face do *princípio processual do iura novit curia*, não está obrigado a se valer de todas as teses trazidas à baila pelas partes, contanto que externe seu convencimento por meio de fundamento jurídico, fruto de sua persuasão racional” (STJ, REsp 939.527/MG, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 24.06.2009, DJ 21.08.2009, grifo nosso);

“[...] VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO-CONFIGURADA [...] Inexiste violação ao art. 535 do CPC quando o Tribunal a quo, ao apreciar a demanda, manifesta-se sobre todas as questões pertinentes à litis contestatio, fundamentando seu proceder de acordo com os *atos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entende aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento*, pois o julgador não está obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes” (STJ, AgR no REsp 1090943/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 05.03.2009, DJ 18.03.2009, grifo nosso); “[...]ART. 535 DO CPC. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA [...] Ao Juiz cabe apreciar a lide de acordo com o seu *livre convencimento*, não estando obrigado a analisar todos os pontos suscitados pelas partes nem a rebater, um a um, todos os argumentos levantados nas razões ou nas contra-razões de recurso. Ausência de violação do art. 535, II, do CPC” (STJ, REsp 902.010/DF, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 18.11.2008, DJ 15/12/2008, grifo nosso); “[...] OMISSÃO. INEXISTÊNCIA [...] Não configura omissão o simples fato de o julgador não se manifestar sobre os argumentos levantados pelas partes, uma vez que está obrigado apenas a resolver a questão que lhe foi submetida com base em seu livre convencimento (STJ, AgR no AI 954.061/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 30.05.2008, DJ 23.06.2008, grifo nosso); “[...]AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU ERRO MATERIAL [...] Quanto à apreciação de violação do artigo 5º, II, XXXV e LV da Constituição Federal, cumpre asseverar que é cediço, neste Tribunal, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu [...] Ressalte-se, ainda, que *cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento*, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto” (ED no AgR no AI 690.602/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 22.04.2008, DJ 05.05.2008, grifo nosso); “[...] Art. 535 do CPC. Não-violação, pois não está o magistrado obrigado a fundamentar a decisão com os argumentos que a parte pretende. A jurisdição é indelegável, e não pode a parte dizer ter direito subjetivo à uma fundamentação de acordo com os seus argumentos, podendo o juiz valer-se de outros os quais entenda sejam adequados para o deslinde da controvérsia (*jura novit curia*) [sic]. O jurisdicionado tem, entretanto, direito subjetivo público a um julgamento com fundamentação clara e consistente; e foi justamente isso o que ocorreu na segunda instância” (STJ, AgR no REsp 921.211/MT, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 25.03.2008, DJ 21.11.2008, grifo nosso).

Ora, segundo a parêmia *iura novit curia*, no entender de Portanova (2008, p. 238), “As partes têm liberdade de dispor dos fatos submetidos ao juiz. Contudo, naquilo que haja remanescido de litigioso, o juiz tem liberdade de dispor sobre o direito que, para ele, melhor compõe o conflito”. E, logo adiante, acrescenta o autor:

No princípio em estudo está contido o brocardo *narra mihi factum, narro tibi ius*, que também demonstra bem o quanto de público se encerra no processo e na atividade jurisdicional: do fato dispõem as partes, mas do direito dispõe o Estado-juiz. O inc. III do art. 282 do CPC fixa a necessidade de indicação dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido. No entanto, não há qualquer óbice de recebimento da inicial com errada ou omissa indicação legislativa. Reiterados julgados consagram a possibilidade de sentença que dá qualificação jurídica diversa daquela constante na inicial [...] (PORTANOVA, 2008, p. 240, grifo do autor).

O que se assegura, portanto, ao afirmar que “o juiz conhece o direito”, é a liberdade do magistrado no momento de proferir sua decisão, não estando ele *vinculado* aos argumentos em que se basearam as partes ao qualificar os fatos discutidos, podendo decidir de modo diverso. Semelhantemente, afirma Gozáini (1992, p. 687, grifo do autor, tradução nossa):

Na qualificação do direito aplicável, o juiz utiliza a fórmula '*da mihi factum dato tibi ius*' (*dá-me os fatos, eu te darei o direito*), é dizer que, com relação aos fatos denunciados e provados, o julgador queda em liberdade para dar o enquadramento de direito pertinente, mas sempre dentro da categoria de fatos pontuados nos escritos de demanda e contestação<sup>174</sup>.

E de outro modo não haveria de ser, uma vez que é ao Estado que se atribui a função jurisdicional: é o Estado, encarnado na figura do juiz, que define a solução mais justa e adequada ao direito positivo para cada caso concreto; ademais, como já

<sup>174</sup> Texto original: “En la calificación del derecho aplicable el juez utilize la fórmula '*da mihi factum dato tibi ius*' (*dadme los hechos, yo pondré el derecho*), es decir que, con ajuste a los hechos denunciados y probados el juzgador queda en libertad para dar el encuadre de derecho pertinente, pero siempre dentro de la categoría de hechos puntualizados en los escritos de demanda y contestación” (GOZÁINI, 1992, p. 687, grifo do autor).

referido, o órgão jurisdicional decide tendo por auditório não apenas as partes, mas também a sociedade. Em um tal cenário, seria realmente injustificável que o juiz se vinculasse à roupagem jurídica que as partes emprestaram aos fatos discutidos: deveras, a prevalecer esse entendimento, seria a busca da melhor decisão poderia estar seriamente comprometida.

No entanto, até aqui, nada há a eximir o julgador de dizer o porquê de *não adotar* as teses trazidas pelos pleiteantes, na hipótese de assim proceder. Até porque, como assevera Wambier (2005, p. 368),

A escolha de uma possibilidade, expressamente feita, não constitui, de fato, a justificação implícita da exclusão de outra, no sentido de que esta exclusão seria logicamente dedutível daquela escolha, até porque, muito comumente, o juiz trabalha com várias possibilidades, e não necessariamente com um dilema. Por isso, as razões da rejeição devem ser, também, expressas.

Já a regra do livre convencimento motivado assegura ao julgador a possibilidade de valorar livremente a prova existente no processo, segundo sua própria inteligência e sensibilidade, sem que esteja ele vinculado a quaisquer critérios legais no que diz respeito ao “peso” a ser atribuído a cada prova; necessário é, porém, que sejam explicitadas as razões pelas quais se formou a convicção judicial (DINAMARCO, 2000, p. 248). O livre convencimento corresponde, portanto, a uma rejeição do antigo sistema da *prova legal*, em que, para cada meio probatório ou para cada prova em concreto, havia um específico e pré-determinado valor; outrossim, nesse arcaico sistema, cabia ao julgador somar os valores correspondentes a cada prova e, à luz de tal critério matemático, concluir por provados ou não os fatos discutidos. Consoante explica Echandía (1984, p. 34),

A tarifa legal teve razão de ser na Idade Média e durante os primeiros séculos da moderna, e representou em seu momento histórico um notável avanço para a justiça, pois contribuiu para terminar com as provas bárbaras ou baseadas em fanatismo religioso e com a tortura; mas faz um século que

não se justifica. A doutrina moderna reclama unanimemente a livre apreciação da prova pelo juiz, em todo tipo de processos<sup>175</sup>.

Nessa toada, o sistema da prova legal já não se justifica no processo moderno, onde a prova produzida é livremente apreciada pelo juiz, que, no entanto, deve indicar as razões de seu convencimento. É esse, com efeito, o sentido do art. 131 do CPC. A propósito, afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco (2002, p. 68, grifos dos autores):

[...] O Brasil também adota o princípio da persuasão racional [isto é, o do livre convencimento motivado]: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados *a priori*. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, arts. 131 e 436; CPP, arts. 157 e 182). Essa liberdade de convicção, porém, não equivale à sua formação arbitrária: o convencimento deve ser **motivado** (Const., art. 93, inc. IX; CPP, art. 381, inc. III; CPC, arts. 131, 165 e 458, inc. II), não podendo o juiz desprezar as regras legais porventura existentes (CPC, art. 334, inc. IV; CPP, arts. 158 e 167) e as *máximas de experiência* (CPC, art. 335).

Percebe-se, pois, que o livre convencimento motivado – ou persuasão racional – do órgão jurisdicional também não guarda qualquer relação com a necessidade ou desnecessidade de enfrentamento de argumentos ou teses trazidas pelas partes. Muito diversamente, o propósito da regra processual é o de assegurar plena autonomia ao julgador para que este, com seu senso crítico, sua experiência e sua racionalidade, possa apreciar adequadamente a prova produzida. Nada estabelece, porém, que o julgador não deva, por exemplo, explicar os motivos pelos quais não adotou entendimento diverso com base em *outra prova* que não a mencionada na decisão. Aliás, no que diz respeito à necessidade de expressa valoração das diversas provas produzidas – aqui incluídas tanto aquelas que apontam na mesma

---

<sup>175</sup> Texto original: “La tarifa legal tuvo razón de ser en la Edad Media y durante los primeros siglos de la moderna, y representó en su momento histórico un notable avance para la justicia, pues contribuyó a terminar con las pruebas bárbaras o basadas en fanatismo religioso y con el tormento; pero hace un siglo que no se justifica. La doctrina moderna reclama unánimemente la libre apreciación de la prueba por el juez, en toda clase de procesos” (ECHANDÍA, 1984, p. 34).

direção do provimento exarado quanto aquelas que supostamente o infirmariam –, afigura-se bastante oportuna a seguinte crítica de Ricci (1995, p. 166, tradução nossa):

[...] parece de fato absurdo que a lei permita às partes utilizarem todas as provas a sua disposição (exceção feita àquelas inadmissíveis), se em seguida o juiz não explica o porquê de não havê-las utilizado para a formação de seu convencimento [...] a indicação falha daquelas provas que não considerou utilizar não permite às partes verificarem, sobretudo depois de eventual gravame, da potencialidade contida nas mesmas. O juiz não a valorou porque inadmissível, porque irrelevante, porque não confiável, ou porque superadas pelas eventuais provas contrárias? [...] De outro modo, prejudica-se de modo irreversível a possibilidade da parte de intuir a sorte que poderá ter um seu eventual recurso, que, portanto, acaba por ser interposto às cegas<sup>176</sup>.

De fato, as observações do processualista italiano dão conta da grande relevância de se valorar detalhadamente a prova e, sobretudo, a prova eventualmente *contrária* ao resultado da decisão, não obstante o juiz seja livre para formar sua convicção acerca do caso concreto; uma vez formada, porém deverá ela ser adequadamente justificada à luz do contexto probatório existente nos autos.

Como se percebe sem maiores dificuldades, tanto a máxima *iura novit curia* quanto a regra da persuasão racional estão relacionadas à própria autonomia funcional do magistrado<sup>177</sup>, na medida em que a este asseguram a necessária liberdade para o bom exercício de suas funções. É candente, porém, que, em um Estado

---

<sup>176</sup> Texto original: “[...] appare infatti assurdo che la legge consenta alle parti di utilizzare tutte le prove a loro disposizione (eccezion fatta per quelle inadmissibili), si poi il giudice non spiega il perché non le abbia utilizzate per la formazione del suo convincimento [...] la mancata indicazione di quelle prove che non ha ritenuto di utilizzare, non consente alla parte di rendersi conto, soprattutto al fine di eventuali gravami, della potenziale ‘tenuta’ delle stesse. Il giudice non le ha valutate perché inammissibili, perché irrelevanti, perché inattendibili o perché superate da eventuali prove contrarie? [...] Altrimenti, si pregiudica in modo irreversibile la possibilità della parte di intuire la sorte che potrà avere una sua eventuale impugnativa, che pertanto finisce per essere proposta praticamente alla cieca” (RICCI, 1995, p. 166).

<sup>177</sup> Como afirma Dinamarco (2009, p. 248, grifo do autor), “[...] a ampla *independência funcional do magistrado* deixa-o livre para tomar suas próprias decisões, sem imposições nem influências de outras pessoas ou órgãos superiores da própria Magistratura [...]”.

Democrático de Direito, quanto maior for a liberdade reconhecida ao juiz, maior será a importância da fundamentação de suas decisões, com vistas a evitar-se, de todo modo, o arbítrio.

Conclui-se, pois, à luz do até aqui exposto, pela clara insuficiência dos argumentos comumente utilizados para se sustentar que o julgador não está obrigado a enfrentar expressamente todas as teses invocadas pelas partes. Passa-se, a seguir, a sustentar a tese inversa, isto é, a de que o órgão jurisdicional deve, efetivamente, enfrentar, em suas razões de decidir, os argumentos trazidos pelas partes.

Em verdade, a posição ora sugerida deflui, naturalmente, do que se expôs, no capítulo anterior, acerca do contraditório substancial. Com efeito, a garantia constitucional do contraditório, segundo aqui se entende, não se encontra, de modo algum, limitada a sua dimensão formal – isto é, à ideia de bilateralidade da audiência. Muito diversamente, o contraditório, robustecido pelo princípio democrático, confere às partes o direito de *influir* sobre o convencimento do órgão jurisdicional. Esse direito de influência, por seu turno, estabelece para o julgador os deveres de *ter em consideração* os argumentos apresentados pelos pleiteantes e de *dialogar* com estes.

Diante dessas premissas, deve-se ter em mente que, no Estado Democrático de Direito, o juiz não decide em solilóquio, mas, diversamente, elabora sua decisão em colaboração com as partes, as quais, na tentativa de obter a adesão do magistrado às teses que sustentam – e, portanto, no exercício da retórica –, fornecem-lhe todo um material argumentativo que, num contexto dialético, fará emergir a melhor solução para o caso concreto. Ademais, é possível que o juiz, lançando mão de argumentos próprios, profira decisão não coincidente com as teses de nenhum dos contendores, desde que a elas assegure, previamente, a possibilidade de manifestação sobre os pontos ainda não discutidos.

Por outro lado, viu-se que o dever de motivação representa para as partes e a sociedade como um todo uma garantia de controle das decisões judiciais, bem como

um ato retórico no qual o órgão jurisdicional busca persuadir as partes e a sociedade quanto à razoabilidade da escolha realizada na decisão.

Em um tal cenário, se, de um lado, as partes têm o direito a que seus argumentos sejam considerados e se, de outro, a motivação representa uma garantia de controle sobre a decisão, é evidente que os litigantes têm o direito de saber se suas teses foram *efetivamente* apreciadas e, ainda, como e em que medida o foram. Deveras, diante da solução jurisdicional estabelecida para um caso concreto, cabem as indagações: como saber ao certo se tal ou qual argumento foram realmente levados em conta pelo juiz?; em que medida esses argumentos contribuíram para a formação de seu convencimento?; que razões ensejaram que fosse considerado argumento vitorioso ou perdedor em relação às teses contrárias?; como aferir se há, de fato, racionalidade, na escolha efetuada?; o juiz realmente se preocupou em convencer as partes e a sociedade quanto à razoabilidade de sua decisão?

Todos esses questionamentos se tornam absolutamente pertinentes quando se tem em consideração o contraditório substancial. Com efeito, uma vez projetado este último sobre o dever de motivação, é inarredável a conclusão de que cada um dos argumentos por meio dos quais se pretendia influenciar a decisão jurisdicional deve ser expressamente tratado no provimento, como forma de se exercer controle sobre ela. Como assevera Luiso (1997, p. 37, grifo nosso, tradução nossa),

[...] A norma [atínente ao dever de motivação] é estreitamente conexa ao direito de defesa, porque um juiz que pode incidir sobre situações substanciais protegidas sem motivar as razões de seu convencimento arrisca lesar os direitos da defesa, *porque pode, sem prestar contas, ignorar os argumentos apresentados pelas partes* [...]<sup>178</sup>.

---

<sup>178</sup> Texto original: “[...] La norma è strettamente connessa al diritto di difesa, in quanto un giudice che può incidere su situazioni sostanziali protette senza motivare le ragioni del suo convincimento, rischia di ledere i diritti della difesa, in quanto può, senza renderne conto, ignorare gli argomenti avanzati dalle parti [...]” (LUISO, 1995, p. 37).

Torna-se, então necessário controlar se o juiz efetivamente tomou em consideração – respeitando, assim, a garantia do contraditório – os argumentos trazidos pelas partes, o que somente é possível por meio de seu exposto enfrentamento na motivação.

Assim, como afirma Spadoni (2005, p. 238, grifo do autor),

A motivação do ato decisório deve conter uma justificação adequada e completa tanto do juízo de direito quanto do juízo de fato em que se embasa a conclusão judicial. Devem ser justificadas *todas as 'escolhas' que conduziram o juiz a uma determinada solução das questões que lhe foram apresentadas*. Assim, não pode o magistrado limitar-se a afirmar a aplicabilidade ou não de determinada norma ao caso concreto, ou simplesmente asseverar que tais ou quais fatos suscitados pelas partes são falsos ou verdadeiros, foram ou não provados, sem que demonstre as razões pelas quais assim entendeu. Não pode o magistrado invocar, simplesmente – e como é comum, entendimento sedimentado nos tribunais, ou mesmo súmula, ainda que seja 'vinculante' – [sic] e aplicá-lo ao caso que julga, sem que antes diga o porquê do não-acolhimento dos argumentos relacionados pelas partes e o porquê da aplicabilidade da jurisprudência invocada ao caso concreto. Nos dizeres de Miguel Reale, é 'a razão dessa opção que constitui propriamente o fundamento do decidido'.

E arremata o autor:

Deve a decisão revelar todo o contexto de sua justificação. Em tal contexto revelado devem estar presentes, necessariamente, o enfrentamento e a decisão de todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e que são relevantes para aferir a correção do julgamento. Ainda, e considerando que o juiz, no direito brasileiro, pode proferir decisão com base em argumentos jurídicos distintos daqueles constantes nas defesas das partes, deve ele também demonstrar o porquê do afastamento destes fundamentos invocados e o porquê da aplicação de outro distinto dos que lhe foram apresentados (SPADONI, 2005, p. 238).

Cada questão, portanto, deve ser decidida e cada escolha argumentativamente justificada. Não se há que selecionar, portanto, um argumento vencedor e, apenas com base nele, sustentar a conclusão contida no *decisum*; ao revés, impõe-se,



também, enfrentar os argumentos contrários à tese adotada – e, como se verá adiante, mesmo os demais argumentos suscitados ao longo do feito que robusteceriam a tese encampada pelo juízo.

Deveras, entendimento diverso acarretaria, forçosamente, a redução do contraditório à sua dimensão formal – isto é, à bilateralidade da audiência –, negando-se o direito de as partes, argumentativamente, influírem na convicção judicial. Os argumentos trazidos pelas partes desempenham, como é evidente, uma finalidade *retórica* no processo, de tal sorte que não é possível ao juiz, diante da garantia do contraditório, simplesmente ignorá-los.

Veja-se, ainda, que o dever de apreciação expressa dos argumentos oferecidos pelos pleiteantes vem reafirmar, sem sombra de dúvida, o caráter dialógico subjacente ao processo em contraditório. Como visto anteriormente, o direito de participação efetiva na formação do convencimento judicial estabelece para o julgador o dever de observar uma postura de diálogo com as partes, destinatárias imediatas do provimento a ser exarado. Repise-se que a disposição para debater e argumentar corresponde a uma atitude de respeito à dignidade do interlocutor – *vide* item 2.6 acima. Essa postura de valorização do interlocutor no processo, portanto, é consolidada na medida em que o órgão jurisdicional se dispõe a dialogar com os futuros afetados pelo provimento em suas razões de decidir. A propósito, afirma Mitidiero (2009, p. 137),

No processo civil cooperativo, além da vedação à decisão-surpresa, é de rigor que o pronunciamento jurisdicional contenha uma apreciação completa das razões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia. Evidentemente, para a configuração do diálogo no processo é de rigor que tanto o demandante como o juiz e o demandado falem a propósito das questões suscitadas em juízo. Do contrário, há monólogo no lugar de diálogo, com claro prejuízo à feição democrática do processo [...].

E, mais à frente, conclui o autor:

A fim de que se sinta também no âmbito do processo civil o Estado Constitucional, é de rigor que na motivação da decisão efetivamente conste a apreciação do órgão jurisdicional dos fundamentos deduzidos pelas partes ao longo do processo. Fere a natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, pois, decisão judicial que não patrocine um efetivo diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais (MITIDIERO, 2009, p. 139).

O contraditório, portanto, assegura às partes o direito a uma apreciação de seus argumentos na motivação do ato. Como assevera Fernandes (2005, p. 63),

[...] não se pode falar em contraditório e ampla defesa, e, portanto, em justiça efetiva, sem que os argumentos expendidos pelas partes sejam ponderados na sentença de forma expressa (justificação formal). As razões do ato decisório não pertencem à autoridade judiciária que o pratica, mas, em primeiro plano, às partes que têm o direito à prestação jurisdicional constitucionalmente assegurado (sob o ponto de vista interno), e, seqüencialmente, à toda [sic] sociedade que dá suporte ao sistema através do respeito às decisões judiciais (sob o ponto de vista externo). E esta prestação estatal deve ser tão ampla quanto o direito de defesa assegurado às partes, envolvendo todas as ponderações legitimamente carreadas ao processo. Sem isso, torna-se inócua a garantia processual da ampla defesa, e não se pode cogitar de um processo justo.

Há que se ter em conta, ainda, que, estando o contraditório substancial fortemente interconectado com o princípio democrático, é certo que o enfrentamento expresso das teses trazidas por cada um dos pleiteantes confere maior *legitimidade* à decisão exarada. Confirmam-se, aqui, as seguintes ponderações de Coura (2009, p. 269-270):

A ideia de respeito ao sistema jurídico-constitucional, vista agora como meio para a realização da justiça, reflete-se também no processo e requer a preservação de condições de participação discursiva dos cidadãos na formação da decisão, por meio da institucionalização de procedimentos que, em última análise, permitam conceber a decisão como uma (auto)imposição da sociedade. Para tanto, diferentemente da prática atualmente consolidada, juízes e tribunais devem levar em consideração os argumentos apresentados pelas partes e seus advogados, exigência que deverá ser garantida pela análise e efetivo controle da fundamentação de cada decisão. Trata-se de decorrência do direito dos afetados de conhecer e discutir as bases da decisão, contribuindo para a construção democrática da tutela jurisdicional, exigência constitucional que depende não somente da

atuação do juiz, mas também da participação do Ministério Público, das partes e de seus advogados no processo.

Deveras, por meio do enfrentamento dos argumentos suscitados, as partes, afetadas pela decisão, podem *ver-se* no provimento, que se sustenta não puramente sobre a figura da autoridade que o profere, mas nos argumentos constantes das razões de decidir. Uma fundamentação que contemple todos os argumentos suscitados tem claramente melhores condições de *persuadir* auditório do órgão jurisdicional quanto ao fato de que, realmente, a decisão era a mais razoável a ser proferida – e, como visto no item 3.2, a motivação é ato retórico, devendo o juiz estar preocupado em obter a adesão daqueles a quem se dirige.

Em um tal contexto, a legitimidade democrática do provimento é inegavelmente robustecida, na medida em que se torna claro para os sujeitos por ele afetados efetivamente *contribuíram* para a construção do *decisum*; nessa esteira, podem eles ter a certeza de que sua presença no feito não se deu meramente em cumprimento a uma formalidade qualquer, mas assegurou-lhes efetiva possibilidade de influir na elaboração de um ato que, em última análise, traduz o exercício do poder estatal sob a forma jurisdicional.

Neste ponto, é interessante fazer menção a uma distinção comumente observada entre o estilo adotado nas motivações dos provimentos jurisdicionais na França e nos EUA. Com efeito, enquanto os juízes ingleses e americanos desenvolvem extensas e profundas fundamentações ao decidirem, os magistrados franceses costumam decidir de forma absolutamente sintética e não raro se limitam a indicar um dispositivo legal como supedâneo. Ao analisarem acerca das razões culturais que dão azo a essa diferença, explicam Garapon e Papapoulos (2008, p. 172, grifo dos autores):

[...] Um julgamento continental assume a forma de um silogismo, de um raciocínio dedutivo e até mesmo mecânico, que se limita a subsumir os fatos da espécie sob uma regra jurídica para chegar a uma conclusão. A famosa 'sentença de uma única frase' das jurisdições francesas não é

apenas um efeito de estilo: a concisão – e mesmo o hermetismo – do juiz francês reflete sua posição intermediária entre a lei, única fonte do direito, e o indiciado. Com efeito, essa jóia da *imperatória brevitatis* francesa que é a sentença de cassação condensa em uma única frase, geralmente sucinta, uma motivação que toma a forma de silogismo (maior/menor/conclusão) e redigida na terceira pessoa. Essa forma exprime que é a lei que engendra, de modo quase matemático, a solução judiciária necessária e indubitável. Trata-se aqui de uma ‘imagem do desaparecimento do juiz na sentença judiciária francesa, associada ao controle gramatical e quase matemático da lei’.

Dessarte, segundo os autores,

[...] A imagem da justiça que transpira desse julgamento é aquela da univocidade, reflexo escritural da soberania da lei. Como a supremacia da lei não tolera nenhum questionamento, o encadeamento lógico que vai das disposições legislativas ao dispositivo da sentença – que regula o litígio concreto – deve ser ininterrupto [...] O juiz francês não fala: ele aproxima, na intenção das partes e do público, os fatos particulares de um enunciado contido *in nuce* na lei. Finalmente, o juiz de *civil law* se assemelha ao matemático, que oculta sua inventividade sob uma formulação simbolizada e elegante (Garapon e Papapoulos, 2008, p. 172, grifo dos autores).

Dessas observações, pode-se perceber que a concisão dos franceses está profundamente relacionada à visão de que aplicar o direito é subsumir o fato à norma – esta entendida, sobretudo, como *lei*. Deveras, como afirmado pelos autores, a justiça de uma decisão nesses termos proferida é a justiça da lei; daí a imagem do juiz que “desaparece” em sua sentença: em última análise, é o legislador quem está com a palavra, cabendo ao magistrado o papel de construir uma ponte entre as normas legais e o caso concreto. Esse estilo dos magistrados franceses é, também, comentado, em tom absolutamente crítico, por Touffait e Tunc (*apud* Perelman, 2004a, p. 214):

A Corte de Cassação, ao julgar, afirma princípios cujo alcance não procura de modo algum elucidar. Por outro lado, as ‘constatações de fato’ que enfatiza comportam normalmente apreciações, algumas delas discutíveis. Aqui também encontramos correntemente afirmações peremptórias, que convencem mal por esconderem toda uma discussão possível. Daremos

alguns exemplos: o juiz francês, principalmente na Corte de Cassação, em geral motiva sua decisão apenas de modo muito formal. Recusando-se a argumentar: se deve responder a todos os meios, não tem de responder a todos os argumentos. Ele não deve sobretudo recorrer a argumentos de ordem extrajurídica, ainda que sejam tão pertinentes quanto as considerações sobre seguro em um caso de acidente, e menos ainda a 'bobagens humanitárias'. Talvez esses princípios só constituam uma fachada: é claro, por exemplo, que a 'descoberta' do artigo 1384, alínea 1, do Código Civil<sup>179</sup>, inspira-se na preocupação de indenizar as vítimas dos acidentes. Resta saber, entretanto, se tal fachada é satisfatória.

O tom crítico adotado pelos autores – que, em dado momento, chegam ao extremo de afirmar que as decisões francesas são imotivadas (TOUFFAIT e TUNC *apud* PERELMAN, 2004a, p. 214) – dirige-se, assim, ao que consideram uma “pobreza argumentativa” das razões de decidir nelas ventiladas. Para os autores, o juiz francês, ao apenas “aproximar” a lei e o caso concreto, passa ao largo de uma série de discussões possíveis e que poderiam, inclusive, direcionar a decisão para um sentido diverso do adotado. Não deixam de ser significativas as observações de que os órgãos jurisdicionais “não procuram elucidar” os princípios em que se fundam e de que as assertivas contidas em suas decisões “convencem mal”: parece subjacente a tais críticas a constatação de que os julgadores da França, emprestando à decisão o aspecto de um processo lógico-formal, não buscam obter a adesão de seu auditório aos entendimentos que adotam, isto é, não valorizam o sentido *retórico da motivação*.

Compare-se, agora, o estilo judiciário francês com aquele adotado pelos juízes ingleses e americanos:

[...] as decisões de justiça são longamente motivadas [...] e tomam a forma de uma dissertação escrita na primeira pessoa e, na maioria dos casos, assinada nominalmente por seu autor. A diferença da extensão das sentenças é surpreendente: a Suprema Corte dos Estados Unidos chega às vezes a ultrapassar duzentas páginas impressas, ao passo que uma sentença francesa de cassação pode caber em uma página datilografada. No entanto, a diferença mais importante não reside tanto na extensão das sentenças quanto no *estatuto discursivo* da opinião judiciária. O juiz de

---

<sup>179</sup> Evidentemente, referem-se os autores ao Código Civil francês.

*common law* escreve *opiniões*, e não raciocínios silogísticos. Na cultura judiciária de *common law* o juiz não é um matemático, e sim um contador, um narrador do direito. Seu prestígio junto ao seu meio profissional lhe impõe, como contrapartida, que assuma plena e abertamente suas próprias interpretações e que dê conta delas através da argumentação na primeira pessoa do plural (quando fala pela maioria) ou do singular (quando sua opinião é dissidente) [...] (GARAPON e PAPAPOULOS, 2008, p. 173-174, grifos dos autores).

Nessa esteira, o juiz de *common law*

[...] assina opiniões geralmente longas e bem documentadas (redigidas, é preciso dizê-lo, com a ajuda de seus *clerks*, jovens juristas brilhantes). Até mesmo as opiniões judiciárias de língua inglesa que carecem de brilhantismo contam uma história sobre o sentido do direito aplicável à espécie e exprimem freqüentemente uma moral política que não embarça o juiz (ao passo que na França se denunciaria imediatamente uma colusão do direito e da moral). O juiz de *common law* não é a caixa de ressonância da lei: sua palavra é mais o diapasão ao qual se submetem os advogados e toda a comunidade de profissionais do direito. Em lugar de uma concepção hierarquizada do direito, na qual o juiz não penetra na pirâmide senão para tornar transparente a vontade do legislador, a *common law* instaura uma comunidade de linguagem *horizontal*, a dos 'pares' (*peers*), na qual as opiniões circulam e são constantemente postas à prova. Narração e *agôn* (competição pública de discurso): eis os traços específicos do julgamento em *common law* (GARAPON e PAPAPOULOS, 2008, p. 173, grifos do autores).

Nota-se, por conseguinte, que, nos países da *common law*, o caráter retórico do fenômeno jurídico é posto em muito maior evidência do que na tradição da *civil law*. O juiz anglo-americano preocupa-se com a construção da solução a ser dada ao caso concreto e sua opinião é bastante valorizada no julgamento. O julgador anglo-americano não se preocupa em desaparecer na decisão, como se esta fosse proferida pelo legislador, mas, ao contrário, em construí-la do melhor modo possível. Disserta-se, outrossim, acerca do caso concreto, exaurindo suas peculiaridades, perquirindo-lhe o sentido jurídico e buscando a realização do justo. A decisão tem, por assim dizer, a "marca" do juiz que a profere e esgota argumentativamente o problema discutido, colimando solucionar, com imparcialidade e justiça, o conflito tratado no processo. Daí porque a argumentação desenvolvida no curso do

processo e na sentença é de um conteúdo significativamente vasto. A propósito, explicam Touffait e Tunc (*apud* PERELMAN, 2004a, p. 215):

Já a audiência permite um diálogo muito livre entre o juiz (normalmente único, em primeira instância) e os advogados. Nada é excluído deste diálogo: versa, ao mesmo tempo, sobre os fatos, os meios, os argumentos, as conseqüências das diversas soluções possíveis – conseqüências para as partes em causa e conseqüências sociais, pois o direito é uma arte social: no caso de um acidente de trânsito, por exemplo, não se limitarão a um raciocínio lógico, mas examinarão a incidência desta ou daquela regra sobre o comportamento dos usuários da rua e da estrada. Na prática... [sic] a sentença reflete este diálogo. O juiz não procura tanto ser breve quanto ser compreendido. Ele decide, é verdade, mas deseja também convencer. É, sob este aspecto, muito respeitoso para com as partes e seus advogados. Já se disse, com o toque de humor que convém, que a sentença exprime suas desculpas endereçadas ao perdedor e a seus defensores [...]<sup>180</sup>.

Valoriza-se, como se percebe, o diálogo argumentativo e a dimensão retórica do ato decisório. A decisão espelha, em um tal cenário, uma verdadeira *consideração* do julgador para com o jurisdicionado, bem como uma atenção especial a todas as circunstâncias do caso concreto. Mais do que isso, busca-se persuadir os afetados pelo provimento de que a decisão proferida é realmente a resposta jurisdicional mais adequada para o caso. O juiz anglo-americano, como se percebe, demonstra ter plena consciência de que o provimento por ele elaborado traduz uma autêntica escolha entre várias possibilidades e, portanto, tal escolha há de estar robustamente fundamentada e ser capaz de convencer tanto as partes quanto a sociedade em geral. Como afirma Perelman (2004a, p. 216),

---

<sup>180</sup> Nessa esteira, segundo os autores, assim argumenta o juiz de *common law*. “Afirmaram-lhe que o caso punha em jogo um princípio firmado em processo anterior? O juiz explica em que os dois casos se distinguem e talvez especifique, nessa ocasião, os limites do princípio anterior. Sustentaram que uma solução, em certo sentido, se imporia numa série de casos parecidos uns com os outros e acabaria conduzindo a uma solução absurda? Mais uma vez ele explica onde faria o corte na série de casos que lhe apresentam como indivisível. A parte perdedora sabe, na verdade, por que perde. Os juristas que lêem a decisão sabem por que foi dada” (TOUFFAIT E TUNC *apud* PERELMAN, 2004a, p. 215-216).

Na medida em que o funcionamento da justiça deixa de ser puramente formalista e visa à adesão das partes e da opinião pública, não basta indicar que a decisão é tomada sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, é necessário demonstrar ainda que é eqüitativa, oportuna, socialmente útil. Com isso a autoridade e o poder do juiz ficam acrescidos, e é normal que justifique com uma argumentação apropriada o modo como os usa. É compreensível que o exemplo dos juizes da *Common Law*, que sempre tiveram consciência de seu papel e de sua responsabilidade, seja seguido na medida em que cresce o papel do juiz continental<sup>181</sup>.

À luz de tudo o que já se afirmou no presente estudo acerca do caráter tópicorretórico do direito, da insuficiência do “silogismo judiciário”, da submissão da jurisdição estatal ao princípio democrático e da dimensão substancial do contraditório, não há como se ocultar, aqui, o entendimento de que esse estilo argumentativo adotado nas decisões anglo-americanas é preferível àquele encontrada nas francesas<sup>182</sup>, além de oferecer melhores condições para a busca transparente de soluções justas. Deveras, nos termos de tudo o que se expôs, uma fundamentação que dialogue com as partes, respondendo a seus argumentos e buscando persuadi-las guarda maior fidelidade aos escopos da jurisdição, bem como à ideia de que se deve buscar sempre a melhor solução para o problema enfrentado.

Foi dito acima que, não obstante o silogismo judiciário não seja aceito neste trabalho como categoria teórica, seria, ainda assim, possível, em tese, que a motivação de uma decisão fosse revestida de *forma* silogística – sem que isso significasse que a

---

<sup>181</sup> Repise-se, porém: isso não significa, de modo algum, que a busca da melhor solução para o caso concreto redunde num subjetivismo ou torne o juiz uma espécie de “justiceiro”: diversamente, como já afirmado por inúmeras vezes, a decisão há de atender ao duplo critério de se conforme o direito positivo e moral e socialmente justa. A busca argumentativa da solução para o caso, por seu turno, há de ser fundada em *topoi*, que, por constituírem pontos de vista já sedimentados e de aceitação geral, tornam possível uma aproximação entre as decisões judiciais e os valores da sociedade.

<sup>182</sup> Frise-se que não se está a sustentar ser o sistema de *common law*, em si mesmo, preferível ao de *civil law*. O que se quer dizer é, tão-somente, que o *estilo* encontrado na fundamentação das decisões anglo-americanas é preferível, na medida em que faz transparecer uma autêntica busca argumentativa da melhor solução para o caso concreto – como preconizam a tópica e a nova retórica –, bem como espelha uma efetiva *consideração* aos envolvidos no litígio. Há, com efeito, uma preocupação em convencê-los quanto à razoabilidade da decisão adotada, e não apenas em demonstrar que ela está em conformidade com a lei. No entanto, não se pretende, aqui, comparar, como um todo, os sistemas de *common law* e *civil law*, empreitada essa que, embora sem dúvida instigante, demandaria um estudo próprio.



decisão é, em si mesma, um processo dedutivo. Mesmo assim, porém, a estrutura tradicional desse silogismo – norma geral/fato concreto/conclusão – parece ser, hoje, insuficiente como argumento. São, aqui, absolutamente pertinentes as seguintes considerações de Perelman (2004a, p. 214):

[...] Será suficiente, para motivar, apresentar o silogismo judiciário, que abrange a regra aplicada, a constatação dos fatos subsumidos sob a regra e a conclusão que daí resulta? Evidentemente, se nem a escolha e a interpretação da regra, nem o estabelecimento e a qualificação dos fatos são contestados, esse procedimento de raciocínio está ao abrigo de toda crítica. Mas, se fosse esse o caso, não haveria litígio. O conflito surge quando um ou vários desses elementos são contestados, e a motivação, tal como a concebe o direito anglo-saxão, consiste em indicar as razões que guiaram a Corte nas opções que julgou preferíveis.

Como se percebe, para que haja um verdadeiro controle da decisão, o que se tem de saber não é simplesmente qual a regra aplicável nem qual a qualificação que se atribuiu ao fato. Muito diversamente, é indispensável verificar o porquê de se haver selecionado a norma x e não a norma y, bem como a razão de se ter emprestado ao fato uma e não outra descrição. Destarte, é necessário, mediante argumentação fundada em *topoi*, justificar-se a *escolha* de cada um dos passos seguidos ao longo da decisão, esclarecendo-se, ainda, o porquê de não terem sido adotadas as teses suscitadas no feito e que poderiam ensejar solução diversa<sup>183</sup>.

É insuficiente, portanto, a simples afirmação de que determinado fato se amolda a determinada lei. E, como assevera Silva (2007, p. 746),

[...] Sabendo, porém, que a norma comporta duas ou mais compreensões; sabendo igualmente que o sentido originário do texto – se é que, em algum momento, ele existiu – pode transformar-se com o tempo, a conclusão será

---

<sup>183</sup> Consulte-se, a propósito, Silva (2007, p. 748): “Há, portanto, duas exigências impostas ao julgador. A primeira, determinando que ele se ‘persuada’ racionalmente, formando o convencimento a partir dos ‘fatos e circunstâncias’ constantes dos autos; depois, impondo-lhe que explicita seu convencimento, pela análise crítica do conjunto da prova, bem como que justifique também a interpretação do direito aplicável”.

de que, quando o juiz disser que julga de tal ou qual modo porque esse é o sentido da norma aplicável, ele ainda não forneceu nenhum fundamento válido à sentença. Escolhendo 'livremente' o sentido que lhe pareceu adequado, sem justificá-lo, o julgador não teria ido além do raciocínio formulado por alguém impedido de explicitar os fundamentos da decisão.

A exegese escolhida deve, pois, ser argumentativamente justificada, indicando o julgador os *topoi* que nortearam sua escolha. E, como a seleção de uma certa interpretação deve dar-se dialeticamente, é necessário, em atenção à garantia do contraditório, que os argumentos oferecidos pelas partes sejam efetivamente enfrentados na motivação.

Do mesmo modo, no que diz respeito às questões de fato, é necessário uma análise crítica e completa das provas produzidas pelas partes no processo, sendo insuficiente que o julgador afirme, de modo genérico, que a prova é insuficiente. Há, pois, que se justificar o porquê de a prova ser ou não persuasiva, de modo a reputar existente ou inexistente, ou ocorrido de tal ou qual modo, o fato a que se refere. Afirma, a propósito, Moreira (2004, p. 121):

[...] Evitem-se referências genéricas e não justificadas, do tipo: 'a prova produzida pelo autor não convence'. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar *por que* não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma: 'as alegações do réu não ficaram comprovadas', ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido.

Noutras palavras, há que se *valorar expressamente* as provas em que ambas as partes se baseiam ao sustentar a existência, a inexistência ou o modo de ser dos fatos em discussão. E a exigência de valoração, aqui, não é, por óbvio, atendida com a simples referência à prova que *persuadiu* o juiz. Torna-se indispensável, como já dito anteriormente, apreciar explicitamente as provas que militam em sentidos opostos, isto é, aquelas em que *ambas as partes* se baseiam ao sustentar

teses contrárias. Deveras, somente por meio de análise expressa na fundamentação será possível controlar-se a razoabilidade da apreciação da prova.

Enfim: se do contraditório decorre o direito de influir na convicção do julgador, este deve explicitar em que medida os argumentos das partes foram ou não acolhidos, a eles respondendo expressamente. Outrossim,

[...] tendo em vista a natureza dialógica do processo, é necessário que o julgador assegure o contraditório efetivo a ambas as partes, compreendido nesse princípio o direito, reconhecido a ambos os litigantes, não apenas de alegar e provar suas alegações, mas, fundamentalmente, o direito, reconhecido tanto ao vencedor quanto ao vencido, de obter 'respostas' para suas alegações e provas (SILVA, 2007, p. 748-749).

Com efeito, de nada adiantaria garantir-se às partes o direito de participarem ativamente do feito, a fim de exercerem influência no processo de elaboração da decisão se os argumentos que apresentam e as provas que produzem não são mencionadas na decisão. Seria inócuo afirmar-se que o juiz tem o dever de dialogar com os litigantes se as afirmações destes não tivessem de ser respondidas: não há, é certo, diálogo se não há respostas. Só há, pois, efetiva controlabilidade do provimento na medida em que o órgão jurisdicional responde à argumentação desenvolvida pelas partes.

É, pois, necessário o enfrentamento integral dos argumentos trazidos pelas partes, o que se torna ainda mais importante nos tempos hodiernos. Ocorre que, como consabido, o processo civil moderno é marcado pela participação ativa de um julgador comprometido com os fins a que se destina o processo, embora – obviamente – imparcial<sup>184</sup>. Decorre daí, naturalmente, uma tendência à ampliação

---

<sup>184</sup> Como ressalta Dinamarco (2008, p. 231, grifos do autor), “[...] O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, *indiferença*”.

dos poderes do julgador e da intervenção deste no feito<sup>185</sup>, bem como à redução do formalismo processual. É inegável que essa nova realidade constitui importante avanço do sistema jurídico-processual em vigor, tornando-o mais capaz de atingir as finalidades a que se propõe o Estado, no exercício da função jurisdicional. Deveras, não há mais lugar, nos tempos de hoje, para o juiz indiferente ao conflito que lhe é trazido à apreciação ou descompromissado com a persecução de soluções justas e conformes ao direito positivo.

No entanto, é certo que esse novo modo de encarar o papel do julgador – devidamente sintonizado com o caráter publicístico que marca processo moderno – também faz surgir a necessidade de se robustecerem os mecanismos de controle sobre o órgão jurisdicional, com vistas a evitar que o comprometimento com os fins da jurisdição possam degenerar em arbítrio. Redobra-se, por conseguinte, a necessidade de fortalecimento do diálogo entre juiz e jurisdicionado, a fim de que o contraditório possa, realmente, funcionar como instrumento de equilíbrio endoprocessual de posições jurídicas. Noutras palavras, uma vez ampliados os poderes do órgão jurisdicional, há que se ampliar, também, a controlabilidade de sua atuação, o que se obtém por meio do fortalecimento da obrigação de motivar.

E ainda: foi dito, anteriormente – item 2.2 *supra* –, que a jurisdição cumpre um papel educativo. Ora, se assim é, há aí mais uma razão para que as partes sejam

---

<sup>185</sup> Sobre a ampliação dos poderes do juiz contemporâneo, afirma Bedaque (2006, p. 107-108): “Além da simplificação da técnica – ou, pelo menos, da não exacerbação do formalismo estéril –, é também imprescindível dotar o julgador de poderes mais flexíveis na direção e condução do processo, possibilitando a adoção de soluções adequadas às especificidades dos problemas surgidos durante o desenvolvimento da relação processual. A tendência de reforçar os poderes do juiz, fundada no interesse público existente em todo processo, consistente na solução adequada da crise verificada no plano substancial e trazida para exame do Poder Judiciário, tem seu marco inicial na reforma do processo civil austríaco de 1896, liderada por Franz Klein”. Mais adiante, arremata o autor: “[o juiz] é um dos sujeitos da relação processual, e, nessa condição, é imprescindível que participe ativamente do contraditório, até para tornar efetivo o princípio da isonomia, em seu aspecto substancial, não sendo mais admissível a figura do juiz espectador. Afinal de contas – e esta afirmação está fundada na tendência já consolidada de publicização do processo –, a atividade jurisdicional não se destina somente a assegurar o cumprimento da técnica e das regras formais do procedimento. Acima de tudo, o juiz deve conduzir o processo, na medida do possível, de modo a extrair dele os dados da situação de direito material necessários à solução do litígio, entregando a tutela jurisdicional ao vencedor o mais rápido possível, sem perder de vista a segurança garantida pelos princípios que compõem o devido processo constitucional. Em outras palavras, compete-lhe a direção material, e não apenas formal, do processo” (BEDAQUE, 2006, p. 110-111).

*persuadidas* acerca do porquê de a solução mais razoável para o conflito surgido ser essa ou aquela. Deveras, educa-se melhor oferecendo ao jurisdicionado uma análise crítica e aprofundada de todos os seus argumentos: quanto melhor for a argumentação desenvolvida, mais educativa terá condições de ser a jurisdição.

Ademais, no que diz respeito à persuasão das partes quanto à tese esposada na decisão, são interessantes as seguintes considerações de Silva (2007, p. 752-753):

[...] o tipo de fundamentação utilizado em nossa experiência judiciária, [sic] concorre, com certeza, para o aumento do número de recursos. Essa é uma verdade óbvia, sobre a qual, no entanto, pouco se diz e praticamente nada se escreve [...] O aumento exagerado do número de recursos é sintoma de sentenças inconvincentes, sentenças carentes de fundamentação.

Obviamente, não há como se afirmar que o elevado número de recursos que hoje abarrotam os tribunais seja fruto unicamente da ausência ou debilidade na fundamentação das decisões. Entrementes, é razoável supor que, em que pese a natural tendência humana a não se conformar com uma única decisão desfavorável, a adoção de fundamentações efetivamente direcionadas à *persuasão* do jurisdicionado poderia, em tese, contribuir, em algum grau, para o decréscimo na interposição de recursos. E, evidentemente, só será possível persuadir o sucumbente se todas as teses por ele invocadas forem, efetivamente, apreciadas no *decisum*.

À luz de todas as afirmações acima, pode-se afirmar que, por força do dever de motivação e do contraditório substancial, *o órgão jurisdicional está, de fato, obrigado a apreciar todos os argumentos com base nos quais as partes sustentam suas razões no processo*. Convém, neste ponto, examinar mais detidamente o sentido dessa afirmação.

Ao se tratar, aqui, de argumento ventilado pelas partes, quer-se fazer referência a toda e qualquer razão por elas invocada que, *nas teses por elas desenvolvidas*, apresente um *liame* com a tese da razoabilidade do atendimento dos pedidos que

formulam<sup>186</sup>. O argumento deve ter, assim, um *sentido*, sendo direcionado ao acolhimento de um pedido; por outro lado, a aferição quanto à existência ou inexistência de correlação entre determinada assertiva e um pedido qualquer deve ser realizada *na perspectiva da tese sustentada pela parte*.

Pense-se, por exemplo, numa situação em que o autor alegue haver sido seu veículo azul abalroado por automóvel pertencente ao réu e por ele conduzido, fabricado em determinado ano, pleiteando a condenação do demandado ao pagamento de indenização pelos danos daí decorrentes, nos termos dos arts. 186 e 987 do CC/02. O réu, por sua vez, alega que o autor, cujo veículo era da marca x, agiu com culpa exclusiva no acidente, requerendo, assim, a improcedência do pedido inicial.

Em um tal cenário, verifica-se que a cor e a marca do primeiro veículo, bem como o ano de fabricação do segundo não são elementos que, *sob o prisma da argumentação desenvolvida pelas partes*, estejam vinculados ao deferimento do pedido condenatório. Diversamente, o fato descrito – colisão supostamente causada pelo réu – e os dispositivos invocados – arts. 186 e 927 do CC/02 – são apresentados como sustentáculo para o pleito autoral, enquanto a culpa exclusiva da vítima é invocada como base para o pedido de improcedência; esses são, portanto, os argumentos que *as partes* invocam ao sustentarem seus pedidos e que, portanto, deverão ser expressamente enfrentados pelo juiz.

A partir das considerações acima e do exemplo apresentado, poder-se-ia concluir, à primeira vista, que o que julgador estaria obrigado a apreciar seriam as *causae petendi* e as *causae excipiendi* invocadas pelas partes. Esse é, por exemplo, o entendimento de Brasil Júnior (2007, p. 57, grifos do autor):

---

<sup>186</sup> Ficam abarcados, aqui, por óbvio, tanto os pedidos formulados pelo autor quanto aqueles apresentados pelo réu – extinção sem resolução do mérito, declaração da prescrição ou decadência, improcedência do pedido inicial etc..

[...] os argumentos que o julgador se encontra obrigado a enfrentar são aqueles que formam a razão da pretensão, ou seja, são os fundamentos de fato e de direito que formam a *causa petendi* e a *causa excipiendi*. Logo, a fundamentação de uma decisão deve, obrigatoriamente, analisar os fatos constitutivos e os fatos lesivos (causa de pedir remota) e a qualificação jurídica dos fatos (causa de pedir próxima), bem como os fatos modificativos, impeditivos e extintivos do direito (*causa excipiendi*) e sua respectiva qualificação jurídica.

A tese é, sem dúvida, bem construída, sendo certo que, em boa parte dos casos, os argumentos invocados pelas partes podem coincidir com a causa de pedir e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. No entanto, nem sempre há essa coincidência, como, aliás, afirma o próprio autor:

[...] Toda fundamentação é feita por intermédio da argumentação, mas nem toda argumentação é justificação suficiente para fundamentar a decisão. As partes podem argumentar de modo mais amplo, e, assim, incluir alguns argumentos irrelevantes para o convencimento do juiz. Cumpre, então, distinguir o mero argumento daquele que constitui o fundamento da decisão (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 55).

Mais adiante, afirma o jurista, a título exemplificativo, que o juiz não estaria obrigado a se pronunciar sobre a referência a uma passagem bíblica invocada para justificar determinada conduta de uma das partes; argumenta, nesse sentido, que o fato de o sistema jurídico ser diverso do religioso e que, portanto, o argumento invocado seria impertinente em relação à lide. Ressalva, porém, a hipótese de a crença religiosa ser invocada como imperativo de consciência pela parte que deseja se eximir do cumprimento de atividades militares, afirmando que, nessa hipótese, o argumento integra a causa de pedir e, portanto, deve ser apreciado (BRASIL JÚNIOR, 2007, p. 56).

Sem embargo, porém, discorda-se aqui da tese do jurista e magistrado capixaba. Com efeito, segundo aqui se entende, não é apenas sobre as causas de pedir próxima e remota e os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor que o juiz deve se manifestar.

A propósito da causa de pedir, assevera Tucci (2001, p. 154, grifos do autor):

Mais precisamente, compõem a *causa petendi* o fato (*causa remota*) e o fundamento jurídico (*causa próxima*). A *causa petendi remota* (ou *particular*) engloba, normalmente, o fato constitutivo do autor associado ao fato violador desse direito, do qual se origina o *interesse processual* para o demandante.

E, logo adiante, prossegue o autor:

Inferida, da exposição da *causa de pedir remota*, a relação fático-jurídica existente entre as partes, a *causa petendi próxima* (ou *geral*) se consubstancia, por sua vez, no enquadramento da situação concreta, narrada *in status assertionis*, à previsão abstrata, contida no ordenamento de direito positivo, e do qual decorre a juridicidade daquela, e, em imediata seqüência, a materialização, no pedido, da consequência jurídica alvitrada pelo autor (TUCCI, 2001, p. 155, grifos do autor).

Nesses termos, de uma maneira simplificada, poder-se-ia afirmar que a causa de pedir corresponde à situação de fato narrada na inicial e a qualificação jurídica que se lhe pretende atribuir, à luz de uma norma abstrata de direito positivo. Os fundamentos da defesa, por seu turno, corresponderiam, no dizer de Brasil Júnior, aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

Não é, porém, apenas com base nesses elementos – fatos e referência a normas – que as partes podem *influir* no convencimento do julgador. Pense-se, por exemplo, na hipótese de o réu alegar carência de ação, na modalidade ausência de interesse de agir, sob a alegação de que “o autor não comprovou os fatos constitutivos de seu direito”; instado o autor a se pronunciar sobre a alegação do demandado, este afirma que a presença das condições da ação deve ser aferida nos moldes do método da asserção – isto é, à luz das afirmações contidas na inicial – e que o fato constitutivo de seu direito, que integra o mérito da causa, será comprovado oportunamente, ao longo da instrução.



Nesse contexto, não poderá o juiz simplesmente esposar o entendimento do réu, extinguindo o feito sem resolução de mérito, ainda que alegue se basear no art. 267, VI, do CPC. Diversamente, segundo o entendimento aqui proposto, deverá se pronunciar sobre qual a maneira adequada para se verificar a presença das condições da ação; e, mais ainda: caso as partes apresentem *topoi* que embasem a adoção de um ou outro métodos, deverão eles ser expressamente enfrentados pelo julgador. Ou seja: na hipótese de as partes argumentarem em prol da adoção de um ou outro método de análise das condições da ação, não poderá o juiz simplesmente dizer que adota o da asserção: deverá *justificar* o motivo de sua adesão a esse método, enfrentando os *argumentos* com base nos quais as partes buscam sua aplicação ou sua rejeição.

Percebe-se, por conseguinte, que, nessa hipótese, os argumentos que o juiz deve apreciar não se limitam à análise de um fato afirmado e seu confronto com normas de direito positivo, nem a fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Mais do que isso, se as partes adentram na *discussão científica* – e não puramente normativa – acerca da aferição da presença das condições da ação, apresentando-lhes *topoi* num e noutra sentido, esses devem ser, *um por um*, explicitamente apreciados na decisão.

Tenha-se em vista, a propósito, que o juiz, nessa hipótese, não se limita a apreciar a *questão* que lhe é apresentada – que poderia ser enunciada como “*a parte é ou não carecedora de ação?*” ou mesmo como “*qual o método adequado para se aferir a presença das condições da ação?*” –; mais do que isso, ele aprecia *cada um dos argumentos* por meio dos quais as partes sustentam as teses contrapostas. Mais do que simplesmente resolver sobre o ponto controvertido, o juiz deve, realmente, enfrentar todos os *argumentos* com que as parte buscavam que ele fosse decidido num ou noutra sentido.

Um outro exemplo poderá ser, aqui, elucidativo. Suponha-se que, em certo processo, as partes debatam acerca da interpretação de um determinado preceito legal e que, no bojo da discussão, uma parte sustente certa tese com base em uma interpretação sociológica do dispositivo – trazendo, para isso, vários argumentos de

natureza sociológica –, enquanto a outra sustente entendimento diverso, com base numa interpretação sistemática do direito – correlacionando o dispositivo a várias outras normas legais, cuja exegese, por sua vez, extrai da doutrina. Imagine-se, ainda, que, no bojo de suas razões, ambos os pleiteantes, para sustentar o recurso às distintas formas de interpretação, tragam *topoi* oriundos da teoria da argumentação e da filosofia do direito.

Nessas circunstâncias, segundo ora se entende, não bastará que o juiz declare, pura e simplesmente, o sentido que atribui ao comando legal. Diversamente, caberá a ele: (a) inicialmente, definir que espécie de interpretação entende aplicável – isto é, se a sociológica, a sistemática ou uma terceira espécie (nesse último caso, ouvindo previamente as partes quanto ao ponto) –, devendo, nesse momento, apreciar expressamente os *topoi* provenientes da teoria da argumentação e da filosofia do direito com que ambas as partes sustentam a aplicação de uma ou outra formas exegéticas; e (b) em seguida, apreciar (b.1), no caso de acolher a tese da interpretação sociológica, os *topoi* sociológicos com que a parte busca definir o sentido da norma ou (b.2), no caso de aplicar a interpretação sistemática, os preceitos normativos e as teses doutrinárias em função dos quais a parte contrária sustenta apresentar a norma tal ou qual conteúdo. Veja-se, a propósito, que, neste segundo caso, não será necessário ao julgador, obviamente, citar literalmente artigos de lei ou referir-se nominalmente à doutrina invocada pela parte; o que importa é que aprecie o argumento, a *tese* a que eles se referem.

Passa-se a um terceiro exemplo. Foi dito, no item 2.2 deste trabalho, que, hodiernamente, é grande a valorização da jurisprudência na argumentação jurídica. Ainda que não se adote no Brasil o sistema de precedentes vinculantes, é inegável que a jurisprudência dos tribunais desempenha, no julgamento de casos concretos, um importante papel *retórico*. Destarte, se a parte invoca a existência de jurisprudência favorável a seu favor, a tese ventilada nos precedentes por ela citados deverá ser expressamente analisada pelo julgador. Não se quer dizer, obviamente, que cada uma das decisões mencionadas pela parte tenha de ser individualmente comentada na nova decisão; todavia, o *argumento* neles

consubstanciado e que a parte suscita a seu favor deverá ser explicitamente analisado.

Por fim, há que se comentar o exemplo de Brasil Júnior, mencionado acima, em que se afirma não estar o juiz obrigado a apreciar referência a determinada passagem bíblica, apresentada como base para o pedido. Segundo o entendimento aqui adotado, não se trata, propriamente, de afirmar que o juiz deva silenciar acerca do argumento, uma vez que os sistemas jurídico e religioso são distintos; diversamente, a distinção entre os sistemas é justamente a causa de o argumento religioso não ser *eficaz* na obtenção da adesão do julgador à tese sustentada. O que ocorre é que, no contexto jurídico e cultural atual, um argumento pura e exclusivamente religioso *não teria o condão de conquistar a adesão do auditório* a que o juiz deve ser referir em sua motivação<sup>187</sup>.

Logo, se a parte constrói toda uma tese sobre uma determinada passagem bíblica, o órgão jurisdicional deve *responder* à alegação – atendendo, pois, ao dever de diálogo que lhe impõe o contraditório – afirmando não poder atender ao argumento, ante a distinção existente entre os sistemas. Pode fazê-lo, é certo, de modo absolutamente sucinto, mas não ignorar o argumento. Ressalte-se, porém, que isso apenas ocorre na hipótese de a parte efetivamente invocar a citação bíblica como base para o acolhimento de seu pleito; situação distinta ocorrerá se a citação se der apenas por uma questão estilística ou como epígrafe de uma petição.

Neste ponto, é importante reafirmar que a importância da apreciação de determinada afirmação feita pela parte deve ser aferida *sob a perspectiva dela própria*, e segundo a visão do órgão jurisdicional. Não se pode, outrossim, considerar como irrelevante um *topos* apresentado pela parte pelo simples fato de, sob o ponto de vista do juiz, ele não estar relacionado à pretensão deduzida; o que se deve analisar é se *a parte* o vinculou, de algum modo, ao acolhimento de seu pedido.

---

<sup>187</sup> Situação essa, aliás, que, hipoteticamente, não está livre de alterações se considerada a possibilidade de mudanças na cultura prevalente na sociedade em geral e na comunidade jurídica.

Sobre a relevância dos argumentos, convém uma rápida análise do seguinte comentário de Moreira (2004b, p. 121):

[...] O juiz deve ter como lema examinar todas as questões de direito relevantes, e só essas. Há casos em que a parte invoca normas inteiramente estranhas à causa, alude à Declaração Universal dos Direitos do Homem a propósito de simples despejo. Esse tipo de questões o juiz está autorizado a desprezar. Não me refiro a questões infundadas, senão apenas às impertinentes, e portanto irrelevantes. Fora daí, o juiz deve resolver todas as questões, ainda que para rejeitar as alegações dos litigantes, desde que a solução possa, em tese, influir na decisão.

Há que ser vista com toda cautela a afirmação de que o juiz poderia desprezar normas consideradas “estranhas à causa”. Se a parte invoca, por exemplo, a Declaração Universal como simples enfeite ou floreio textual, não haverá aí, propriamente, um *argumento* em prol do acolhimento do pedido que formula; todavia, se o discurso desenvolvido relaciona a Declaração ao pleito apresentado, ter-se-á, então, um argumento sobre o qual caberá ao julgador pronunciar-se expressamente. Não pode, com efeito, o julgador limitar-se a considerar impertinente uma norma invocada como argumento sem declinar as razões de assim entender.

Todas as considerações até aqui desenvolvidas dão conta da importância da apreciação integral dos argumentos suscitados pelas partes na fundamentação da decisão. Tal apreciação é dever do julgador, na medida em que: (a) de um lado, o contraditório, em sua dimensão substancial, acarreta, para as partes, o direito de que seus argumentos serão valorados e, para o julgador, o dever de tomá-los em consideração ao decidir; e (b) somente por meio do enfrentamento integral dos argumentos suscitados pelos litigantes, é possível um efetivo controle quanto à respectiva apreciação pelo julgador.

Deveras, o enfrentamento completo das argumentações desenvolvidas pelas partes permite a efetivação do direito de influência das partes sobre o convencimento do julgador, contribuindo, assim, para uma maior controlabilidade e transparência das decisões judiciais. E, por certo, na medida em que os argumentos das partes são

efetivamente respondidos pelo julgador, as decisões judiciais tendem a cumprir melhor o seu papel: com efeito, as partes não apenas se sentem mais seguras de que seus argumentos foram apreciados e podem ser melhor *persuadidas* quanto à razoabilidade da decisão. E ainda: na medida em que a decisão exaure a discussão que a antecedeu, até mesmo outros que porventura venham a dela tomar conhecimento no futuro terão melhores condições de utilizá-lo como paradigma, buscando orientação sobre a solução a ser atribuída a casos semelhantes.

A decisão que aprecia todos os argumentos invocados pelas partes permite, pois, o que aqui se denomina *esgotamento das possibilidades argumentativas do caso concreto*, ou, ao menos, a maior aproximação possível desse ideal. Com efeito, foi dito neste trabalho, por diversas vezes, que as decisões judiciais não devem apenas “caber” na moldura da *lei*, devendo, além disso, ensejar uma solução *justa* para o caso concreto: buscam-se, pois, decisões que atendam ao duplo critério de serem conformes ao direito positivo e justas. E a justiça da decisão, por óbvio, não corresponde a um sentimento unilateral do juiz, devendo, ao revés, ser argumentativamente sustentável perante o meio em que o provimento é exarado.

Nesses termos, a busca por essa síntese entre o justo e o conforme ao direito positivo somente é possível por meio de argumentação. E, ao menos como regra, pode-se afirmar que, conforme a profundidade e a qualidade da argumentação desenvolvida ao longo do processo e da própria decisão, haverá maiores condições para que a solução atribuída ao problema seja efetivamente satisfatória e aceitável, atendendo a esse fim precípua da função jurisdicional.

O enfrentamento integral da argumentação desenvolvida pela parte permite às partes e à sociedade verificar se o julgador efetivamente analisou o problema que foi chamado a solucionar por todos os ângulos possíveis, considerando a argumentação desenvolvida pelas partes e buscando mostrar-lhes que, de fato, proferiu a melhor decisão possível.

Impõe-se, portanto, ao julgador, a obrigação de atentar para a *completude argumentativa* da decisão que profere, enfrentando todos os argumentos

apresentados pelas partes. Opta-se, aqui, por uma referência à completude argumentativa, e não à completude *justificatória* da decisão, terminologia essa utilizada por Spadoni (2005, p. 238). Duas razões orientam a preferência por essa terminologia: (a) a primeira diz respeito à valorização do caráter argumentativo do direito, já realçado por diversas vezes no presente estudo; (b) a segunda diz respeito ao fato de que a conclusão do autor em seu estudo não coincide exatamente com o posicionamento aqui adotado, recomendando, pois, que se evitem confusões entre ambas as abordagens.

Quanto à distinção entre as conclusões, deve-se ressaltar que o referido autor – não obstante, como referido acima, entenda que o juiz deve justificar todas as escolhas que faz e afirme não ser possível ao juiz simplesmente invocar a jurisprudência dominante sem justificar o motivo de não acolher os argumentos das partes – conclui pela necessidade de apreciação das *questões relevantes* suscitadas no processo, sob pena de omissão autorizadora dos embargos declaratórios, na forma do art. 535, II, do CPC (SPADONI, 2005, p. 244-245). Nessa perspectiva, conclui o autor que

*[...] todas as questões fáticas e/ou jurídicas suscitadas pelas partes que tenham a potencialidade de determinar o conteúdo do julgamento em certa direção devem ser consideradas 'questões relevantes', sendo obrigatória apreciação judicial. Sob outro prisma, não se poderá apontar vício de omissão inconstitucional em decisão que, apesar de não ter apreciado todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas no processo, apreciou todas aquelas que eram preliminares ou prejudiciais ao julgamento do mérito, além de ter exposto, adequadamente, os fatos e o direito que a sustentam [...] Uma vez existente a liberdade do magistrado de aplicar fundamento jurídico diverso daquele invocado pelas partes em seu julgamento, sua decisão não poderá ser considerada indevidamente omissa – e por isso não embargável –, desde que enfrente todas as questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e que se apresentam como preliminares ou prejudiciais ao raciocínio adotado na decisão (SPADONI, 2005, p. 247, grifo do autor).*

E, após analisar o problema das omissões relevantes no âmbito dos tribunais, bem como os óbices que elas podem representar à interposição de recursos para as instâncias superiores, conclui o autor:

As 'questões relevantes', cuja não apreciação caracteriza a 'omissão inconstitucional' autorizadora do manejo dos embargos de declaração, são (a) aquelas questões de fato e de direito suscitadas pelas partes e que se apresentam como preliminares ou prejudiciais à decisão proferida, e (b) aquelas questões de fato ou de direito sobre as quais deve o órgão judicial se manifestar, mesmo que não tenham influência direta sobre o julgamento que está a proferir, para que seja permitido o adequado controle de legalidade e/ou constitucionalidade da decisão, mediante a interposição dos recursos cabíveis (SPADONI, 2005, 255-256).

Ocorre que, à luz do entendimento esposado neste trabalho, discorda-se da proposta de definir-se o que o juiz está obrigado a apreciar apenas com referência a *questões*. Deveras, mais do que se pronunciar acerca de cada ponto controvertido de fato e de direito, cabe ao juiz apreciar cada *argumento* que as partes invocam ao sustentar que a questão deve ser decidida de um ou de outro modo. Portanto, em que pese a bem construída tese do autor, entende-se aqui mais apropriado falar em apreciação de *argumentos*, e não apenas de *questões*.

Como visto, portanto, cabe ao órgão jurisprudencial a apreciação de todos os argumentos com base nos quais as partes sustentam ser razoável o acolhimento dos pedidos que formulam – falando-se, aqui, de *pedido* na acepção mais ampla possível, no qual ficam incluídos, ainda, os requerimentos formulados pelo réu no sentido contrário ao atendimento dos pedidos autorais.

Firmado esse entendimento, passa-se à análise de alguns pontos a ele correlatos.

### 3.3.1 Apreciação integral dos argumentos conducentes à tese vencedora

Não há dúvida, à luz do já exposto, que, ao decidir um caso concreto, o órgão jurisdicional deve refutar todos os argumentos sobre os quais se fundava a tese *vencida*. Não basta, pois, evidentemente, que o juiz adira à argumentação oferecida por uma parte, mas deve enfrentar todos aqueles que conduziram a conclusão diversa. Até porque, como assevera Dinamarco (2009, p. 248),

Para cumprir seu objetivo político e atender às exigências da Constituição e da lei, a motivação deve ser tal que traga ao leitor a sensação de que o juiz decidiu de determinado modo porque assim impunham os fundamentos adotados, mas decidiria diferentemente se outros fundamentos houvessem prevalecido – seja no exame da prova, seja na interpretação do sistema jurídico.

Assim sendo, para que esse sentimento seja oferecido às partes, é evidente que todos os argumentos *contrários* ao caminho trilhado pelo julgador sejam apreciados. No entanto, uma dúvida poderia surgir no que diz respeito aos argumentos conducentes à tese vencedora: se há diversos argumentos em prol dessa tese, basta ao julgador a apreciação de um ou alguns deles ou é necessário que *todos* sejam apreciados?

Diante do que foi dito acerca do esgotamento das possibilidades argumentativas do caso concreto e do caráter retórico dos provimentos jurisdicionais, parece adequado concluir que mesmo os argumentos que levam à tese adotada na decisão devem ser apreciados na íntegra. Essa orientação, aliás, já defluiria naturalmente das ideias anteriormente desenvolvidas sobre a dimensão substancial do contraditório e do dever de motivação. Cabem, aqui, porém, algumas considerações adicionais.

Ora, como visto, a fundamentação do provimento não apenas confere um rótulo jurídico ao caso concreto; muito diversamente, por meio dela, o órgão jurisdicional



*presta contas* de sua atividade e, mais ainda, *busca persuadir* as partes e a sociedade como um todo – aí incluída, como visto, a comunidade jurídica – acerca da razoabilidade de sua decisão.

Deve haver, pois, uma preocupação do juiz em obter a adesão da sociedade e dos pleiteantes ao entendimento adotado e, para tanto, é certamente conveniente que o julgador argumente de forma exauriente, observando o caso sob os vários ângulos argumentativos que lhe são oferecidos. Certamente, uma decisão tende a ser mais persuasiva se assim elaborada.

Por outro lado, é de se notar que, em tempos de valorização do assim chamado “direito jurisprudencial”, em que os precedentes dos tribunais ostentam fortíssima carga retórica, cresce, inegavelmente a responsabilidade dos julgadores na fundamentação de suas decisões. Ocorre que, cada vez mais, as decisões são tomadas não apenas como resposta a uma situação individual, mas como paradigmas para a decisão de casos futuros, é necessário um enriquecimento da argumentação desenvolvida nas decisões: torna-se, pois, necessário que a construção desta seja pautada por uma riqueza argumentativa capaz de orientar de forma segura os provimentos futuros.

Veja-se, ainda, que, estando a decisão sujeita à opinião crítica da comunidade jurídica e desempenhando ela uma função educativa, é de todo conveniente o esgotamento das possibilidades de argumentação acerca do caso.

Conclui-se, portanto, que mesmo os argumentos favoráveis à tese vencedora devem ser integralmente apreciados pelo órgão jurisdicional na fundamentação de sua decisão. No item 3.3.3 *infra*, quando se analisar o dever de apreciação integral de argumentos em primeiro e segundo grau de jurisdição, será apontada, ainda, uma razão adicional para a apreciação integral dos argumentos conducentes à tese vencedora em sede de apelação.

### 3.3.2 Questões preliminares e prejudiciais e apreciação integral de argumentos

Sabe-se que a convicção do órgão jurisdicional acerca do caso que lhe é submetido perpassa várias etapas. Deveras, cabe, por exemplo, ao juiz, antes de analisar o *meritum causae*, verificar se estão presentes os pressupostos processuais de existência e validade, bem como as condições da ação. À míngua desses elementos, será imperativa a extinção do feito sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, IV e VI, respectivamente, do CPC. Pode ocorrer, ainda, que, antes de apreciar o mérito propriamente dito, tenha o juiz de enfrentar alguma questão que lhe seja prejudicial, como quando tem ele de decidir acerca da existência ou inexistência de uma relação jurídica contratual antes de analisar se o autor tem ou não o direito de receber multa pecuniária em decorrência do inadimplemento do contrato.

No dizer de Wambier (2005, p. 375, grifos da autora),

Exercendo o direito ao contraditório, transformam as partes *pontos* em *questões*. A respeito delas, ditas *prévias*, o juiz deve manifestar-se, necessariamente. Questões prévias do tipo preliminar são aquelas de cujo exame resulta a indicação do caminho de examinar (ou não) a questão posterior; questões prévias do tipo prejudicial são aquelas de cuja apreciação resulta o *como* deverá decidir-se a questão posterior. Exemplo de preliminar: a questão da litispendência; exemplo de prejudicial: a filiação, com relação à petição de herança.

Há, pois, um caminho lógico a ser seguido na análise do caso. Se acolhida uma questão preliminar, as questões seguintes não serão apreciadas; se acolhida uma prejudicial, o modo como se apreciará a questão seguinte será afetado<sup>188</sup>. Assim,

---

<sup>188</sup> Interessante observar que não é possível se dividirem, rigidamente, as matérias jurídicas em questões preliminares ou prejudiciais, sem apreciação do caso concreto em que são discutidas. A propósito, explica Wambier (2005, p. 375): “As questões não podem ser rotuladas de preliminares ou prejudiciais, em tese. Tudo depende do tipo de influência que terão sobre a questão subsequente. Assim, uma mesma questão pode, de acordo com o contexto em que se insere, ser prejudicial ou

por exemplo, uma vez declarada pelo juiz a carência de ação, não poderá ele apreciar a discussão sobre a ocorrência de ato ilícito e a eventual obrigação de indenizar daí advinda; uma vez declarada a inexistência do contrato, o pedido de recebimento da multa contratual deverá ser julgado improcedente.

Considerada essa ordem lógica a ser observada pelo julgador, é certo que este, tendo acolhido uma questão preliminar, não estará obrigado a se pronunciar sobre argumentos relacionados à solução de uma questão seguinte; do mesmo modo, tendo acatado uma questão prejudicial, não terá, obviamente, de apreciar os argumentos com que as partes sustentavam que a questão seguinte deveria ser apreciada num ou noutro sentido. Deveras, no primeiro caso, a questão seguinte *não pode ser decidida*; no segundo, ela *tem, obrigatoriamente, de ser decidida num sentido*, em virtude das conclusões obtidas quando da análise da questão antecedente.

Deveras, em razão da lógica subjacente à ordem da apreciação das questões, seria inviável a adoção de entendimento contrário. Nos exemplos acima fornecidos, como sustentar-se que o juiz deveria discutir o mérito do pedido após declarar a carência de ação ou debater acerca de multa contratual se o próprio contrato inexistente? Caso

---

preliminar. Por exemplo, se em uma ação se visa a anulação de um ato jurídico por ter sido praticado por um menor, a capacidade será, neste contexto, questão prejudicial. Numa outra ação qualquer desempenha papel de preliminar (pressuposto processual de validade)". Do mesmo modo, conforme esteja sendo discutida em primeiro ou em segundo grau de jurisdição, uma mesma questão pode deixar de ser preliminar para assumir caráter meritório: assim, por exemplo, ao se atacar uma sentença de mérito sob a alegação de carência de ação, esta última questão integrará o próprio mérito da apelação; afinal, a impugnação da sentença, para fins de reforma ou anulação, constitui o próprio objeto do recurso. Colhe-se, a propósito, das lições de Moreira (2008, p. 262, grifos do autor), que "[...] em sistema como o nosso, não raro o objeto do recurso consubstancia questão resolvida, na instância inferior, como *preliminar* ao juízo de mérito, e relativa, exatamente, à presença ou ausência de um pressuposto processual ou de uma 'condição da ação'. Quer isso dizer que determinada questão, com a passagem de um a outro grau de jurisdição, pode deslocar-se do terreno das *preliminares*, onde se inscrevia, para vir a constituir, no procedimento recursal o próprio *mérito*: é o que sucede, por exemplo, na apelação interposta contra a sentença que declara o autor carecedor de ação. Em suma: o mérito, no recurso, não coincide necessariamente com o mérito *da causa*, nem as preliminares *do recurso* se identificam com as preliminares *da causa*". Ainda no tocante ao tema, já decidiu, por exemplo, o TJES, por sua Terceira Câmara Cível que "[...] Em segundo grau de jurisdição, apenas as matérias que possam levar à inadmissão do recurso constituem verdadeiras preliminares [...]" (TJES, Apelação Cível n. 23070005824, Rel. Des. Ronaldo Gonçalves De Sousa, Terceira Câmara Cível, julgado em 29/09/2009, DJ 29/10/2009).

assim procedesse o juiz, estaria ele motivando sua decisão de forma internamente incoerente, maculando-a, pois, por vício de contradição (art. 535, I, do CPC).

Entretanto, dizer-se que o órgão jurisdicional não está obrigado a analisar argumentos relativos às questões seguintes não quer dizer que inexista para o julgador o dever de apreciação integral dos argumentos das partes – isto é, que não se exija o requisito da completude argumentativa da decisão. Diversamente, o que se terá de observar, nesse caso, é que os argumentos invocados estão divididos segundo as diversas etapas lógicas do raciocínio judicial: há, pois, argumentos atinentes ao acolhimento ou rejeição das questões preliminares e das questões prejudiciais.

Destarte, ao decidir uma questão dessa espécie, o julgador deverá enfrentar expressamente todos os argumentos em função dos quais as partes reclamam sua solução num ou noutro sentido. Acolhida, porém, a *quaestio*, não se haverá de enfrentar argumentos relativos a questões logicamente posteriores.

### **3.3.3 Apreciação integral de argumentos em primeiro e segundo grau de jurisdição: notas sobre o art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC**

Uma questão interessante que aqui se coloca diz respeito ao art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC. Deveras, segundo o § 1º do dispositivo, “Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro”. Já o § 2º estabelece que “Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”. Com efeito, poder-se-ia, aqui, indagar se, diante da redação da parte final do dispositivo, poder-se-ia concluir que o juízo de primeiro grau estaria autorizado a ignorar

algumas das questões ou argumentos suscitados pelas partes. Caminha nesse sentido o posicionamento de Wambier (2006, p. 380-381, grifo da autora):

[...] sentenças podem ser *suficientemente motivadas*, ou seja, sentenças podem conter, em sua motivação (relatório + motivação em sentido estrito) exclusivamente as razões que embasam o *decisum*. Isto exclusivamente por causa dos dizeres do art. 515, §§ 1º e 2º, que, ao estabelecerem amplo espectro de devolutividade ao recurso de apelação, ‘dispensam’ o juiz, numa certa medida, de incluir na decisão elementos que não terão sido levados em conta por ele como base da parte dispositiva da sentença.

Nesse sentido, as decisões do juízo de primeiro grau poderiam, segundo a processualista de São Paulo, adotar uma fundamentação incompleta; por outro lado, assevera a autora que os acórdãos devem apreciar integralmente as questões suscitadas pelas partes:

Quando usamos a expressão *sentença completa*, estamos nos referindo como regra geral, ao acórdão que julga a apelação, que é a decisão de que, normalmente, são interponíveis os recursos excepcionais, desde que preenchidos seus demais pressupostos. Estes parâmetros são extraíveis do art. 515, §§ 1º e 2º: serão *objeto de apreciação* (diz a lei) e *juízo pelo tribunal* todas as questões suscitadas e discutidas pelas partes e serão devolvidos também ao Tribunal [sic] DEVENDO SER INEXORAVELMENTE EXAMINADOS todos os fundamentos da ação e da defesa. *Isto quer dizer que o Tribunal tem que examinar todos esses itens... ainda que a sentença não os tenha examinado* (o que, portanto, a própria lei admite!) (WAMBIER, 2006, p. 378-379, grifos da autora).

Sugere-se, portanto, uma distinção entre o modo como os órgãos jurisdicionais de primeiro e segundo graus devem motivar suas decisões: a motivação dita *completa* apenas seria exigível dos tribunais, enquanto os juízes estariam dispensados de se referir às teses que “não tenham levado em conta” ao decidir.

Discorda-se, porém, dessa distinção apresentada pela autora. Ocorre que, à luz do que já se expôs sobre a dimensão substancial do contraditório, o ordenamento constitucional brasileiro não autoriza quaisquer órgãos jurisdicionais a “não levar em

conta” quaisquer oferecidos pelas partes. Deveras, cabe ao julgador considerar e valorar todos os eles, sob pena de não se ter efetivado um autêntico processo democrático.

Outrossim, os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC não poderiam autorizar, segundo aqui se entende, uma dispensa da apreciação de quaisquer argumentos pelo órgão de primeira instância, sob pena de violação ao contraditório. Nessa toada, há que se buscar uma interpretação dos mencionados preceitos da lei processual que guardem harmonia com a garantia constitucional, considerada em toda a inteireza de seu conteúdo.

E, segundo aqui se entende, as regras em questão dirigem-se não ao juiz, mas ao órgão recursal, que poderá conhecer da matéria não tratada na sentença. A propósito, explica Jorge (2007, p. 243):

De fato, não acreditamos que o juiz possa deixar de apreciar os fundamentos do autor e do réu. A regra de que não existem limites no que tange à profundidade do recurso de apelação, [sic] decorre da necessidade do sistema de ser dotado de mecanismos para que o tribunal fique em idêntica condição a [sic] que se encontrava o juiz ao sentenciar. É técnica processual. O tribunal, quando do julgamento do recurso, deverá contar com todos os elementos que [sic] dispunha o juiz quando da prolação da decisão, afim de que seja permitido um amplo reexame da causa.

Assim, na verdade, longe de isentarem o juiz de apreciar o que quer que seja, os dispositivos em tela, quando fixam os contornos da ampla devolutividade do recurso de apelação, ensejam autorização conferida ao tribunal para analisar até mesmo argumentos que o juízo de origem *estava obrigado a enfrentar, mas não enfrentou*. Pode ser que a não apreciação de certo argumento em razão de ele estar relacionado a uma questão que, segundo a lógica das matérias preliminares ou prejudiciais, não tenha chegado a ser decidida; por outro lado, também é possível que o órgão de primeira instância tenha deixado de apreciar o argumento em razão de inobservância do contraditório substancial e do dever de motivação: em qualquer

hipótese, todos os argumentos suscitados em primeiro grau são devolvidos à cognição do órgão *ad quem*.

E, aqui, há um ponto importante a ser observado em particular. Ocorre que o § 1º do art. 515 refere-se à devolução de *questões* ao tribunal, enquanto o § 2º alude a *fundamentos*. Nessa esteira, afirma Jorge (2007, p. 242), que os fundamentos referidos pelo dispositivo correspondem à causa de pedir apresentada pelo autor e aos fatos extintivos, modificativos ou impeditivos alegados pelo réu. Todavia, como já visto no item 3.3 *supra*, não é apenas por meio da *causa petendi* e da *causa excipiendi* que as partes buscam influenciar o julgador, de modo que há argumentos que não se amoldam bem a tais categorias teóricas.

Dessarte, à luz do que já foi afirmado anteriormente e tendo em vista que o propósito dos preceitos legais comentados é o de colocar o órgão *ad quem* nas mesmas condições que o órgão *a quo* para o julgamento do feito, afigura-se razoável concluir que a devolutividade por eles prevista abrange todos os *argumentos* desenvolvidos em primeiro grau, e não apenas fundamentos e questões.

Por conseguinte, nem o juiz nem o tribunal estão autorizados a deixar de enfrentar os argumentos oferecidos pelas partes e, segundo aqui se entende, o art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC, não autorizam essa conclusão. Não se olvide, ademais, que, à luz do que já se expôs acerca da dimensão substancial do contraditório, o direito à apreciação de argumentos decorre de norma constitucional (art. 5º, LV, da CF/88), não podendo, assim, ser tolhido pelas normas infraconstitucionais de processo.

É certo, por outro lado, que, em segunda instância, há uma razão adicional para a apreciação integral dos argumentos trazidos pelas partes e que está relacionada à devolutividade restrita dos recursos excepcionais.

Imagine-se, por exemplo, que se discuta em juízo acerca do recebimento de determinada prestação em decorrência de um contrato e que, aquele que afirma ser a prestação devida invoque embase sua pretensão em determinada interpretação de uma cláusula contratual e em certa exegese de preceito legal; pense-se, ainda, na

hipótese de o tribunal entender correto o pagamento da prestação, tomando por base tão-somente o dispositivo legal. Nessa hipótese, caso o STJ dê interpretação diversa do mesmo preceito legal em recurso especial ou o STF o declare inconstitucional em recurso extraordinário, o fundamento atinente à cláusula contratual invocada e os argumentos relativos à respectiva interpretação não poderão ser apreciados por aquelas cortes, já que os recursos especial e extraordinário não apresentam efeito devolutivo amplo<sup>189</sup>.

Essa situação, não obstante venha corroborar a necessidade de o órgão de segundo grau apreciar os argumentos suscitados pelas partes, de modo algum autoriza a conclusão de que tal exigência se imporia *tão-somente* a esse órgão, e não ao de primeira instância.

Por outro lado, é certo que, na esteira dos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC, não será cabível a anulação da sentença que não aprecie todos os argumentos invocados pelas partes: com efeito, em razão da ampla devolutividade do recurso de apelação, estabelecida nos dispositivos em comento, o tribunal a que for submetido o processo em segundo grau de jurisdição deverá analisar diretamente os argumentos não apreciados.

Interessante observar, por oportuno, que, em razão de os recursos excepcionais não apresentarem devolutividade ampla, sempre que as partes pretendem utilizá-los para discutir determinada matéria não apreciada expressamente no acórdão que julga o recurso de apelação, torna-se necessária a interposição de embargos declaratórios pré-questionadores<sup>190</sup>. Tal constatação enseja uma razão adicional às que aqui já foram mencionadas para que, em segundo grau de jurisdição, sejam apreciados todos os argumentos suscitados pelas partes: a possibilidade de se evitar a necessidade de interposição e julgamento de aclaratórios desnecessários.

---

<sup>189</sup> Sobre os recursos especial e extraordinário, explica Wambier (2006, p. 238-239, grifos da autora): “[...] Estes são recursos interpostos *da decisão*, que nos perdoem o talvez exagero, *mas quase como se o processo não existisse*. Estes recursos não *abrem* o acesso à outra matéria, que não a DECIDIDA e IMPUGNADA, para chegar à cognição do STF e do STJ”.

<sup>190</sup> Confirmam-se, a propósito, os enunciados da súmula da jurisprudência dominante n. 356 do STF e 98 e 211 do STJ.



Com efeito, uma vez apreciados, já no acórdão que julga a apelação, todos os argumentos invocados pelos pleiteantes, poderá a parte dele recorrer diretamente para o STF ou STJ, poupando-se, assim, em harmonia com a garantia da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), o tempo que seria gasto com o julgamento de mais um recurso na segunda instância.

### **3.3.4 Motivação de sentença proferida com base no art. 285-A do CPC**

O art. 285-A já foi analisado neste estudo no item 2.4.1; foi visto, naquela oportunidade, que, mesmo na hipótese de o juiz concluir por julgar improcedente o pedido inicial antes da citação do réu, não está ele desobrigado de tomar em consideração os argumentos suscitados pelo autor. Concluiu-se, nessa esteira, que, ainda que se aplique o dispositivo em comento, haverá contraditório substancial envolvendo autor e juiz.

Cumprido, agora, analisar brevemente um segundo aspecto do preceito legal, atinente à prolação de nova sentença, “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Surge, aqui, a seguinte pergunta: estando o juiz autorizado a “repetir o teor” da sentença anterior, estaria ele dispensado de apreciar todos os argumentos invocados pelos pleiteantes? A resposta, porém, há de ser negativa.

Sobre o art. 285-A, confira-se, aqui, a ferina crítica de Moreira, elaborada já no momento em que apenas se pretendia o acréscimo do dispositivo ao CPC:

[...] Dificilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador. Dir-se-á que o texto projetado restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja ‘qualquer

singularidade' na causa agora ajuizada; mas a lei do menor esforço quase fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais do que mera semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando a grande carga de trabalho estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver-se truncada, ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que o autor suscite. Não se poderá contar muito, por parte do juiz, com o empenho – tão desejável – numa reflexão constantemente renovada sobre as questões de direito que lhe incumbe enfrentar (MOREIRA, 2007, p. 312).

Como já visto, entende-se, no presente estudo, que o fato de haver sido proferida sentença em caso semelhante no juízo de primeiro grau, não há qualquer dispensa do juiz de apreciar os argumentos que lhe foram trazidos. Outrossim, não poderia haver, logicamente, dispensa para o julgador de enfrentar tais argumentos na sentença. Nessa toada, o dispositivo apenas será aplicado na hipótese de o órgão jurisdicional, *após* apreciar os argumentos contidos na inicial, *manter* seu posicionamento anterior.

Assim sendo, não necessariamente se deve concluir que o dispositivo, elaborado na esteira da moderna preocupação com a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), não possa ser aplicado na hipótese de o autor aduzir *argumentos novos*; por outro lado, também não se adota, aqui, o entendimento de que a “reprodução” da sentença autorizada pelo dispositivo corresponda à simples reprodução de um arquivo de computador. Com efeito, a mera cópia da decisão anteriormente proferida, à míngua de qualquer apreciação dos argumentos apresentados pelo autor, violaria, à luz do que já se afirmou até aqui, o contraditório substancial e o dever de motivação dos provimentos judiciais.

Ao que parece, uma interpretação do dispositivo em conformidade com a CF/88 indica que o juiz, tendo proferido sentença anterior de improcedência, transcreva esta última na *fundamentação* do novo *decisum* e, na hipótese de a inicial conter argumentos que não tenham sido apreciados na sentença primeva, deverá o julgador enfrentá-los explicitamente, justificando o porquê de manter seu anterior posicionamento.

O art. 285-A, portanto, não acarreta qualquer dispensa ao dever de apreciação integral dos argumentos suscitados pelas partes, estando a interpretação ora sugerida em harmonia com as cláusulas constitucionais do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88) e do dever de motivação (art. 93, IX).

Por outro lado, a aplicação apenas poderá ensejar situação em que outros possíveis argumentos que *favorecessem* um julgamento desfavorável ao autor não cheguem a ser apresentados pelo réu em sua defesa – argumentos esses que, se suscitados, deveriam ser expressamente apreciados na fundamentação do *decisum*, como visto no item 3.3.1 deste estudo. No entanto, tal situação é, nessa hipótese, plenamente justificável, com vistas à proteção da celeridade processual, agora erigida em garantia constitucional: ocorre que, aplicado o art. 285-A, o réu sequer será incomodado em razão da existência da demanda proposta em face de si, não sofrendo, em razão dela, qualquer prejuízo e tendo, ainda, na sentença em si mesma, um argumento a seu favor; por outro lado, a decisão, tendo refutado todos os argumentos aduzidos pelo autor, terá atendido a garantia do contraditório em sua dimensão substancial<sup>191</sup>. Destarte, nos casos de aplicação do dispositivo, toda a argumentação efetivamente desenvolvida no processo – isto é, a argumentação desenvolvida pelo autor – terá sido efetivamente enfrentada.

Entende-se, pois, que a interpretação ora sugerida enseje um adequado equilíbrio entre as garantias constitucionais do contraditório e do dever de motivação, de um lado, e, de outro, da razoável duração do processo.

---

<sup>191</sup> Por outro lado, havendo recurso contra a sentença, dever-se-á oportunizar ao réu amplo contraditório substancial, de modo a possibilitar-lhe, inclusive, a apresentação de argumentos *adicionais* aos utilizados pelo juiz na fundamentação. Tais argumentos deverão ser apreciados pelo tribunal, em razão do contraditório substancial.

### 3.3.5 Apreciação integral de argumentos e motivação *aliunde*

Em tempos de valorização do assim chamado direito jurisprudencial, convém fazer referência, aqui, à motivação *aliunde*. Segundo Souza (2008, p. 206-207),

Entende-se por motivação *aliunde* aquela em que o juiz invoca como razões de decidir os motivos de decisão prolatada em outro processo. Não se deve recusar tal modo de motivação, como também não há porque rejeitar teses de doutrinadores em obras científicas expostas em sentenças como motivação. As teses jurídicas postas nos julgados nada mais são do que 'doutrina dos juízes'. É necessário, no entanto, verificar, [sic] se o precedente tido como paradigma e se o caso a que ele se refere não tem variação fática em relação ao caso em julgamento, na medida em que uma mínima variação fática pode importar em diverso resultado no julgamento.

Deveras, nos tempos de hoje, não há como se negar que os precedentes judiciais apresentam fortíssima carga retórica, constituindo significativos argumentos utilizáveis na defesa de teses jurídicas. É, pois, natural que sejam valorizados pelos próprios órgãos jurisdicionais quando estes fundamentam suas decisões. Deveras, não há, em princípio, qualquer ilicitude em assim se proceder.

No entanto, há, aqui, algumas observações importantes. A primeira delas refere-se à necessidade, já apontada acima, de averiguação quanto à efetiva identidade entre o caso em julgamento e aquele adotado como paradigma. De fato, não há que se falar em motivação *aliunde* se não houver identidade da matéria tratada em ambos os casos.

A segunda diz respeito ao fato de que a motivação *aliunde* não exige, de modo algum, o órgão jurisdicional de apreciar expressamente os argumentos trazidos pelas partes. Deveras, mesmo ao fundamentar a decisão com base em precedentes jurisprudenciais, o órgão jurisdicional deve valorar, como em qualquer outro caso, os argumentos que lhe são apresentados. Por outro lado, ao utilizar um aresto anterior como paradigma, deve verificar se o julgado efetivamente enfrentou todos os

argumentos que as partes invocam no processo atualmente em julgamento. Outrossim, se, no feito atual, existirem fundamentos não enfrentados no precedente, caberá ao julgador apreciá-los expressamente ao fundamentar a decisão.

### **3.3.6 Apreciação integral de argumentos e julgamentos proferidos com base em enunciados da súmula da jurisprudência dominante dos tribunais**

A cultura do direito jurisprudencial torna relevante tratar, ainda, dos julgamentos proferidos com base nos enunciados da súmula da jurisprudência dominante dos tribunais<sup>192</sup>. Deveras, esses enunciados constituem, hoje, *topoi* altamente significativos na formação do convencimento dos órgãos jurisdicionais brasileiros.

No entanto, não parece, segundo aqui se entende, que a existência desses enunciados autorize o julgador a ignorar argumentos apresentados pelas partes pelo simples fato de um deles se aplicar ao caso concreto. Diversamente, a consagração do direito jurisprudencial e mesmo do que se poderia denominar “direito sumular” vem apenas corroborar o caráter argumentativo do fenômeno jurídico: as controvérsias jurídicas reiteradamente levadas aos tribunais vão sendo dirimidas num mesmo sentido, até que a jurisprudência cristalizada permite a edição de um enunciado, dotado de forte carga persuasiva, que será colocado à disposição da comunidade jurídica, que poderá, agora, argumentar com base nele.

Outrossim, um enunciado sumular, por sua robustez argumentativa, pode corresponder ao *argumento vencedor* em favor de uma tese, mas por certo não se

---

<sup>192</sup> Não obstante se tenha popularizado no Brasil, inclusive em sede de direito positivo, a utilização da palavra “súmula” em referência a *cada um* desses enunciados, o termo, na realidade, designa o conjunto destes. Mais adequado, portanto, falar-se em enunciados da súmula da jurisprudência dominante, terminologia que ora se adota.

pode afirmar, à luz das considerações já desenvolvidas acerca do contraditório substancial, que os demais argumentos suscitados no feito possam ser desprezados. Cabe, pois, ao juiz, valorar tais argumentos, o que enseja a necessidade de se averiguar como deverá ocorrer a motivação dos provimentos na hipótese.

Há, aqui, é certo, várias situações com as quais pode se deparar o julgador: (a) as partes podem fazer expressa referência ao enunciado sumular, discutindo acerca de sua aplicabilidade ou não ao caso concreto; (b) é possível que os pleiteantes discutam acerca da *interpretação mais adequada* do enunciado, suscitando vários argumentos em prol de interpretações distintas; (c) as partes podem controverter acerca da razoabilidade jurídica do enunciado – uma delas pode, por exemplo, sustentar-lhe a inconstitucionalidade –; (d) as partes podem argumentar favorável ou contrariamente ao entendimento presente no enunciado, sem, no entanto, a este se referir expressamente. Passa-se, pois, a uma rápida análise de cada uma das hipóteses sugeridas.

A hipótese *a* dispensa maiores considerações: se a controvérsia diz respeito justamente à incidência ou não do enunciado no caso em discussão, é evidente que ao órgão jurisdicional caberá apreciar os argumentos favoráveis e contrários a sua aplicação. Tal entendimento decorre do que já se afirmou acerca da dimensão substancial do contraditório e do dever de motivação.

Do mesmo modo, na hipótese *b*, se as partes controvertem acerca da melhor interpretação a ser emprestada a determinado enunciado sumular, também é evidente que o julgador deverá enfrentar os argumentos pró e contra cada uma das interpretações sugeridas.

Já na hipótese *c*, em que se discute acerca da razoabilidade do enunciado, também caberá ao julgador enfrentar expressamente os argumentos suscitados, indicando, pois, as razões pelas quais o entendimento sumulado deve ou não prevalecer. Neste ponto, é importante ressaltar que os posicionamentos constantes dos enunciados

sumulares não são imutáveis. A propósito da Súmula da Jurisprudência Predominante do STF, por exemplo, afirma Moreira (2008, p. 26-27, grifos do autor):

A jurisprudência constante da *Súmula* não se torna, porém, imutável. Disposição expressa do Regimento Interno prevê a revisão dos seus enunciados, por iniciativa de qualquer Ministro (art. 103). Aliás, o Supremo Tribunal Federal várias vezes tem abandonado teses jurídicas incluídas na *Súmula*. E seria, sem dúvida, grave erro imobilizar a natural evolução de sua jurisprudência. Por outro lado, a despeito do que se lê no art. 557 e seu § 1º-A, as proposições constantes da *Súmula* não têm obrigatoriedade assimilável à da lei, não vinculam outros tribunais do país, nem os juízos de primeiro grau – a não ser, agora, aquelas a que a Corte Suprema atribua efeito vinculante, nos termos do art. 103-A da Carta da República, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, e do art. 8º desta.

Portanto, é possível, em tese, que se *rediscuta* em juízo a tese encampada no enunciado sumular. No entanto, nos termos do princípio da inércia de Perelman – *vide* item 1.3 *supra* – é evidente que o posicionamento dele constante tenderá a prevalecer, a não ser que se apresentem *novos argumentos*, que não tenham sido considerados previamente à elaboração do enunciado. Dito de outro modo, a simples reiteração de argumentos a ele contrários, mas já discutidos em momento a ele anterior não terá o condão de infirmá-lo, ante a considerável carga retórica de que se reveste. Assim sendo, percebe-se que a argumentação baseada em direito sumular não pode ignorar os precedentes que ensejaram a elaboração dos enunciados que se pretenda utilizar.

Essa constatação, por sua vez, enseja conclusões semelhantes às aquelas mencionadas quando se tratou da motivação *aliunde* – item 3.3.5 deste trabalho. Na hipótese de os argumentos com que se pretende uma alteração do entendimento sedimentado já haverem sido apreciados nos arestos que originaram o enunciado, poderá o julgador decidir pela prevalência deste último, fundando-se exatamente nessa circunstância: com efeito, o enunciado, nessa hipótese, *refutará* os argumentos contrários. Note-se que, nesse caso, o julgador não terá *deixado de proceder* à valoração dos argumentos que lhe foram apresentados, mas,

diversamente, os terá *rejeitado* de forma expressa, em razão de a discussão travada haver sido superada em momento pretérito.

Por outro lado, se forem apresentados argumentos novos, que não tenham sido considerados nas discussões precedentes, caberá ao julgador apreciá-los expressamente ao motivar sua decisão, esclarecendo de que maneira eles corroboram ou infirmam o entendimento sumulado.

Por derradeiro, passa-se à análise da hipótese *d* acima indicada, isto é, da situação em que as partes desenvolvem argumentação contrária ou favorável a entendimento consagrado em enunciado sumular, sem, no entanto, referirem-se expressamente a este. Nesse caso, convém lembrar, que em razão do contraditório substancial e do princípio da cooperação dele advindo – item 2.4 –, cabe ao juiz abrir às partes a possibilidade de manifestação acerca do enunciado antes de decidir com base nele, evitando, assim, o juízo de terceira via. Surgem, assim, duas possibilidades: (d.1) as partes efetivamente se manifestam acerca do enunciado, passando a controverter acerca de sua incidência ao caso, sua interpretação ou razoabilidade jurídica; ou (d.2) as partes quedam silentes.

E, uma vez que a hipótese *d.1* corresponde, na verdade, às situações tratadas acima como *a*, *b* e *c*, resta analisar a hipótese *d.2*. Pois bem: mesmo na hipótese de as partes silenciarem acerca do enunciado sumular, o julgador não está, a rigor, dispensado de apreciar os argumentos que estas apresentaram. Ocorrerá, em verdade, situação semelhante àquela descrita na situação *c* acima ventilada e na análise atinente à motivação *aliunde*. Destarte, se os argumentos trazidos pelas partes já houverem sido apreciados nas discussões e arestos que precederam a elaboração do enunciado sumular, poderá o julgador adotá-lo como fundamento de sua decisão, indicando expressamente tal circunstância. No entanto, havendo argumentos novos, far-se-á necessário enfrentá-los nas razões de decidir.



### 3.3.7 Apreciação integral de argumentos e motivação sucinta

Outra questão interessante a ser aqui analisada diz respeito à possibilidade de os órgãos jurisdicionais adotarem motivação *sucinta* ao decidir. Com efeito, a brevidade na fundamentação dos provimentos judiciais é prática aceita pela jurisprudência brasileira<sup>193</sup>. Acerca da possibilidade de motivação sucinta, leciona Souza (2008, p. 207):

Não vemos qualquer problema na motivação sucinta, que não pode ser confundida com motivação incompleta. Mais inadmissível ainda é querer confundir motivação sucinta com falta de motivação ou com falsa motivação. O que importa é que todas as questões relevantes que exijam decisões estejam fundamentadas. No particular, vê-se que a concisão é uma virtude, porque o juiz demonstrou capacidade de apresentar decisão nos termos exigidos pela ordem jurídica e menor tempo, o que significa dizer que também deu aplicação ao princípio da celeridade.

---

<sup>193</sup> Nesse sentido, consultem-se os seguintes precedentes, a título meramente ilustrativo: “[...] NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – NÃO-OCORRÊNCIA [...] O STJ entende como satisfeita a exigência constitucional da fundamentação da decisão judicial (art. 93, IX, da CF/88), quando esta ocorre, ainda que de forma sucinta [...]” (STJ, AgR no REsp 1121889/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/10/2009, DJ 14/10/2009); “[...] FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA [...] Não se há falar em deficiência na entrega da prestação jurisdicional quando o órgão julgador enfrenta a questão de forma sucinta, porém, fundamentada” (STJ, REsp 809.229/PR, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 22/09/2009, DJ 07/10/2009); “[...]VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA [...] É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não se devendo confundir fundamentação sucinta com ausência de fundamentação” (STJ, REsp 1002419/CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 19/08/2009, DJ 28/09/2009); “[...] FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA E OMISSÃO NÃO CONFIGURADA [...] A decisão que aprecia os pontos essenciais à composição da lide, ainda que de forma sucinta, preenche o requisito da fundamentação e não incorre em vício de omissão” (STJ, AgR no AI 973.013/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/03/2009, DJ 01/07/2009); “[...]ALEGAÇÃO DE OFENSA À CF, ARTS. 5º, LV, E 93, IX [...] Decisão fundamentada: o que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93, é que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada [...]” (STF, AgR no RE 430637, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 30/08/2005, DJ 23/09/2005).

A rigor, não se entende, aqui, haver óbice à adoção de fundamentações concisas no direito brasileiro. Todavia, aqui, é necessária alguma cautela. Ocorre que, como já repetido por diversas vezes, o juiz deve apreciar todos os argumentos elencados pelas partes. Não basta, pois – e, aqui, portanto, diverge-se do entendimento hoje majoritário –, que o julgador adote razões suficientes a corroborar a tese por ele própria adotada: mesmo não estando obrigado a decidir conforme o direito alegado pelos pleiteantes, tem ele de apreciar a argumentação que estas lhe oferecem, sob pena de violação às garantias do contraditório e do dever de motivação.

Logo, uma motivação que não atenda a tais exigências não pode ser considerada “válida, embora sucinta”. Deveras, a fundamentação que não aprecia os argumentos apresentados ao longo do processo é, à luz do que se expôs, *incompleta*.

Feita essa ressalva, conclui-se pela possibilidade de motivação concisa, *desde que apreciados todos os argumentos suscitados pelas partes*. Noutras palavras, o juiz pode enfrentar tais argumentos resumidamente, *desde que não se furte a enfrentar cada um deles*: não se lhe exige, por conseguinte, que elabore um capítulo da decisão ou discorra por várias páginas sobre cada argumento suscitado; diversamente, admite-se que dedique a cada um deles um único parágrafo, por exemplo. Cabe, com efeito, ao órgão jurisdicional prestar contas, explicitamente, acerca do modo como valorou as teses que lhe foram oferecidas, ainda que o faça de maneira resumida.

Convém lembrar, porém, que a motivação constitui um ato retórico, por meio do qual o juiz busca persuadir o auditório quanto à razoabilidade da solução por ele adotada. Outrossim, a concisão do provimento não deve significar a adoção de fundamentos pouco ou nada persuasivos; a argumentação do julgador, ainda que concisa, deve ser capaz de persuadir o auditório a que se destina.

Admite-se, pois, a motivação sucinta, desde que atendidas essas exigências.

### **3.3.8 Apreciação integral de argumentos e arts. 38 e 46 da Lei n. 9.099/1995**

Merecem, aqui, alguns breves comentários os arts. 38 e 46 da Lei n. 9.099/1995, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Nos termos do art. 38 – aplicável aos Juizados Especiais Cíveis –, “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório”. Já o art. 46 do mesmo diploma, ao tratar dos recursos interpostos contra as sentenças proferidas nos Juizados Cíveis, estatui, em sua segunda parte, que “Se a sentença for *confirmada pelos próprios fundamentos*, a súmula do julgamento servirá de acórdão”.

Diante de tais dispositivos, cabe indagar o que significa a referência aos “elementos de convicção do Juiz”, contida no art. 38. Estaria, acaso, o juiz dispensado de analisar os argumentos invocados por ambas as partes, ficando apenas obrigado a indicar argumentos “suficientes” à justificação do *decisum*? A resposta, evidentemente, há de ser negativa.

Deveras, à luz do que já se expôs acerca do contraditório e do dever de motivação, se assim fosse, ter-se-ia de, forçosamente, concluir pela inconstitucionalidade do preceito, por violação aos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88. Outrossim, segundo ora se entende, uma exegese devidamente afinada com o modelo constitucional de processo deve concluir que os “elementos de convicção” a serem mencionados pelo julgador abarcam a valoração dos argumentos suscitados pelas partes. Autoriza-se, obviamente, a fundamentação sucinta – e tanto é assim que o próprio art. 38 dispensa o juiz de incluir na sentença o relatório –, mas, não a fundamentação incompleta, que não valore os argumentos apresentados ao juiz.

Por outro lado, no que toca ao art. 46, poder-se-ia questionar como a manutenção da sentença “pelos próprios fundamentos” poderia ser compatibilizada com as cláusulas constitucionais do contraditório e do dever de motivação.

Realmente, o improvimento de recurso pelos próprios fundamentos da sentença recorrida deve ser visto com toda cautela, a fim de evitar-se qualquer violação à ordem constitucional. Entende-se, pois, aqui, que essa situação excepcional apenas seja possível na hipótese de *a sentença já conter, expressamente, a refutação dos argumentos do recorrente*. Noutras palavras, a sentença deve se mostrar tão persuasiva que, se confrontada com as razões do recurso, já rebata, um a um, os argumentos nele articulados.

Tal excepcionalidade autorizada pelo legislador só pode se justificar em razão dos princípios infraconstitucionais da oralidade, simplicidade, informalidade e da economia processual que orientam os processos em tramitação perante os Juizados Especiais, previstos no art. 2º da Lei 9.099/1995, e da garantia da celeridade processual, antes prevista apenas no referido dispositivo e, atualmente, incorporada ao texto constitucional (art. 5º, LXXVIII, da CF/88). Veja-se, que, em última análise, esses princípios direcionam-se ao atendimento da meta síntese do acesso à justiça, consideradas as peculiaridades dos casos submetidos à competência dos Juizados Especiais.

### **3.3.9 Apreciação integral de argumentos e recursos extraordinário e especial repetitivos**

A Lei n. 11.418/2006 e a Lei n. 11.672/2008 inseriram no CPC significativas alterações atinentes ao processamento dos recursos extraordinário e especial, respectivamente. Aqui, deseja-se comentar uma dessas modificações, que tem aplicação quando são interpostos os denominados *recursos repetitivos* contra acórdãos proferidos em segundo grau de jurisdição.

Segundo o art. 543-B do CPC, incluído pela Lei n. 11.418/2006, quando houver multiplicidade de *recursos extraordinários* “com fundamento em idêntica

controvérsia”, a análise da repercussão geral – que constitui requisito de admissibilidade do recurso – será processada nos termos do Regimento Interno do STF, observadas as prescrições contidas nos parágrafos do dispositivo. Segundo o respectivo § 1º, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte. Destarte, caso o Excelso Pretório considere inexistente a repercussão geral, serão automaticamente inadmitidos os recursos sobrestados nos tribunais (§ 2º); por outro lado, uma vez julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (§ 3º). Por fim, se mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada (§ 4º).

Por outro lado, o art. 543-C estabelece novas regras para os *recursos especiais* repetitivos “com fundamento em idêntica questão de direito”. Segundo o § 1º do dispositivo, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais recursos especiais até o julgamento definitivo daquela Corte. O dispositivo prevê, inclusive, que, não adotada essa providência, o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. E, uma vez publicado o acórdão do STJ, tem aplicação o disposto no § 7º do artigo em comento, segundo o qual os recursos especiais sobrestados “terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça” (inciso I) ou “serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça” (inciso II). Por derradeiro, segundo o § 8º do dispositivo, “mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial”.

Interessa, aqui, realçar um específico problema a que pode dar azo a aplicação das regras atinentes aos recursos extraordinários e especiais que permanecerem sobrestados na origem. Com efeito, é possível que várias partes afetadas pela decisão a ser proferida em tais recursos não tenham a oportunidade de ver seus argumentos apreciados pelo STF e pelo STJ, situação essa que as privaria do pleno exercício do contraditório substancial. Nessa toada, como é possível compatibilizar a disciplina dos recursos repetitivos com a garantia do contraditório?

Segundo aqui se entende, a solução reside numa adequada seleção dos recursos representativos da controvérsia que serão remetidos ao STF ou ao STJ pelo tribunal de origem. Com efeito, essa seleção deverá possibilitar que *todos os argumentos* que estão sendo suscitados nos múltiplos recursos excepcionais interpostos sejam levados ao conhecimento daquelas Cortes, ficando sobrestados na origem apenas os recursos nos quais sejam tão-somente *repetidos*, em sede de razões ou contrarrazões<sup>194</sup>, argumentos que *já estejam presentes* em algum ou alguns daqueles cuja subida foi determinada.

Outrossim, não basta, para o sobrestamento de determinado recurso, que nele se debata a existência ou não de violação a dispositivo constitucional ou de lei federal sobre o qual já se discuta em outro recurso cuja subida já tenha sido determinada; de igual modo, é insuficiente que se ataque, no recurso excepcional, divergência jurisprudencial com base em um mesmo acórdão paradigma. Ao revés, segundo aqui se entende, para que haja o sobrestamento do recurso, será necessário que *todos os argumentos* com base nos quais se sustenta ou a ocorrência ou não de violação ao dispositivo ou de divergência jurisprudencial já estejam presentes nos considerados representativos da controvérsia. Isso significa dizer que entre tais recursos representativos deverão ser incluídos todos aqueles que contenham argumentos inéditos.

---

<sup>194</sup> Frise-se que, nos termos do art. 542 do CPC, tão logo seja recebida a petição em que se interpõe recurso especial ou extraordinário, a parte contrária deve ser intimada para a apresentação de contrarrazões, procedendo-se ao exame de admissibilidade apenas em momento posterior. Considerada essa norma, os recursos excepcionais apenas serão sobrestados na origem após tal intimação da parte contrária, de modo que será possível conhecer os argumentos favoráveis e contrários à reforma da decisão.

Essa parece ser, com efeito, a solução que melhor atende à dimensão substancial do contraditório, além de permitir que a análise do STF ou do STJ sobre a matéria controvertida seja a mais ampla possível.

### **3.3.10 Apreciação integral de argumentos e embargos de declaração**

Após todas as considerações tecidas acima, cabe aqui tecer alguns comentários acerca da utilização de embargos declaratórios com vistas à integração de decisão que não aprecia todos os argumentos invocados pelas partes.

Segundo Wambier (2005, p. 15-16), os embargos de declaração têm nítido fundamento constitucional, na medida em que se prestam a garantir o direito do jurisdicionado a ver os conflitos em que se envolve apreciados pelo Poder Judiciário. Ocorre que apenas se poderia considerar satisfeito esse direito “sendo efetivamente garantida ao jurisdicionado a prestação jurisdicional feita por meio de decisões claras, completas e coerentes *interna corporis*” (WAMBIER, 2005, p. 17-18, grifo da autora). Dessarte, as omissões, obscuridades e contradições eventualmente encontradas nos provimentos jurisdicionais devem ser adequadamente corrigidas, por imperativo constitucional.

Concluiu-se, no presente estudo, que todos os argumentos apresentados pelas partes devem ser explicitamente apreciados pelo órgão jurisdicional. Tal constatação enseja, pois, a conclusão de que o não enfrentamento de argumentos indicados pelas partes acarreta *omissão* do órgão jurisdicional, de modo a tornar cabível a interposição de embargos declaratórios. Deveras, segundo o art. 535, II, do CPC,

são cabíveis<sup>195</sup> os embargos quando “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”.

Segundo Baptista (1993, p. 121),

A omissão é a preterição no comando estatal, indicando lacuna, deixando a sentença de dizer alguma coisa, ou porque olvidou-se em dizer, ou porque descuidou-se em dizer. Importa em ausência, lacuna de alguma coisa que nela deveria existir, exatamente a preterição de um 'dizer'.

Outrossim, segundo a linha de pensamento adotada neste estudo, a ausência de apreciação de determinados argumentos constitui, evidentemente, omissão. Tem-se, com efeito, um ponto – isto é, o argumento não valorado expressamente – sobre o qual tinha o órgão jurisdicional de se manifestar e não se manifestou: há lacuna, portanto, no que diz respeito ao enfrentamento do argumento, o que caracteriza a incompletude da motivação. Afiguram-se cabíveis, portanto, os aclaratórios, a fim de que seja o argumento em questão expressamente valorado.

Deve-se, aqui, porém, ponderar – mormente quando se tem em vista a moderna preocupação com a celeridade processual, que orientou a inserção do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88 – que, em se tratando de *sentença* que não tenha apreciado determinado argumento<sup>196</sup>, parece, em princípio, desnecessária a interposição dos

---

<sup>195</sup> Ressalte-se que, segundo aqui se entende, o cabimento dos embargos declaratórios há de ser aferido *in statu assertionis*, isto é, com base nas afirmações do embargante. Segundo esse raciocínio, os aclaratórios serão cabíveis quando o recorrente *afirmar* que há omissão, obscuridade ou contradição no *decisum*, afirmação essa *não infirmada pelas próprias razões do recurso*; por outro lado, a averiguação da existência ou inexistência do vício apontado constituirá o próprio mérito do recurso. Registre-se, a propósito, que, em interessante julgado, o TJES já teve a oportunidade de afirmar, na mesma linha de pensamento, que “[...] Atualmente, o melhor método para diferenciar entre a admissibilidade e o mérito de alguns recursos consiste na denominada teoria da asserção [...]” (TJES, ED no AR na Ap Cível n. 12050046346, Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior, Segunda Câmara Cível, julgado em 23/10/2007, DJ 29/01/2008).

<sup>196</sup> Situação diversa ocorrerá se a omissão referir-se a determinado *pedido*, em que a interposição dos embargos é necessária. Com efeito, “[...] a apelação, em princípio, não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão *a quo*” (MOREIRA, 2008, p. 430, grifo do autor). No caso de omissão quanto a pedido, a interposição dos aclaratórios pode até mesmo contribuir para a celeridade processual, na medida em que, se o juízo de primeiro grau sanar o vício emitindo julgamento favorável ao embargante, será desnecessária a interposição de apelação.



aclaratórios. Deveras, como já visto no item 3.3.3 *supra*, o recurso de apelação cabível na hipótese já terá o condão de levar ao tribunal competente toda a argumentação desenvolvida pelas partes em primeiro grau.

Outrossim, não obstante seja injustificável ao órgão de primeira instância eximir-se de apreciar os argumentos desenvolvidos pelas partes, não convém que a solução definitiva do caso concreto no menor prazo possível seja comprometida em virtude da omissão do provimento. Com efeito, se quem não teve seu argumento apreciado foi a parte sucumbente, assiste-lhe a via do recurso de apelação, que levará ao órgão de segundo grau o argumento preterido – o que, por óbvio, dependerá de estarem presentes os pressupostos de admissibilidade recursal pertinentes –; por outro lado, se o argumento olvidado houver sido trazido pela parte vencedora, a apelação do adversário terá, do mesmo modo, o efeito de levar o argumento preterido à apreciação do tribunal.

Situação distinta ocorrerá, porém, em relação aos *acórdãos* dos tribunais de segundo grau. Com efeito, as decisões colegiadas apenas poderão ser atacadas pelos recursos excepcionais, que, como referido no item 3.3.3, não ostentam devolutividade tão ampla quanto aquela da apelação. Nesse caso, qualquer das partes – isto é, inclusive aquela que houver se saído vitoriosa no julgamento – terá interesse em embargar da decisão, com vistas à apreciação de argumento sobre o qual tenha se omitido a decisão.

---

Não haverá, porém, necessidade de interposição dos aclaratórios em primeiro grau na hipótese do art. 515, § 3º, do CPC, em que expressamente se autoriza ao tribunal, após reformar sentença terminativa, julgar a lide, desde que esta envolva apenas matéria de direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do direito é, inegavelmente, um fenômeno argumentativo. E, à luz do que se expôs no presente trabalho, a decisão judicial não pode corresponder ao simples resultado de um processo dedutivo, em que se operaria a subsunção do fato à norma, como pretendem os defensores do “silogismo judiciário”. Diversamente, busca-se, a partir de tópicos de argumentação – os *topoi* – a melhor solução para o caso concreto, solução essa compreendida como uma *escolha* do Estado-juiz, a qual deve atender à dupla exigência de ser conforme ao direito positivo e moral e socialmente justa, na perspectiva do meio em que deve ser proferida. É certo, ainda, que tal decisão deve ser elaborada no contexto da argumentação dialética que caracteriza o processo.

Por sua vez, os provimentos jurisdicionais traduzem o exercício do poder estatal e, ao veicularem soluções para os casos concretos levados à apreciação do Poder Judiciário, destinam-se a atender finalidades – educativas, políticas, sociais e jurídicas – inerentes ao próprio Estado, as quais redundam, em última análise, na persecução do bem comum. Em um tal cenário, tratando-se de exercício do poder, é evidente que as decisões judiciais também se submetem ao princípio democrático, a que são inerentes as ideias de *participação* e *representação*.

A garantia constitucional do contraditório (art. 5º, LV) constitui, por excelência, o meio pelo qual a democracia se operacionaliza no processo, na medida em que permite a participação dos destinatários do futuro provimento a ser exarado no procedimento que antecede sua elaboração. Trata-se de uma garantia que, em suas origens mais remotas, correspondia ao *direito de ser ouvido* e que, hoje, se encontra indissociavelmente ligado à ideia de processo justo ou devido processo legal.

Na perspectiva adotada neste trabalho, o contraditório ostenta duas dimensões fundamentais, a saber: uma *formal*, que diz respeito à forma dialética do processo e coincide com o que se tem chamado de *bilateralidade da audiência*; e outra *substancial*, que, sob o influxo do princípio democrático, assegura ao jurisdicionado

o direito de *influir* no convencimento do órgão jurisdicional. O contraditório substancial, portanto, enseja uma interação dos três principais sujeitos do processo – autor, Estado-juíz e réu –, com vistas à construção argumentativa do provimento a ser exarado.

E, por se tratar de um *direito de influência*, o contraditório substancial assegura às partes o direito a que seus argumentos sejam efetivamente considerados pelo julgador: não pode este, portanto, sob pena de violação ao art. 5º, LV, da CF/88, ignorar argumentos das partes ao decidir.

O contraditório substancial, portanto, instrumentaliza a dialética no processo, oportunizando a busca argumentativa da melhor solução para o caso concreto e, por conseguinte, tornando possível um acesso à justiça qualitativo, entendido como acesso à ordem jurídica justa. Com efeito, a argumentação levada a efeito perante o órgão jurisdicional e a efetiva apreciação dos argumentos suscitados tende a favorecer um incremento da *qualidade* das soluções aplicadas a cada caso concreto. Há, pois, uma íntima relação entre contraditório, democracia e acesso à justiça.

Mas, se o contraditório representa a manifestação por excelência da democracia no processo, é certo que o dever de motivação dos provimentos judiciais, ao assegurar a controlabilidade do poder estatal exercido sob a forma jurisdicional, constitui garantia inerente ao Estado Democrático de Direito. Por meio da motivação das decisões, assegura-se a imparcialidade do juiz, evita-se o arbítrio e efetiva-se um diálogo entre o órgão jurisdicional e a sociedade. Deveras, tal como é hoje concebida, a fundamentação dos provimentos jurisdicionais dirige-se, hoje, não apenas às partes do processo em que a decisão é exarada, mas, diversamente, a toda a sociedade. Nessa esteira, reconhece-se à motivação das decisões um caráter *retórico*, na medida em que, por meio dela, o órgão jurisdicional busca obter a adesão de seu auditório – constituído, imediatamente, pelas partes do processo e, mediamente, pela sociedade como um todo, sendo nesta incluída, de modo especial, a comunidade jurídica – às teses que adota.

Após a análise realizada neste trabalho acerca do contraditório, conclui-se ser indispensável, em razão do disposto nos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/88, que o juiz aprecie explicitamente em sua decisão todos os argumentos suscitados pelas partes no processo – entendendo-se, por argumentos, aqui, todas as razões que, *sob a perspectiva das partes*, conduzam ao acolhimento das teses por elas sustentadas. Afinal, se o contraditório acarreta um dever de apreciação integral dos argumentos expendidos, que essa apreciação figure expressamente na decisão, conferindo transparência à atividade jurisdicional. De nada adiantaria, com efeito, garantir-se ao jurisdicionado que seus argumentos serão *considerados* pelo julgador se este silencia sobre eles ao fundamentar o provimento. Ademais, o enfrentamento expresso e integral dos argumentos suscitados assegura a ocorrência de diálogo argumentativo entre os três principais sujeitos processuais e confere maior controlabilidade à atividade do julgador. É, pois, necessário, que o julgador efetivamente se esforce por *persuadir* seu auditório quanto à razoabilidade da tese que adota, o que torna imperiosa a apreciação integral dos argumentos que lhe foram apresentados.

Cabe, pois, ao julgador, analisar expressamente cada um dos argumentos invocados pelas partes e, inclusive, aqueles conducentes à tese vencedora. Evidentemente, porém, por razões lógicas, ficam ressalvadas as hipóteses em que a apreciação de um argumento seja inviabilizada em razão de haver sido acolhido um argumento preliminar ou prejudicial. Importante ressaltar que o amplo efeito devolutivo atribuído pelo art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC ao recurso de apelação *não dispensa* o juízo de primeiro grau do dever de apreciar integralmente os argumentos suscitados, mas tão-somente permite que todos eles sejam levados a conhecimento do tribunal independentemente desse enfrentamento explícito.

Nessa perspectiva, percebe-se, sem maiores dificuldades, ser cabível a interposição de embargos de declaração com base no art. 535, II, do CPC, sempre que a decisão se omitir quanto a argumento invocado por qualquer das partes. Pondera-se, entretanto, que é desnecessária a interposição dos aclaratórios por esse fundamento contra sentença, uma vez que, se esta última não apreciar determinado

argumento, será ele automaticamente levado ao conhecimento do órgão *ad quem* com a interposição do recurso de apelação. (Situação distinta ocorrerá, entretanto, se a omissão disser respeito a pedido, em que a interposição dos embargos é necessária).

Embora as conclusões obtidas no presente trabalho diverjam, como visto, do entendimento amplamente sedimentado na jurisprudência brasileira, a resposta encontrada prestigia uma visão argumentativa do direito e valoriza uma visão moderna da garantia do contraditório e do dever de motivação.

Espera-se, assim, ter sido motivada a reflexão acerca do tema proposto, bem como ter sido oferecida uma contribuição ao debate de uma questão importante, sobretudo nos tempos de hoje, à luz do modelo constitucional do processo brasileiro.

## REFERÊNCIAS

- AIETA, Vânia Siciliano. **Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. t. II.
- ALMADA, Gonçalo Portocarrero de. **Crítica da Razão Dialéctica em Aristóteles**: introdução ao estudo da sua natureza. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.
- ARISTÓTELES. **Órganon**: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.
- BAPTISTA, Sonia Marcia Hase de. **Dos Embargos de Declaração**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. São Paulo: Malheiros, 2006.
- \_\_\_\_\_. Os Elementos Objetivos da Demanda Examinados à Luz do Contraditório. In: TUCCI, José Rogério Cruz e; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Causa de Pedir e Pedido no Processo Civil**: questões polêmicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13-52.
- BÍBLIA. Português. **Bíblia de Jerusalém**. Tradução de Euclides Martins Balancin, Estêvão Bittencourt, Emanuel Bouzon, Gilberto da Silva Gorgulho, Theodoro Henrique Maurer Jr., Jorge Cesar Mota, Benjamim Carreira de Oliveira, Ney Brasil Oliveira, Isaac Nicolau Salum, Luiz Inácio Stadelmann, Ivo Storniolo, Calisto Vendrame, José Raimundo Vidigal, Domingos Zamagna e Joaquim de Arruda Zamith. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Democracia. In: **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. v. 1. p. 319-329.
- BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira. **Justiça, Direito e Processo**: a argumentação e o direito processual de resultados justos. São Paulo: Atlas, 2007.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARNELUTTI, Francesco. **Como Se Faz Um Processo**. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução da 2ª edição italiana por J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965. v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni Sul Processo Civile**. Bologna: il Mulino, 1995.

CORBISIER, Roland. **Introdução à Filosofia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994. t. II.

COURA, Alexandre. **Hermenêutica Jurídica e Jurisdição (In)Constitucional**: para uma análise crítica da “jurisprudência de valores” à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Buenos Aires: B de F, 2002. v. 1.

CREVELD, Martin Van. **Ascensão e Declínio do Estado**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 21. ed. at. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. at. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

\_\_\_\_\_. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. O princípio do contraditório. In: \_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**: aproximação à metodologia discursiva do direito. 2. ed. São Paulo: Landy, 2004.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria General del Proceso**: aplicable a toda clase de procesos. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984. t. I.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, José Henrique Lara. O devido processo legal e a fundamentação das decisões judiciais na Constituição de 1988. In: GRECO, Leonardo; MIRANDA NETTO, Fernando Gama de (orgs.). **Direito Processual e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 59-67.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Norma Jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França**: cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada. Tradução de Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, William Couto. **Uma Introdução à Filosofia do Direito Processual**: estudos sobre a jurisdição e o processo fundamentando uma compreensão histórica, ontológica e teleológica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOYARD-FABRE, Simone. **O Que é Democracia?**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Derecho Procesal Civil**: teoria general del derecho procesal. Buenos Aires: Ediar, 1992. t. I. v. II.

GRECO, Leonardo. O Princípio do contraditório. In: \_\_\_\_\_. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 541-556.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. rev. ampl. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

JUNOY, Joan Picó i. **Las Garantías Constitucionales del Proceso**. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1997.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LACERDA, Bruno Amaro. **Raciocínio Jurídico**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Goulbenkian, 1997.



LUIISO, Francesco P. **Diritto Processuale Civile**: principi generali. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

MANELI, Mieczyslaw. **A Nova Retórica de Perelman**: filosofia e metodologia para o século XXI. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Barueri: Manole, 2004.

MATTEUCI, Nicola. Bem comum. In: **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. v. 1. p. 106-107.

MARTINS, Fernando Barbalho. **Do Direito à Democracia**: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: estrutura constitucional do Estado. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. t. III.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1 de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. VI.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Teoria da Argumentação Jurídica e Nova Retórica**. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed. rev. at. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. V.

\_\_\_\_\_. Prueba y motivación. In: In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004a. p. 107-116.

\_\_\_\_\_. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004b. p. 117-124.

\_\_\_\_\_. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: \_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299-313.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política**: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MORELLO, Augusto M. **El Proceso Civil Moderno**. La Plata: Librería Editora Platense, 2001.

\_\_\_\_\_. **El Proceso Justo**: del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos. La Plata: Librería Editora Platense, 1994.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9. ed. rev. ampl. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOJIRI, Sérgio. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais**. 2. ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NOSETE, Jose Almagro. **Constitucion y Proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1984.

NUNES, Dierle Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (org.). **Constituição, Direito e Processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 145-165.

PALOMINO, Manuel Moron. **Derecho Procesal Civil: cuestiones fundamentales**. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Lógica Jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004a.

\_\_\_\_\_. **Retóricas**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004b.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Tradução de Maria Ermantina Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PÉREZ, David. Vallespín. **El Modelo Constitucional de Juicio Justo en El Ámbito del Proceso Civil: conexión entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a un proceso con todas las garantías**. Barcelona: Atelier, 2002.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. **Rivista de Diritto Processuale**, Padova, ano LIII, n. 3, p. 673-681, 1998.

PINTO, Júnior Alexandre. **A Causa Petendi e o Contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di Diritto Processuale Civile**. 2. ed. Napoli: Casa Editrici Jovene, 1996.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PRATA, Edson. **História do Processo Civil e Sua Projeção no Direito Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. São Paulo: Livraria Martins, 1940.

REZENDE FILHO, Gabriel. **Curso de Direito Processual Civil**. 5. ed. anotada, corrigida e atualizada por Benvindo Aires. São Paulo: Saraiva, 1960. v. II.

REDENTI, Enrico. **Diritto Processuale Civile**: il processo ordinario di cognizione; il procedimento di primo grado; il sistema delle impugnazioni. 4. ed. a cura di Mario Vellani. Milano: Giuffrè Editore, 1997.

RICCI, Gian Franco. **Principi di Diritto Processuale Generale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1995.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. Tradução de Edmir Missio. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9. ed. Madrid: Marcial Pons, 2003.

RÚA, Fernando de la. **Teoria General del Proceso**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

SANI, Giacomo. Participação política. In: **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. v. 2. p. 888-890.

SILVA, Nanci de Melo. **Da Citação no Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: ABREU, Pedro Manuel; OLIVEIRA, Pedro Miranda (orgs.). **Direito e Processo**: estudos em homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 737-757.

SOUZA, Artur César de. **Contraditório e Revelia**: perspectiva crítica dos efeitos da revelia em face da natureza dialética do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2008.

SPADONI, Joaquim Felipe. A função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8. p. 231-257.

SPOTA, Alberto G. **O Juiz, o Advogado e a Formação do Direito Através da Jurisprudência**. Tradução de Jorge Trindade. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1987.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. **Hermenêutica Constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Causa Petendi no Processo Civil**. 2. ed. rev. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. **Precedente Judicial Como Fonte do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de Processo Civil Canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

\_\_\_\_\_. **Topica y la Filosofia del Derecho**. 2. ed. Tradução para o Espanhol de Jorge M. Seña. Barcelona, 1997.

VILLALBA, José Armando Seco. **El Derecho de Defensa**: la garantía constitucional de la defensa en juicio. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1947.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**: definições e fins do direito. os meios do direito. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOEGELIN, Eric. **A Nova Ciência da Política**. 2. ed. Tradução de José Viegas Filho. Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZIPPELLIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.