

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

Rodrigo Führ de Oliveira

O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO PROCESSO CIVIL
Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado

**Porto Alegre
2013**

RODRIGO FÜHR DE OLIVEIRA

O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO PROCESSO CIVIL
Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre
2013

RODRIGO FÜHR DE OLIVEIRA

O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 20 de dezembro de 2013

BANCA EXAMINADORA:

Professor Adjunto Doutor Daniel Mitidiero
Orientador

Professor Adjunto Doutor Klaus Cohen-Koplin
Examinador

Professor Adjunto Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Examinador

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Mais uma etapa acadêmica que se encerra, fazendo cada vez mais presente a proximidade do fim da graduação. E não era ontem que estávamos apenas conhecendo a Faculdade de Direito da UFRGS, olhando com entusiasmo a longa jornada vindoura? Pudessem os ponteiros do relógio passar com maior vagar, permitindo um desfrute mais permanente de tão bons momentos! O misto de felicidade em razão da vivência que tive e de melancolia em razão da proximidade do fim torna impossível deixar de agradecer àqueles que fizeram desse tempo um enorme aprendizado e tornaram a caminhada não apenas suportável, mas de uma leveza ímpar.

Registro o meu muito obrigado ao Professor Daniel Mitidiero, de quem tive o prazer de ser orientando e com quem pude desfrutar largos momentos de convivência. Daniel, a tua empolgação pelo estudo do processo civil foi, sem dúvidas, o que me instigou e impulsionou a realizar este trabalho, cujo desenvolvimento, longe de constituir peso e preocupação, significou imensa alegria. Agradeço também ao pessoal do grupo de pesquisa CNPQ Processo Civil e Estado Constitucional, em especial a Maria Angélica, o Otávio Domit, o Otávio Motta e o Renzo Cavani, que mais proximamente acompanharam este trabalho. As discussões, as críticas e as sugestões de vocês tiveram papel fundamental na formulação das ideias aqui expostas.

Aos meus colegas e amigos de aula – Opa, people! – devo inúmeros e agradáveis momentos de descontração, bom-humor e também de estudos, de concentração, sempre em espírito colaborativo. Tudo isso e muito mais devo a uma colega em especial, que de tão especial nem só colega é: Luciana, minha namorada. Muito obrigado pela força, pelo carinho, pelo amor e pelo suporte. Sem eles, dificilmente teria completado a tarefa.

Agradeço também aos meus pais, Azemor e Margarida, exemplos de pessoa e de profissionais do direito, que não só compreenderam o decréscimo de convívio como trabalharam junto, lendo e corrigindo cada capítulo que se aprontava. Carlos Eduardo e Alexandre, meus irmãos, obrigado pela paciência e mesmo pelo indisfarçável interesse por assuntos tão estranhos às lidas das exatas. O direito é mesmo apaixonante: sempre é tempo!

Porto Alegre, dezembro de 2013.

Rodrigo Führ de Oliveira

“O estado constitucional (...) foi conquistado no combate contra uma história marcada pela ausência do Estado de Direito e pela falta de democracia; e esse combate continua. A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionam expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo.”

Friedrich Müller, *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 70.

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos diferentes papéis desempenhados pelo contraditório e pela motivação no processo civil de acordo com duas principais teorias da interpretação, buscando dar resposta à questão da legitimidade democrática da jurisdição. Parte-se da distinção entre a teoria cognitivista, que vê na interpretação um ato de mera declaração do significado intrínseco ao texto, e a teoria cética moderada, que reconhece a necessidade de adscrição de significados, permeada de juízos valorativos. O contraditório e a motivação são então vistos a partir desses dois modelos de interpretação. Em um modelo cognitivista, predominante no marco da processualística, o contraditório se destina às partes, exaure-se no binômio informação-reação, abrange primordialmente as questões de fato e exerce funções de garantia do direito de defesa, de promoção da igualdade e de garantia da imparcialidade do juízo. A motivação tem estrutura silogística, é medida por critério intrínseco de suficiência e exerce funções aclaratórias e de controle de legalidade. Em um modelo ceticista moderado, predominante no marco do processo civil no Estado Constitucional, o contraditório se destina às partes e ao juiz, é composto pelo trinômio informação-reação-influência, abrange tanto questões de fato como de direito e exerce também funções de investigação dialética e legitimadora. A motivação tem estrutura aberta e argumentativa, é medida por critério extrínseco de suficiência e exerce funções justificativa e de garantia do direito fundamental ao contraditório. O acréscimo do direito de influência ao contraditório e do dever de debate à motivação pode fazer do Judiciário um poder até mais democrático do que os demais, na medida em que o processo judicial torna-se mais participativo do que os outros processos políticos.

Palavras-chave: Processo civil. Contraditório. Motivação. Interpretação. Cognitivismo. Ceticismo moderado. Legitimidade democrática.

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo el estudio de los distintos roles desempeñados por el contradictorio y por la motivación en el proceso civil según dos de las principales teorías de la interpretación, buscando dar respuesta a la cuestión de la legitimidad democrática de la jurisdicción. Empieza por la distinción entre la teoría cognitivista, que ve en la interpretación un acto de simple declaración del significado intrínseco al texto, y la teoría escéptica moderada, que reconoce la necesidad de adscripción de significados, permeada de juicios valorativos. El contradictorio y la motivación son, por tanto, vistos a partir de esos dos modelos de interpretación. En un modelo cognitivista, predominante en el marco de la procesalística, el contradictorio se destina a las partes, se agota en el binomio información-reacción, incluye ante todo las cuestiones de hecho y ejerce funciones de garantía del derecho de defensa, de promoción de la igualdad y de garantía de la imparcialidad del juicio. La motivación tiene estructura silogística, se mide por el criterio intrínseco de suficiencia y ejerce funciones aclaratorias y de control de la legalidad. En un modelo de escepticismo moderado, predominante en el marco del proceso civil en el Estado Constitucional, el contradictorio se destina a las partes y al juez, se compone del trinomio información-reacción-influencia, incluye tanto cuestiones de hecho como de derecho y ejerce también funciones de investigación dialéctica y legitimadora. La motivación tiene estructura abierta y argumentativa, se mide por el criterio extrínseco de suficiencia y ejerce funciones justificativa y de garantía del derecho fundamental al contradictorio. La añadidura del derecho de influencia al contradictorio y del deber de debate a la motivación puede hacer del Judicial un poder aún más democrático que los demás, en la medida en que el proceso judicial se hace más participativo que los otros procesos políticos.

Palabras clave: Proceso civil. Contradictorio. Motivación. Interpretación. Cognitivism. Escepticismo moderado. Legitimidad democrática.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: DO COGNITIVISMO AO CETICISMO MODERADO.....	15
2.1 ANTECEDENTES PRÓXIMOS DA TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO	15
2.2 O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO.....	18
2.3 CRÍTICA À TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO	21
2.3.1 Equivocidade dos textos	22
2.3.2 Vagueza dos predicados.....	24
2.4 O CETICISMO MODERADO.....	27
3 O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO MODELO DO COGNITIVISMO INTERPRETATIVO	31
3.1 A INTERPRETAÇÃO NO MARCO DO PROCESSUALISMO	31
3.2 CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO, ÂMBITO E FUNÇÃO.....	33
3.2.1 Conteúdo.....	33
3.2.2 Âmbito	34
3.2.3 Função	36
3.3 MOTIVAÇÃO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E FUNÇÃO.....	37
3.3.1 Estrutura	37
3.3.2 Extensão	39
3.3.3 Função	40
3.4 CONGNITIVISMO INTERPRETATIVO, CONTRADITÓRIO FRACO E MOTIVAÇÃO-DEMONSTRAÇÃO.....	41
4 O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO MODELO DO CETICISMO MODERADO.....	45
4.1 A INTERPRETAÇÃO NO MARCO DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	46
4.2 CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO, ÂMBITO E FUNÇÃO.....	49
4.2.1 Conteúdo.....	49
4.2.2 Âmbito	52
4.2.3 Função	54
4.3 MOTIVAÇÃO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E FUNÇÃO.....	57
4.3.1 Estrutura	57

4.3.2 Extensão	59
4.3.3 Função	61
4.2 CETICISMO MODERADO, CONTRADITÓRIO FORTE E MOTIVAÇÃO- JUSTIFICAÇÃO	62
5 CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Em um Estado de Direito, impõe-se a separação dos poderes de elaboração das normas jurídicas e da sua aplicação, sob pena de nele reinar o arbítrio. Vão bem delineadas, assim, as funções do Poder Legislativo, ao qual compete criar a lei, e do Poder Judiciário, ao qual cabe declará-la e aplicá-la aos diversos casos concretos que lhe forem submetidos. Esse o motivo por que, em uma democracia, o legislador deve ser representante do povo: a criação de normas jurídicas só é legítima se fruto de um processo de participação popular – participação que, transposta para a realidade hodierna, só se mostra possível com a mediação eleitoral.

Por outro lado, não se exige semelhante representação por parte do juiz. É que a jurisdição não constitui autêntico exercício de poder, senão mera aplicação prática das decisões políticas tomadas indiretamente pelo povo. O julgador, portanto, detém um poder de certa forma nulo, na medida em que se vincula ao legislador e limita-se à lei, encontrando já nesse elo legitimidade suficiente. Desta forma, não vulnera a democracia o fato de ser o Judiciário composto por um corpo burocrático, cuja especialização é mesmo pressuposto para a correta aplicação da lei.

A doutrina que ainda se prende a esses antigos dogmas iluministas descuida de praticamente um século de novidades no campo da teoria da interpretação, hoje largamente debatido. Estudos demonstram que todo processo de aplicação do direito pressupõe, necessariamente, um anterior trabalho de interpretação a envolver escolhas entre as diversas possíveis significações de um determinado texto legislativo. São inconfundíveis, portanto, texto e norma, constituindo esta o resultado da interpretação daquele. Essa atividade, a seu turno, nunca é meramente declaratória, senão reconstrutiva de significados. Equivoca-se, pois, quem vê no Judiciário um poder nulo, suficientemente legitimado pela fidelidade à lei.

A partir dessa constatação, diversos problemas colocam-se na esfera do processo civil. Um deles, que constituiu o ponto de partida do presente trabalho, diz respeito à própria legitimidade democrática das decisões judiciais e aos possíveis mecanismos destinados a assegurá-la. Ora, se é verdade que a nossa Constituição Federal afirma que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (artigo 1º, parágrafo único), e se os juízes não são representantes eleitos, só nos resta buscar a legitimidade na participação popular no poder.

A questão fundamental a ser investigada pode receber a seguinte formulação: se o juiz, por ser intérprete, detém poder criativo em muito semelhante ao do legislador, pode ser considerado democraticamente legítimo o seu exercício em qualquer condição? Ainda:

considerando que tal poder se manifesta no processo, que instrumentos poderiam compensar a relativa desvinculação entre Judiciário e Legislativo, de modo permitir a participação popular no poder?

A hipótese levantada diz que, para considerar-se legítimo o exercício do poder jurisdicional, deve o processo proporcionar um ambiente o mais dialogal e participativo possível, a implicar o fortalecimento do direito ao contraditório e o aumento das exigências do dever de motivação. Para testá-la, traçou-se um plano de estudo que, partindo da distinção entre duas principais teorias da interpretação (às quais nos referimos por cognitivismo e por ceticismo moderado), procurou analisar o papel conferido ao contraditório e à motivação em cada contexto, em busca de relações de coerência entre determinada pressuposição teórica da interpretação e os diferentes conteúdos, âmbitos e funções conferidos ao contraditório e as diversas estruturas, extensões e funções atribuídas à motivação.

É necessário frisar que a escolha do cognitivismo interpretativo (ou formalismo interpretativo) e do ceticismo moderado (ou teoria lógico-argumentativa) como modelos para pensar o processo civil não foi, em absoluto, aleatória. Em primeiro lugar, o cognitivismo desponta como teoria de enorme influência no contexto das grandes codificações do século XIX, sendo das principais bandeiras da Escola da Exegese e fazendo-se sentir até os dias de hoje. O ceticismo moderado, por sua vez, responde a muitas das críticas formuladas ao cognitivismo, sendo a nosso juízo a teoria que melhor dá conta da realidade da interpretação. Em segundo lugar, a análise de alguns autores da processualística permite identificar diversos pontos de contato com o cognitivismo, enquanto os autores contemporâneos apresentam maior afinidade com as teorias céticas moderadas, de modo que parece adequada e proveitosa a organização da matéria em torno desses dois modelos.

Há de se salientar, ainda, a dificuldade encontrada em separar diferentes autores em categorias estanques e o risco de artificialidade deste intento. A leitura de muitos doutrinadores revela, é certo, trechos de maior afinidade com uma ou outra teoria da interpretação, mas há também aqueles que não se deixam limitar a um modelo fechado, apresentando algumas passagens cognitivistas e outras mais céticas. Com isso queremos alertar para que a relação aqui apresentada (processualística/cognitivismo, processo civil no Estado Constitucional/ceticismo moderado) seja lida como de prevalência, e não de encaixe perfeito.

Por fim, insistiríamos em que o desiderato deste trabalho não fosse tomado por um esforço de limitação ou de controle do poder do juiz, pura e simplesmente. Trata-se, antes de tudo, de uma busca pela legitimação democrática da decisão judicial, instigada pelas novas

descobertas no campo das teorias da interpretação. Isto é, a partir da constatação de que a atividade interpretativa envolve espaços de decisão e de valoração, procuramos dar respostas ao problema da liberdade judicial, e não evitar-lhe, “como se a insegurança decorrente dessas atividades deixasse de surgir com a sua mera ocultação, tal como um sujeito endividado que ingenuamente acredita estar eliminando as suas dívidas ao deixar de abrir as correspondências contendo as contas que deve pagar”.¹

¹ ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 29, p. 196, 2013.

2 DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA: DO COGNITIVISMO AO CÉTICISMO MODERADO

2.1 ANTECEDENTES PRÓXIMOS DA TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO

Toda atividade de interpretação pressupõe, logicamente, algo a ser interpretado, aquilo que constituirá seu objeto. Quando se fala em interpretação jurídica, esse objeto varia – e até grandemente – de acordo com o que se entende por direito. Assim, ao se adotar uma concepção jusnaturalista clássica, a atenção do intérprete recairá mais fortemente sobre a *praxis* social; se, por outro lado, for jusnaturalista moderna a base filosófica, a preocupação será com a razão humana abstrata, donde extraídas leis naturais universalmente aplicáveis.¹

Calha esclarecer, desde logo, que a interpretação jurídica de que aqui tratamos ao falar em cognitivismo é a da lei escrita, isto é, do texto publicado pela autoridade política com força de lei, o que por certo limita o objeto da atividade do operador do direito. As teorias interpretativas aqui expostas inserem-se, nesse ponto, no marco do positivismo jurídico e assim tomam por objeto da interpretação o direito posto, o conjunto de leis de um Estado determinado. Seu nascedouro é mais ou menos coincidente, portanto, com o advento do Estado Legislativo, no crepúsculo do século XVIII.

Não é de se imaginar, contudo, que alguma teoria surja independentemente de qualquer contexto, como uma criação saída do nada. O homem é sempre e sempre condicionado pelo seu tempo e pelo que foi dito antes de si, a partir do que exerce sua inventividade. Desta feita, tendo em conta que o positivismo jurídico se fortalece após a Revolução Francesa, isto é, com o surgimento da Escola da Exegese e a partir da edição do Código Napoleônico de 1804, impende considerar, ainda que brevemente, o pensamento jurídico iluminista precedente, o que poderá trazer alguma luz à compreensão das bases por detrás do cognitivismo interpretativo.

Pois bem. O Estado Liberal surge da contraposição entre os ideais de liberdade de uma burguesia em franca ascensão na Europa e a já desgastada monarquia absolutista do *ancien régime*. O poder despótico do rei, que reunia em si todas as funções políticas, passa a ser questionado pela doutrina iluminista a partir dos primados da razão, movimento claramente perceptível nas obras de Locke e Montesquieu. O pensamento moderno via a

¹ Para um quadro da evolução histórica do conhecimento do direito aqui apenas acenada, v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 52-72.

realidade estatal como a antítese da liberdade individual e, portanto, suas formulações teóricas trataram de criar limites ao poder, reduzindo o Estado a mero guardião da liberdade, em posição o mais absenteísta possível².

É nesse contexto que se aprimora e consolida a teoria da separação dos poderes, técnica limitadora do arbítrio e, pois, protetora das liberdades individuais. Iniciado em Locke, o cerceamento do poder absoluto se formula hipoteticamente a partir de um estado de natureza, de perfeitas liberdade e igualdade entre os homens³. Dizia o teórico inglês que, nesse estado natural, teria o homem em suas relações sociais necessidade de regras claras para distinguir a dominialidade das coisas, de julgadores imparciais para resolver os litígios e de uma força pública que reprimisse as violações às regras. Para suprir tais demandas é que todos consentiriam em ceder uma parcela mínima e estritamente necessária dos seus direitos naturais, criando o governo civil. Assim é que são formulados os Poderes Legislativo e Executivo⁴, cuja separação encontra justificativa na tentativa de eliminar o abuso do poder⁵.

Montesquieu, a seu turno, ao analisar a organização político-jurídica da Inglaterra, observou que “em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes; e o Executivo das coisas que dependem do Direito Civil”⁶, correspondendo a esse último, também denominado Poder de Julgar, a tarefa de punir os crimes e de julgar as demandas privadas. A sua obra é considerada a grande formulação da teoria da separação dos poderes do ciclo constitucional francês, separação essa que se fazia necessária a evitar governos despóticos e, pois, a garantir a liberdade política dos cidadãos.

É interessante notar que, para Locke, o mais importante dentre os poderes era o Legislativo, “porque atende ao supremo objetivo da vida social, que é ‘gozar dos próprios bens em paz e segurança’, o que só se pode lograr por intermédio das leis”⁷. Ser poder

² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-42.

³ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 35.

⁴ Para Locke, ao Executivo incumbiriam as funções de fazer cumprir as leis internamente e de manter relações externas de guerra e de paz (poder federativo), além de agir livremente, na ausência de lei, na busca do interesse público (prerrogativa), cf. BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 48-9.

⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41-2.

⁶ MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes*. Intro., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 168-9.

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 42. A seguinte passagem do *Segundo tratado sobre o governo*, cit., p. 93, é bastante esclarecedora da hierarquia dada por Locke: “Em todos os casos, enquanto subsiste o governo, o legislativo é o poder supremo; o que deve dar leis a outrem deve necessariamente ser-lhe superior; e desde que o legislativo não o é de outra qualquer maneira senão pelo direito que tem de fazer leis para todas as partes e para qualquer membro da sociedade, prescrevendo-lhes regras às ações, e concedendo poder de execução quando as transgridem, o legislativo necessariamente terá de ser supremo, e

supremo não significa, entretanto, tudo poder. Isso porque a lei não se confunde com a vontade privada do legislador, mas é, antes de tudo, expressão da razão.

Também Montesquieu identificava na lei a expressão da razão⁸, defendendo que o Direito racionalmente descoberto constituiria o conteúdo da norma. Diz-se, nesse sentido, que o Legislador não cria verdadeiramente a lei, mas que “mais correto será considerá-lo, à luz do pensamento de Montesquieu, mero descobridor da lei”⁹.

Esse parece ser o ponto fundamental do pensamento moderno: a razão é o fundamento do Direito, do qual não pode se afastar a lei, sob pena de ilegitimidade. A ideia central é encontrada, *mutatis mutandis*, já em Hobbes, quando diz que “a lei nunca pode ser contrária à razão”¹⁰. Não é difícil perceber, pois, que a separação dos poderes é concebida em um contexto de supremacia do Direito em relação à lei ou, ao menos, de presunção de correlação entre lei e razão.

Assim entendemos mais facilmente por que Montesquieu, além de não ter reputado necessário prever técnicas de limite ao arbítrio do legislador¹¹, referiu-se ao Poder Judiciário como “a boca que pronuncia as palavras da lei”, um poder “de certo modo nulo”, cujos julgamentos não deveriam ser “jamais senão um texto preciso da lei”¹². É que, se cabia ao Legislativo descobrir a lei por meio da razão, não poderia caber ao Judiciário mais do que declarar o que já fora descoberto. Na sua concepção, ou bem se cria a norma, ou bem é ela declarada: *tertium non datur*.

Interessa notar que o pensamento iluminista, tratando de tolher a monarquia, vê no Legislativo a verdadeira expressão do poder, sendo este, não por acaso, o *locus* de inserção política da burguesia. Coloca-se, na prática de governo, a ideia do contrato social. Ora, se todo o poder emana do povo, nada mais racional do que ele mesmo o exercer.

Como a função criadora de normas passou a ser composta por representantes do povo, teve-se por legitimado democraticamente o exercício do poder, legitimidade essa que se

todos os outros poderes em membros ou partes quaisquer da sociedade dele derivados ou a ele subordinados”.

⁸ “A lei, em geral, é a razão humana, tanto que ela governe todos os povos da Terra; e as leis políticas e civis de cada Nação não devem constituir senão casos particulares em que se aplica essa razão”. MONTESQUIEU, Baron de. *O espírito das leis*, cit., p. 85.

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, cit., p. 46.

¹⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 164. Dissemos *mutatis mutandis* porque, para Hobbes, a razão da qual deriva a lei é a razão do Estado, cuja vontade deve ser sempre considerada como conforme a equidade e a razão abstrata (cf. *Leviatã*, cap. XXVI, 7 e 8). Coincidiriam, pois, vontade do soberano e razão, sendo este um dos grande pontos de divergência com as obras de Locke e de Montesquieu.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Op. cit.*, p. 46.

¹² MONTESQUIEU, Baron de. *Op. cit.*, p. 180, 175 e 172.

estendia também ao órgão julgador, pois, ao fim e a cabo, apenas repetia o quanto já posto pelo Legislativo. Parece correto dizer, portanto, que a ausência de previsão de participação democrática no Judiciário decorre do fato de este ser visto como um poder nulo, que não pode nem deve inovar a ordem jurídica, uma vez que plenamente vinculado e submisso ao legislador.

2.2 O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO

Com a deflagração das revoluções liberais, o pensamento iluminista passa prevalecer no cenário político europeu, despindo aos poucos o poder absoluto dos monarcas. Tomemos a França como exemplo: no verão de 1789, em meio a uma definitiva crise financeira, o rei Luís XVI convocou os já adormecidos Estados Gerais em busca de algumas reformas pontuais. Contudo, o Terceiro Estado vinha sendo de tal forma explorado que tratou logo de transformar a reunião em Assembleia Constituinte, de cujo trabalho resultou a Revolução e a concretização da tomada do poder pela burguesia, justamente por meio da função legislativa¹³.

Publicada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, pôs-se logo a funcionar o Parlamento, sendo a sua mais notável tarefa a codificação do Direito. Tal empresa visava a

excluir a incerteza e a arbitrariedade da administração do direito e, para esse propósito, eles [os codificadores franceses] queriam reduzir tanto quanto possível a função interpretativa e criativa dos juizes, em quem não confiavam. O juiz devia ser apenas uma máquina que aplicasse inteligentemente um conjunto claro e estável de regras; e estas, portanto, deviam formar uma rede completa, regular e sem solução de continuidade, que indicaria automaticamente a solução de qualquer problema com o qual fosse confrontado. Na cuidadosa construção dessa rede, estava claro que seria a razão o mestre de obras; e a construção acabada seria a sua realização suprema.¹⁴

Ocorre que a razão humana abstrata, identificada com o direito natural – pois sua desveladora –, vinha sendo duramente criticada no campo metodológico. Basta-nos aqui citar David Hume, que, em 1740, apontou diversas incongruências entre respostas dadas apenas pela razão e indicou, com base empírica, que os comportamentos humanos eram produto de motivos e inclinações particulares, e não de uma razão universal¹⁵. Ao mesmo tempo,

¹³ KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 324-5.

¹⁴ *Ibidem*, p. 411-2.

¹⁵ *Ibidem*, p. 357. Outro ataque ao direito natural – e, assim, à razão abstrata – que merece transcrição é o de Jeremy Bentham, em seu *Anarchical Fallacies*, *apud* KELLY, John M. *Op. cit.*, p. 363-4: “Quando um homem quer fazer as coisas do seu jeito e não pode apresentar uma razão para isso, ele diz: eu tenho direito

tomavam vulto no cenário jurídico os ideais de racionalidade matemática próprios das ciências naturais, conclamados por Descartes como única forma possível de conhecimento. No fundo, a passagem do século XVIII para o XIX foi acompanhada por uma quebra com a tradição jurídica até então dominante, sendo proposta uma visão voluntarista e sistemático-normativa de Direito, base sobre a qual se faria possível o trabalho objetivo do cientista.

Assim é que, *pari passu* à entrada em vigor do Código Civil francês de 1804, surge a Escola da Exegese, pregadora de uma dogmática dedutiva calcada única e exclusivamente no direito posto. Tal escola jurídica identificava cegamente o Direito com a lei, de modo que o estudo daquele se daria a partir da análise técnica dos textos legislativos. Daí de se dizer que a “postura ultralegalista da *École de l’Exégèse* restringia toda a experiência jurídica ao exame literal da lei positiva, relegando a um automatismo a função judicial e definindo, de vez, a estatalidade do Direito”¹⁶, ou que “o que foi originalmente projetado como uma declaração estável do direito natural acabou eclipsando o direito natural”¹⁷.

Não é difícil compreender, então, por que o pensamento jurídico amplamente dominante no século XIX era formalista. Em meio a grandes codificações que, estabelecendo a clausura normativa, visavam à previsibilidade do Direito e ao controle sobre o juiz, o papel do jurista passou a ser de mero aplicador de uma lógica deôntica, partindo de premissas válidas colhidas do ordenamento estatal para, dedutivamente, chegar a uma única solução correta, em simples aplicação do método silogístico¹⁸.

Semelhante concepção de direito pressupõe um sistema normativo completo e consistente, em que sempre se possa encontrar uma e apenas uma resposta válida para qualquer problema formulado. Vale lembrar, a título ilustrativo, que a Escola da Exegese, ao interpretar a proibição de *non liquet* veiculada no artigo 4º do Código de Napoleão, expôs que o motivo de o juiz não poder se abster de julgar recaía no fato de o Código contemplar todas

de fazê-lo assim. Quando um homem quer satisfazer um capricho político... quando acha necessário conclamar a multidão a se juntar a ele... ele começa a falar em direitos. Eu tenho direito a isto e aquilo; vós todos tendes direito a isto e aquilo: ninguém, a não ser um tirano, pode se opor a nós. Dai-nos então nossos direitos. Os ditames da razão e da utilidade são o resultado das circunstâncias; é necessário gênio para identifica-las, vigor mental para pesá-las e paciência para investiga-las; a linguagem dos direitos naturais nada requer, exceto uma frente dura, um coração duro e um semblante insolente. É do princípio ao fim uma afirmação simplória; nada tem a ver com a razão, nem suporta que ela seja mencionada.”

¹⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 192-3.

¹⁷ KELLY, John M. *Uma breve história...*, cit., p. 412.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86-88.

as hipóteses possíveis da vida em sociedade (dogma da completude), dando a cada uma delas uma resposta correta.¹⁹

O contexto formalista do pensamento jurídico traz como consequência quase que inevitável uma teoria da interpretação de cunho cognitivista. Para que se possa sustentar a existência de uma única interpretação válida da lei, a interpretação é vista como uma atividade cognitiva, vale dizer, como o processo pelo qual se conhece o conteúdo de uma norma. Sendo tarefa cognitiva, todo o discurso interpretativo é descritivo, ao que se pode atribuir-lhe a qualidade de verdadeiro ou falso.²⁰

O cognitivismo interpretativo supõe, portanto, que as palavras carregam um único sentido, ou seja, um significado intrínseco, independente e mesmo prévio à interpretação, ou então que a autoridade normativa possui uma vontade unívoca e passível de conhecimento – a depender da preferência por uma interpretação literal ou por uma interpretação conforme a vontade do legislador.²¹ A síntese de Guastini é absolutamente precisa:

La teoria cognitivistica presuppone l'esistenza, in ogni testo normativo, di un senso univoco e suscettibile di conoscenza: il significato deve ritenersi incorporato ai testi normativi e precostituito all'interpretazione, la quale consiste appunto nel portarlo alla luce. Da questo punto di vista, ogni testo normativo è suscettibile di una, ed una sola, interpretazione vera (tutte le altre essendo false), ed ogni questione di diritto è suscettibile, per così dire, di una ed una sola "soluzione corretta".²²

O modo pelo qual o intérprete, e mais especificamente o juiz, traria à luz o significado intrínseco e pré-constituído da norma era através do silogismo judicial, sendo a tanto suficientes as regras da lógica formal. A sentença, no fundo, não passava de uma materialização da dedução da norma, em que serviam como premissa maior o dispositivo legal e premissa menor os fatos alegados e provados no processo.²³

Se pudéssemos resumir a teoria cognitivista da interpretação em uma frase, diríamos que “interpretar é averiguar (empiricamente) o significado objetivo dos textos normativos e/ou a intenção subjetiva de seus autores”²⁴. O intérprete executaria sempre uma atividade

¹⁹ *Ibidem*, p. 73-78.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 160-1.

²¹ *Ibidem*, p. 139.

²² Idem. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409-10. Tradução livre: (“A teoria cognitivista pressupõe a existência, em todo texto normativo, de um sentido unívoco e suscetível de conhecimento: o significado deve estar incorporado aos textos normativos e ser prévio à interpretação, a qual consiste apenas em trazê-lo à luz. Deste ponto de vista, todo texto normativo é suscetível de uma, e uma só, interpretação verdadeira (todas as outras sendo falsas), e toda questão de direito é suscetível, por assim dizer, de uma e uma só ‘solução correta’”). Doravante, todas as traduções seguirão a citação bibliográfica e serão postas entre parênteses e entre aspas para melhor visualização.

²³ VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 82

²⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 139.

descritiva, e nunca decisória e muito menos criativa quanto ao conteúdo das normas. Trata-se de uma teoria, pois, que confunde texto com norma, de modo plenamente compatível com o pensamento iluminista explicitado no ponto anterior, segundo o qual ao legislador cabe criar a norma, enquanto ao juiz cabe apenas declará-la, no exercício de um poder em verdade nulo²⁵.

2.3 CRÍTICA À TEORIA COGNITIVISTA DA INTERPRETAÇÃO

Muito embora seja tarefa difícil encontrar quem ainda hoje sustente expressamente uma teoria puramente cognitivista da interpretação, não são poucas as manifestações em nossa ordem jurídica que revelam seus pressupostos. À guisa de exemplo, podemos referir o artigo 126 (praticamente idêntico ao citado artigo 4º do Código de Napoleão) e o artigo 485, inciso V, em sua interpretação jurisprudencial dominante, ambos do Código de Processo Civil, além de todo o sistema recursal, quando manejado para o controle da correta aplicação da lei, e em especial aquela previsão do artigo 105, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal.²⁶

A despeito da larga influência que teve e ainda tem na cultura jurídica, a teoria cognitivista não é infensa a críticas. Uma delas relacionada ao fato de ser o Direito produto da cultura humana, e não algo disponível *in rerum natura*, não lhe servindo o método lógico formal, próprio das ciências da natureza, tão bem quanto a lógica material, impregnada de valores, considerações histórico-culturais e princípios gerais de justiça²⁷.

²⁵ Neste mesmo sentido, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 411-2, tratando do cognitivismo, cita P.-A. COTÉ, na seguinte passagem: “esta doutrina encontra seu fundamento principal em outras doutrinas, como aquela da soberania do Parlamento e da separação dos poderes. O juiz, intérprete último das leis, não é investido daquela legitimidade que as eleições democráticas conferem. Portanto, ele deve limitar-se a ser, segundo a expressão de Montesquieu, nada mais que ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’. A responsabilidade das escolhas de natureza política incumbe ao Parlamento [...]. Estes princípios postulam ainda que o significado das leis seja predeterminado pelo Parlamento, e que o intérprete seja politicamente passivo e submisso à vontade soberana de quem promana a lei”.

²⁶ “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito”.

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(*omissis*)

V – violar literal disposição de lei”.

“Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(*omissis*)

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”.

²⁷ Para um panorama geral da superação (no sentido de complementação, e não de exclusão) da lógica formal no decorrer do século XX, inclusive com anotações sobre a lógica do razoável de Recaséns Siches e a lógica material de Karl Engisch, além das importantes contribuições de Viehweg e Perelman no campo da tópica e da retórica, cf. PONTES, Kassius Diniz da Silva; PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar Mendes; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea: tópica e retórica no pensamento de*

Especificamente com relação à interpretação, opõe-se a observação – talvez trivial, mas de importantes consequências – de que o Direito é vertido em linguagem. E, justamente por isso, padece de uma indeterminação comum a qualquer linguagem: a equivocidade. Para além disso, fala-se também que os significados podem ser mais ou menos vagos, no sentido de que seus limites semânticos não são precisos: a essa indeterminação se dá o nome de vagueza.

Vejamos, então, como se coloca a dupla indeterminação do Direito.

2.3.1 Equivocidade dos textos

Qualquer texto, e assim também os enunciados jurídicos, sofre de equivocidade, no sentido de que admite uma pluralidade de significações, estando sempre sujeito a controvérsias interpretativas.²⁸ Essa qualidade não é, como se vê abaixo, uma descoberta contemporânea. Já Hobbes, e antes dele provavelmente muitos outros, diferenciava entre a letra e o significado da lei:

Quando por letra se entende tudo o que possa inferir-se das meras palavras, a distinção é correta. Porque a significação de quase todas as palavras, quer em si mesmas quer em seu uso metafórico, é ambígua, e na argumentação pode adquirir muitos sentidos (...)²⁹

A lição de Carlos Maximiliano bem expressa o que se entende por equivocidade:

A palavra, quer considerada isoladamente, quer em combinação com outra para formar a norma jurídica, ostenta apenas rigidez ilusória, exterior. É por sua natureza elástica e dúctil, varia de significação com o transcorrer do tempo e a marcha da civilização. Tem, por isso, a vantagem de traduzir as realidades jurídicas sucessivas. Possui, entretanto, os defeitos das suas qualidades; debaixo do invólucro fixo, inalterado, dissimula pensamentos diversos, infinitamente variegados e sem consistência real. Por fora, o dizer preciso; dentro, uma policromia de ideias.³⁰

Theodor Viehweg e Chaïm Perelman. São Paulo: Carthago Editorial, 2002, p. 36 e ss.

²⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 39.

²⁹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*, cit., p. 169. Essa percepção não chegava, contudo, a constituir um problema na doutrina do teórico da monarquia, pois que considerava haver um único significado para determinada lei, a saber, aquele querido ou imaginado pelo soberano. Por isso mesmo defendia que “a interpretação de todas as leis depende da autoridade soberana, e os intérpretes só podem ser aqueles que o soberano (...) venha a designar”, caso contrário estaria aberta a possibilidade de dar-se significado diverso da intenção do soberano, transformando-se o juiz em legislador (*Ibidem*, p. 167). Há de se dizer que, adotada a separação dos poderes e sendo os parlamentos de hoje compostos por uma pluralidade de representantes, com interesses distintos e inclusive contrapostos, a averiguação da vontade do soberano não se faz mais possível como imaginava Hobbes, e assim a equivocidade dos textos se coloca, de fato, como um problema à teoria cognitivista da interpretação.

³⁰ *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 16.

Alguns exemplos práticos de ambiguidade, complexidade, implicação e superabilidade podem esclarecer o ponto³¹:

Prescreve o artigo 475-J do Código de Processo Civil que, “caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de 15 (quinze) dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de 10% (dez por cento) (...)”. É possível interpretar o texto no sentido de que, passados quinze dias da intimação da sentença condenatória sem pagamento, sobre o montante devido incidirá a multa prevista. Mas é igualmente possível interpretá-lo, contudo, no sentido de que o prazo para pagamento começa a fluir apenas a partir intimação específica para o pagamento. Também a forma da intimação, se pessoal ou por nota de expediente, pode ser controvertida, como de fato o é em nossos tribunais. Pode-se dizer, assim, que o texto é ambíguo, na medida em que não se sabe, a princípio, se “D = N1 ou N2?”.

O artigo 422 do Código Civil dispõe que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Nesse exemplo, a palavra “boa-fé” pode ser interpretada de inúmeras formas. Ora, partindo-se da convenção de que se está a tratar de boa-fé objetiva, é possível reformular o dispositivo de maneira a exprimir uma variada gama de *standards* de conduta, como o *nemo potest venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio*, o *tu quoque*, o dever de informar e inúmeros outros. Tem-se, no caso, um exemplo de complexidade, em que um dispositivo dá lugar a diversas normas. Visualmente, teríamos que “D = N1 e N2 e N3...”.

Dispõe o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (...)”. Há um consenso em torno da interpretação segundo a qual esse dispositivo proíbe a prisão *ex lege*, dependendo esta sempre de ordem judicial devidamente motivada, exceto em caso de flagrante delito. A partir dessa interpretação, porém, é possível concluir que o legislador também não pode proibir a concessão de liberdade provisória (pois tal equivaleria a obrigar a decretação de prisão preventiva), caso em que o artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 seria inconstitucional, como de fato vem entendendo o Supremo Tribunal Federal. Trata-se, assim, de um nítido exemplo de implicação, graficamente representado por “D = N1 e N1 → N2”.

³¹ Os diferentes tipos de equivocidade aqui apresentados, bem como suas formulações em equações representativas dos enunciados interpretativos (em que D designa dispositivo e N designa norma), foram extraídos de GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 23 e ss.; Idem. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 39 e ss.; e ÁVILA, Humberto. *Função da ciência do direito tributário*, cit., p. 190-1. Os exemplos, embora inspirados nos referidos autores, são nossos.

Parece-nos um bom exemplo de superabilidade (*defeasibility* ou defectibilidade) a aplicação do princípio da insignificância em matéria penal. Dispõe o artigo 155 do Código Penal que, se alguém “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”, então deverá ser punido com pena de “reclusão, de um a quatro anos, e multa”. A consequência, contudo, deverá ser imposta em todo e qualquer caso? Tem-se entendido que a sanção penal só deve incidir quando houver lesão significativa ao bem jurídico tutelado. Assim é que a aplicação da norma é excepcionada quando o resultado provocado for insignificante. Em termos resumidos, temos que à superabilidade corresponde a fórmula “N = se A, então B, salvo se X”.

A equivocidade é, assim, uma característica de qualquer texto, e como tal produz consequências na atividade interpretativa. Resulta, como adverte Guastini³², não apenas de uma propriedade objetiva das palavras (intrinsecamente obscuras e ambíguas), mas principalmente de divergências subjetivas dos intérpretes, que possuem interesses conflitantes, sentimentos de justiça e métodos de interpretação diversos e são influenciados por distintas construções dogmáticas e preferências teóricas.

Ao contrário do que pressupõe a doutrina cognitivista, portanto, as palavras não são unívocas, isto é, não encerram um único e indiscutível significado, mas uma variada gama deles, determináveis apenas com a interpretação dos textos em abstrato. Antes disso, não se pode dizer quais normas pertencem a determinado sistema ou quais estão em vigor³³.

2.3.2 Vagueza dos predicados

Mesmo após a determinação dos significados de um dado texto legislativo, porém, subsiste a indeterminação do Direito. É que não se sabe, *a priori*, qual o âmbito de incidência de determinada norma, ou, em outras palavras, “quais hipóteses recaem em seu campo de aplicação”³⁴. Assim é que se diz que

Para aplicar bem uma norma jurídica, é insuficiente o esforço adstrito ao propósito de lhe conhecer o sentido objetivo, a significação verdadeira. Há casos em que esta se adota com a maior amplitude; outros, em que se exigem restrições cautelosas. A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar também o *alcance*, a

³² Teoria e ideologia da interpretação constitucional. *Interesse Público*, São Paulo, n. 40, p. 220, 2006.

³³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 39.

³⁴ Idem. Teoria e ideologia da interpretação constitucional, cit., p. 220.

extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato.³⁵

Há de se fazer a observação de que a lei, sendo geral, refere-se menos a indivíduos determinados (como “o senhor X”) do que a classes (como “domicílio”, “contrato” ou “tribunal”), referidas por Guastini como “predicados”³⁶. São justamente os termos que designam classes os que conferem maior indeterminação às normas. Um breve exemplo deve bastar para demonstrar tal propriedade:

O artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, dispõe que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador (...)”. Uma interpretação razoável desse dispositivo conduz à norma de que, se determinado lugar é uma casa, então este será inviolável sem o consentimento do seu morador. Ora, a residência de determinada pessoa é, certamente, sua casa, assim como o clube esportivo que frequenta aos fins de semana certamente não é. Mas e o que se dizer do seu local de trabalho, do seu escritório profissional?

Veja-se que mesmo a palavra “casa” é vaga e, portanto, dúbia quanto a quais hipóteses compõem a sua classe. Como esse poderíamos citar outros tantos casos em que determinados suportes fáticos certamente se enquadram no predicado, outros certamente não, e muitos deixam sérias dúvidas quanto a pertencer ou não à classe em questão. Quer isso dizer que os predicados são categorias linguísticas que se referem a objetos não determináveis *a priori*, de modo a deixar ao intérprete certa margem decisória quanto ao seu conteúdo.³⁷

³⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, cit., p. 16. De se notar que, muito embora reconheça a equívocidade dos textos e a vagueza das normas, o autor ainda não se desprende completamente da tradição cognitivista, revelada pelo uso de palavras como “o sentido objetivo” ou “descobrir”...

³⁶ *Interpretare e argomentare*, cit., p. 52-3. Guastini explica que entende classe por um “conjunto de entidades individuais que compartilham de um mesmo atributo ou de um mesmo conjunto de atributos”, cujo significado pode sempre ser analisado a partir do sentido (o que quer dizer?) e da referência (a que se refere?). Quanto mais preciso for o sentido do predicado, a menos objetos se referirá; quanto menos preciso, mais objetos poderão ser incluídos em seu âmbito de referência. Todos os predicados, contudo, possuem uma referência dúbia, e assim compartilham de maior ou menor vagueza (*Ibidem*, p. 53-4). Cf., em sentido análogo, valendo-se do conceito de “proposição universal” (mais ou menos equivalente a “predicado”), que pode ou não, a depender do caso, abranger determinado “exemplo concreto”, MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 52 e ss.

³⁷ Optamos, deliberadamente, por evitar as expressões “trama aberta”, “zonas claras”, “zonas escuras” e “zonas de penumbra”, todas relacionáveis ao tema da vagueza dos predicados, e por isso vale tecer aqui um breve comentário. H. L. A. Hart (em *The concept of law*), ao descrever as normas jurídicas como dotadas de uma trama aberta (*open texture*), assume a existência do problema da vagueza não para filiar-se a uma teoria cética, mas para defender a teoria cognitiva, ao menos nos casos incidentes na zona clara, quando o intérprete limitar-se-ia a descrever a norma. Hart propõe, então, uma teoria eclética (ou neocognitivista), situada entre a cognitivista e a cética, pois defende que o juiz exerce atividade descritiva em casos claros e decisória/discricionária em casos dúbios. Ocorre, contudo, que essa teoria “desconhece (...) a equívocidade da linguagem normativa, a pluralidade de métodos interpretativos, a influência da dogmática sobre a

Ao contrário do que pressupõe a teoria cognitivista, pois, o sistema jurídico não confere uma e apenas uma resposta correta a qualquer caso, sendo sempre necessária atividade interpretativa em concreto³⁸ para determinar se a hipótese em apreço é ou não regulada por determinada norma, havendo aí ao menos duas respostas possíveis. É fundamental perceber, portanto, que a interpretação enquanto atividade mental admite uma pluralidade de escolhas e igual diversidade de resultados, todos eles, ao menos em tese, possíveis.

O problema é consideravelmente aumentado à medida que passamos a nos utilizar de regras gerais, princípios e cláusulas abertas na argumentação em torno da interpretação realizada, isto é, na construção do discurso interpretativo,³⁹ tendência claramente verificável na jurisprudência mais recente.

Muitas outras críticas são lançadas à teoria cognitivista da interpretação.⁴⁰ Para o fim do presente estudo, porém, parecem suficientes os problemas trazidos à luz, bastantes a pôr em cheque a teoria cognitivista e abrir caminho a uma nova percepção da atividade interpretativa.

interpretação e o poder discricionário dos intérpretes que de tudo isso deriva” (GUASTINI, Riccardo. Teoria e ideologia da interpretação constitucional, cit., p. 224); isto é, ignora que antes de decidir o âmbito de aplicação de uma norma, o intérprete já teve de determinar o conteúdo dessa mesma norma, em atividade evidentemente decisória, dada a multiplicidade de significações possíveis. Por outro lado, o neocognitismo de Hart desconsidera que mesmo o fato de um caso cair ou não em uma zona clara ou de penumbra resulta de uma escolha discricionária do intérprete: “quem decide se um caso cai na ‘zona de luz’ ou na ‘zona de penumbra’? Quem traça a fronteira entre as duas áreas? Obviamente, os juízes. Os juízes, a saber, usam discricionariedade não só no decidir a solução de controvérsias que caem na ‘zona de penumbra’, mas também no decidir se uma controvérsia cai, ou não, na ‘zona de luz’. Em síntese, são fruto de decisões interpretativas as próprias fronteiras incertas entre ‘luz’ e ‘penumbra’; em outras palavras, a própria penumbra é o resultado da discricionariedade dos intérpretes” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 148-9).

³⁸ Observe-se que, para solucionar o problema da equivocidade dos textos, falamos em interpretação em abstrato; para resolver o problema da vagueza dos predicados, por outro lado, falamos em interpretação em concreto. A diferenciação é simples: interpretar em abstrato “consiste em identificar o conteúdo de sentido (...) expresso por, e/ou logicamente implícito em, um texto normativo (uma fonte do Direito) sem referência a alguma hipótese concreta”, enquanto interpretar em concreto “consiste em submeter uma hipótese concreta no campo de aplicação de uma norma previamente identificada ‘em abstrato’” (Idem. Teoria e ideologia da interpretação constitucional, cit., p. 218).

³⁹ Outra distinção se faz necessária. A palavra interpretação, no parágrafo antecedente, refere-se ao processo mental de atribuição de um significado a um texto; diz, portanto, com a atividade interpretativa. Já neste parágrafo, refere-se ao discurso argumentativo utilizado para justificar a interpretação realizada; diz, portanto, com o resultado da interpretação. Nesse sentido, v. Idem. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 13-15.

⁴⁰ Para um panorama mais completo das críticas, incluindo também os problemas da significação textual e da própria suscetibilidade de conhecimento, cf. ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário, cit., p. 181-204.

2.4 O CETICISMO MODERADO

Cientes dos problemas abordados acima, e derivadas fundamentalmente do realismo jurídico norte-americano da primeira metade do século XX⁴¹, diversas correntes jurídicas adotaram uma postura cética com relação à interpretação, reconhecendo esta não como atividade de descrição, mas de valoração e decisão em torno do significado dos textos e do âmbito de aplicação das normas. A interpretação passa a ser vista não como um ato de conhecimento da norma, mas de escolha de um significado e decisão pela sua aplicabilidade a determinado caso; trata-se, assim, de um ato de vontade.

É possível distinguir, dentre as teorias céticas da interpretação, duas variantes de relevo, designadas por ceticismo radical e ceticismo moderado. Ambas têm em comum o fato de rechaçarem a visão cognitivista da interpretação e a limitação descritiva do intérprete. O ponto de separação entre as duas está na liberdade que reconhecem ao intérprete na solução da equivocidade dos textos legislativos.⁴²

Para a vertente radical, da característica equívoca dos textos resulta que as palavras não carregam, antes da interpretação, nenhum significado. Dessa forma, o intérprete seria inteiramente livre para lhes atribuir, segundo sua vontade, qualquer significado. As leis, aqui, são vistas não como parte integrante do Direito, mas apenas como fontes deste: o Direito só existe enquanto fruto da interpretação judicial. Pode ser considerado como representante desse pensamento Giovanni Tarello (*L'interpretazione della legge*).

Já para a variante moderada, a equivocidade dos textos implica que as palavras admitem múltiplos significados, sendo o intérprete livre para escolher dentre as possibilidades que se lhe apresentam. As leis, nada obstante também sejam vistas como fonte do Direito, determinam certa limitação semântica, da qual, em tese, não pode o intérprete se afastar.⁴³ O sentido que venha então a ser fixado não pode ser considerado válido ou inválido, mas possível. São representantes desse pensamento Riccardo Guastini (*Dalle fonti alle norme; Interpretare e argomentare*) e mesmo Hans Kelsen (*Reine Rechtslehre*), quando aborda a

⁴¹ A relação entre as teorias céticas e o realismo jurídico norte-americano é expressamente apontada em GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 141; Idem. *Teoria e ideologia da interpretação constitucional*, cit., p. 224; e Idem. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 412. Há de se notar, contudo, que a postura cética não é exclusividade das correntes “antiformalistas”, estando presente, embora mais restrita à “interpretação resultado”, também na ideia de interpretação autêntica de Kelsen (*Teoria pura do direito*).

⁴² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 412 e ss.

⁴³ A imagem kelseniana da moldura que é preenchida pelo intérprete serve bem à distinção entre as teorias céticas radical e moderada. Para a radical, é irrelevante o local que é preenchido pelo intérprete, se dentro ou fora da moldura, pois esta sequer existe. Para a moderada, só há interpretação quando a atividade se encerra na moldura; fora dela há atividade de criação de Direito. Nesse sentido, *Ibidem*, p. 59 e ss.

interpretação autêntica como o preenchimento, pelo aplicador do Direito, de uma moldura dada por normas superiores.

Ora, parece correto entender que as palavras, embora equívocas, admitam um número limitado de significações. Se alguém disser que o céu é azul, é possível levantar controvérsia quanto à tonalidade desse azul (se mais claro ou mais escuro); seria de todo desarrazoado, contudo, que se pretendesse atribuir à palavra azul a tonalidade do vermelho. Quer isso dizer que o intérprete, embora deva escolher um significado, vê-se preso aos limites objetivos da linguagem, na medida em que há um consenso social em torno das suas possíveis significações, e qualquer tentativa de argumentar a favor de uma interpretação dificilmente aceita segundo padrões de racionalidade acolhidos em um dado ambiente cultural torna-se altamente improvável.⁴⁴ Por isso preferimos a vertente moderada à radical.

Assim, a teoria cética moderada descreve a interpretação em abstrato como atividade de conhecimento – na medida em que se procura averiguar as possíveis significações de um texto – e também de decisão – já que se faz necessário escolher uma dentre essas significações. Isto é, “na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas”⁴⁵. Interpretar é não só descrever, mas adscrever significados.⁴⁶

Mas não é só. A teoria cética percebe que há espaço de escolha tanto na interpretação em abstrato quanto na interpretação em concreto. É dizer, o intérprete decide não apenas ao fixar um significado para determinado texto como também ao dizer se a norma se aplica ou não a determinado caso. Da dupla indeterminação do Direito resulta que o processo de interpretação é duplamente decisório.

A constatação acima abre espaço para que se perceba que a apresentação do significado (da norma) conferido ao texto (ao dispositivo) pelo intérprete, e mais especificamente pelo juiz, é estruturada com argumentos tendentes a justificar determinadas escolhas em detrimento de outras e, assim, a buscar a aceitabilidade da conclusão oferecida. Isso não significa o abandono do silogismo judicial, uma vez que ferramenta útil à organização do pensamento⁴⁷, mas importa maior abertura a outras formas lógicas, capazes de

⁴⁴ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*, cit., p. 141-2.

⁴⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 394.

⁴⁶ ÁVILA, Humberto. *Função da ciência do direito tributário*, cit., p. 184.

⁴⁷ MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*, cit., p. 43 e ss.

lidar não com premissas verdadeiras ou falsas, mas com premissas possíveis, no exercício de um raciocínio muito mais dialético do que analítico.⁴⁸

É necessário ter presente que o ceticismo moderado distingue, corretamente, entre texto e norma. Textos legislativos são dispositivos do discurso das fontes do Direito, constituem objeto da interpretação. Normas, por outro lado, são enunciados do discurso interpretativo, constituem fruto da interpretação. Quer isso dizer que não existem normas previamente à interpretação, nem há correspondência biunívoca entre texto e norma, no sentido de que nem todo dispositivo interpretado resulta em uma norma, e nem toda norma pode ser remetida a um dispositivo ou a um só dispositivo.⁴⁹

A conclusão a que somos levados é que o intérprete, partindo de um ou mais dispositivos, e conhecendo diversos significados a eles atribuíveis, reconstrói o sentido do texto, em um processo do qual resulta a norma. É importante perceber que “*interpretar é construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.⁵⁰

Com essas considerações, torna-se insustentável a crença iluminista do Poder Judiciário como um poder nulo, bem como aquela rígida separação entre criação e declaração de normas. Em verdade, legislador e juiz colaboram na construção do Direito; ambos exercem parcelas importantes e complementares de poder criativo.⁵¹

Dito isso, a questão que se coloca no presente estudo é a seguinte: se tanto o Legislativo quanto o Judiciário participam da criação do Direito, não teria este um *déficit* de legitimidade democrática em relação àquele? Parece-nos que sim, afinal os juízes não são representantes do povo, e a vitaliciedade dos seus cargos é muito mais propícia ao que Raymon Aron denominou *conquista do poder* do que propriamente ao seu *exercício*.⁵² Deveríamos então suprir este *déficit* com eleições para o Judiciário? Embora possível, esta não nos parece a melhor solução ao problema. Em primeiro lugar, o engajamento eleitoral dos juízes e a busca por reeleição faria com que tivessem de elaborar um plano político e

⁴⁸ PONTES, Kassius Diniz da Silva; PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar Mendes; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea*, cit., p. 140 e ss.

⁴⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 63 e ss.

⁵⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 33-4, grifado no original.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 62.

⁵² *Democracia e totalitarismo*. Trad. Frederico Montenegro. Lisboa: Editorial Presença, 1966, p. 78-9.

efetivamente cumpri-lo, quebrando a desejada imparcialidade.⁵³ Ademais, é forçoso reconhecer que, embora compartilhem de poder criativo, legislador possui liberdade consideravelmente maior do que juiz, na medida em que se vê adstrito apenas à Constituição, enquanto este também à lei (quer dizer, à vasta, mas de todo modo limitada, gama de significações atribuíveis à lei), de modo que não necessitam da mesma intensidade de legitimação democrática.

Propomos, em vez disso, buscar a legitimação das decisões judiciais no âmbito do próprio processo, pois que constitui o instrumento de exercício do poder jurisdicional. A tanto, faz-se necessário sejam revistas, com base nos modelos teóricos da interpretação apresentados, as funções do direito ao contraditório e do dever de motivação, matéria tratada nos próximos capítulos.

⁵³ KERN, Christoph. *Cortes supremas e precedentes*. 2013. Aula aberta ministrada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 29 de outubro de 2013.

3 O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO MODELO DO COGNITIVISMO INTERPRETATIVO

No campo do processo civil, a doutrina que compôs a fase metodológica do processualismo (a partir de meados do século XIX até meados do século XX) foi preponderantemente influenciada por concepções cognitivistas da interpretação, e foi a partir delas que formulou os conceitos básicos do processo como ramo autônomo do direito. As linhas mestras então desenhadas ainda marcam fortemente a noção que hoje se tem de processo, sendo essencial a análise de alguns autores sobrejacentes para que se tenha notícia do que para eles representavam o contraditório e a motivação.

3.1 A INTERPRETAÇÃO NO MARCO DO PROCESSUALISMO

A obra de Adolf Wach (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, 1885) exerceu reconhecida influência sobre o pensamento jurídico italiano, tradição largamente herdada pelo ordenamento brasileiro. Em seu manual, fica bastante nítida a ideia de interpretação como ato de conhecimento da *vontade da lei*, destinado ao seu esclarecimento, jamais à sua criação.¹ Wach partiu do pressuposto de que a lei encartava uma – e uma só – *essência racional*, desvendável pela razão lógico-dedutiva. Mesmo percebendo que as palavras poderiam ter mais de um sentido segundo o uso comum, considerava que apenas um destes seria conforme à vontade da lei, sendo tarefa do intérprete declará-lo.²

Assim é que o processualista alemão pontuou serem inconfundíveis lei e sentença, cabendo a esta o ato de mera aplicação daquela,³ o que bem exprimiu na seguinte passagem:

El tribunal es la boca de la ley y no una “boquilla” para filtrarla; la voluntad formulada en abstracto cobra expresión concreta en la sentencia. Su contenido debe ser, por consiguiente, expresión de voluntad, de la voluntad de la ley.⁴

Também Chiovenda adotou tal noção de vontade da lei, inclusive apontando a sua atuação concreta como o escopo último do processo. A pressuposição de uma teoria

¹ *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 354 e ss., v. I.

² *Ibidem*, p. 371 e ss.

³ “En el orden ideal, la sentencia tiene y siempre tuvo en mira solamente la aplicación, no la creación, y siempre tomó su fuerza y legitimación solamente de esa finalidad que le estaba asignada” (*Ibidem*, p. 26-7, nota de rodapé nº 7).

⁴ *Ibidem*, p. 29. (“O tribunal é a boca da lei, e não um ‘bocal’ para filtrá-la; a vontade formulada em abstrato cobra expressão concreta na sentença. O seu conteúdo deve ser, conseqüentemente, expressão de vontade, da vontade da lei”).

cognitivista da interpretação faz-se ainda mais clara quando o fundador da nova escola processual italiana afirma ser certo que

em conformidade com o nosso direito, o juiz *atua*, em todos os casos, vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei *concretizada* antes do processo.

Sem dúvida, a *atuação* da vontade da lei exige um trabalho, aliás difícil, de investigação dessa vontade, o qual se denomina *interpretação*. Cabe ao juiz (...) fixar o verdadeiro *pensamento* da lei.⁵

Para que se tenha outra evidência do domínio que o pensamento cognitivista exerceu sobre a processualística, basta ver a divisão de tarefas que Calamandrei assinalava existir entre legislador e juiz em um sistema calcado no princípio da legalidade. Tal separação afastava do juiz os fatores políticos de valoração do direito, ao que lhe cumpria aplicar as leis tal como eram, em atividade que, “longe de criar o direito”, apenas colocaria “em evidência aquele direito que existia já potencialmente na norma formulada pelo legislador”.⁶

Percebe-se, portanto, que era ponto comum entre os citados autores a limitação da atividade jurisdicional à aplicação da lei, entendida no sentido de declaração, em concreto, da sua vontade abstratamente formulada e correspondente a uma mera individualização do mandato legal, sem qualquer possibilidade de inovação.⁷ Surgem, nesse contexto, diversas menções à necessária *fidelidade do juiz à lei*,⁸ em espírito visivelmente relacionado com o ideal iluminista de erradicação do arbítrio por meio da supremacia do Legislativo. Daí que se pode remontar, em grande parte, a doutrina que compôs a processualística ao modelo cognitivista da interpretação.

⁵ *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 42, v. I, grifos no original.

⁶ *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 98 e ss. e 164, v. I.

⁷ Sobre como tanto a teoria da jurisdição de Chiovenda como as de Calamandrei e de Carnelutti, apesar de distintas por filiarem-se a primeira à teoria dualista e as últimas à teoria unitária do ordenamento jurídico, pressupunham a mesma vinculação do juiz à lei e a limitação declaratória do intérprete, conferir MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34-41 (Curso de processo civil; v. I).

⁸ “(...) a regra fundamental é que o juiz deve ser o servidor da lei e seu intérprete fiel, em conformidade com a tradição romana: ‘*magistratum legem esse loquentem*’”. CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 101, v. I.

3.2 CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO, ÂMBITO E FUNÇÃO

3.2.1 Conteúdo

Em tal contexto, não espanta encontrar descrições do direito ao contraditório com conteúdo, âmbito e função limitados. Na realidade, é mesmo difícil que se tenha, no marco do processualismo, estudos focados em “princípios” processuais. A preocupação maior dos autores da época era em esculpir conceitos fundamentais como ação, jurisdição e processo, e não propriamente perquirir sobre os conteúdos mínimos de um processo justo, problema que se coloca no horizonte da doutrina contemporânea.

Forte indicativo disso é o fato de, a não ser por uma ou outra menção passageira, Chiovenda abordar o tema do contraditório apenas ao tratar da constituição da demanda, conferindo ao assunto pouco mais de algumas linhas vagas em suas *Istituzioni*: “Normalmente não se pode dispor sobre uma demanda sem ouvir ou citar devidamente a parte contra a qual se propôs (princípio do contraditório: *audiatur et altera pars*, Cód, Proc. Civil, art. 38).”⁹

Da leitura dos autores do processualismo, fica claro que o momento fundamental do contraditório é aquele que se segue à propositura da demanda pelo autor, ou seja, a informação do seu conteúdo ao réu, a fim de franquear-lhe oportunidade de defesa. No mais, como um reflexo desse momento inicial, diz-se que a oitiva de ambas as partes deve ser respeitada “não somente quanto ao princípio do processo, senão também quanto a seu desenvolvimento”, sempre que à decisão da causa se fizerem necessários atos intermediários.¹⁰

Impende observar, como o faz Nicola Picardi, que a importância formal então dada ao contraditório resulta já do movimento de passagem, entre os séculos XVII e XVIII, do *iudicium* ao *processus*, momento em que o juízo enquanto *actum trium personarum* orientado problemáticamente à construção da solução do conflito cede lugar à mecanização do procedimento.¹¹ Somado ao quadro a efervescência do espírito positivista do final do século XIX, tornou-se mesmo “inevitável que o contraditório, pouco a pouco, viesse rebaixado ao

⁹ *Instituições...*, cit., p. 293, v. II.

¹⁰ CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*, cit., p. 269, v. I. Não é demais lembrar que aqui subjaz fortemente o conceito de relação processual, no qual o processo é visto como um complexo de direitos e deveres assumidos principalmente pelas partes, que, manifestando aspirações antagônicas, realizam ataques e contra-ataques de modo a preparar o pronunciamento judicial. Cf. CHIOVENDA. *Op. cit.*, p. 55 e ss., v. I.

¹¹ *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 130 e ss.

papel de categoria secundária, até perder qualquer ligação com a essência do fenômeno processual.”¹²

Como vimos no capítulo anterior, o pensamento cognitivista acaba por situar o direito no campo da razão teórica, assemelhando-lhe a um objeto de estudo científico individual, bem ao sabor da metodologia das ciências naturais. E, se era função do processo atuar a vontade concreta da lei, seu protagonista só poderia ser o juiz, quem ao fim declararia o comando abstratamente dado pelo legislador. Assim é que, concomitantemente à redução da importância do diálogo (e, pois, da atuação das partes no processo), a doutrina alude à figura do juiz como “sujeito *superpartes*”, condutor de um processo de cunho assimétrico.¹³

Nesta senda, pode-se dizer que o juiz é excluído do debate processual; em verdade, o magistrado vai colocado acima do diálogo, vendo-se comprometido tão somente com a observância da lei, por ele conhecida a partir da razão, em atividade solitária. O contraditório é visto, então, como algo tocante apenas às partes, que vai plenamente observado com a informação dos atos processuais e a respectiva possibilidade de reagir.¹⁴

3.2.2 Âmbito

Já o âmbito de discussão então assegurado pelo contraditório guardava estreita relação com a distribuição dos poderes dos sujeitos processuais, sobretudo no que tange à formação do conteúdo da causa. Nesse sentido, interessa notar que a processualística traduz o princípio da demanda como a exigência de iniciativa das partes para o aporte dos fatos jurídicos ao processo; isto é, como um princípio que impede o juiz de pronunciar-se de ofício sobre fatos jurídicos não suscitados oportunamente pelas partes.

Diferente é a visão a respeito das normas aplicáveis a tais fatos. No âmbito do direito, não dispõem as partes de tal poder de limitação, podendo o juiz manifestar-se sob o ângulo jurídico independentemente de expressa menção ou requerimento, encontrando limites apenas no princípio da congruência entre sentença e pedido.¹⁵

É dizer, afora as partes e o pedido – cuja indicação toca indiscutivelmente ao autor –, o terceiro elemento identificador da ação via-se de certa forma cingido quanto à observância do

¹² PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*, cit., p. 137-138.

¹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 83-90.

¹⁴ Relativamente à limitação do contraditório a uma “simples audiência bilateral”, ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 74, p. 105-106, 1998.

¹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, cit., p. 343-344, v. II.

princípio da demanda. Enquanto a invocação expressa da causa de pedir remota fazia-se necessária, a declaração da causa de pedir próxima era irrelevante. Assim era a doutrina de Chiovenda:

A declaração de querer atuada uma vontade *concreta* de lei compreende a designação do bem a que se aspira e das razões pelas quais se pretende tal bem garantido pela lei (*petitum e causa petendi*, supra, ns. 110 e 111). A esta exposição apenas é essencial a indicação do fato jurídico. Costuma ser implícita à demanda a indicação da norma abstrata que se afirma aplicável no caso concreto, e não é *necessário* que seja *expressa*, porque o juiz conhece o direito (*iura novit curia; narra mihi factum, narro tibi ius*).¹⁶

Nesse aspecto, as lições de Carnelutti – embora já mais preocupadas com o tema – também deixam transparecer a limitação do contraditório ao âmbito dos fatos, em correspondência a uma idêntica limitação no campo da ação. Para o autor, o contraditório exprime a bilateralidade da ação, e esta, a atividade das partes voltada a familiarizar o juiz com a lide, informando-o dos fatos que a compunham a fim de prepará-lo para a decisão.¹⁷ Ora, se a atividade das partes em contraditório restringia-se ao material fático do processo, dava-se a independência do juiz com relação ao material jurídico a ser aplicado, ideia que se apresenta já na separação entre fase de investigação (*fase di ricerca*), a cargo das partes (*organo di ricerca*), e fase de julgamento (*fase di giudizio*), a cargo do juiz (*organo di giudizio*).¹⁸

Percebe-se, no processualismo, uma nítida distinção entre a matéria fática e a matéria jurídica posta em juízo, distribuídas entre os sujeitos processuais no que tange à formação do objeto do processo. Às partes cumpriria aportar os fatos; ao juiz, declarar o direito. Tal cisão levou a que se limitasse o contraditório, enquanto instituto concernente às partes, ao âmbito dos fatos, sendo de todo irrelevante à aplicação do direito. Justifica-se, nesse contexto, dizer que “il contraddittorio è uno strumento utile del processo quando vi sono ragioni per contraddire; se non ve ne sono, è un ingombro”¹⁹, ou ainda que “a falta efetiva de

¹⁶ *Instituições...*, cit., p. 299, v. II, grifos no original. A menção ao brocardo *iura novit curia*, nesse caso, parece não apenas referir-se à tese segundo a qual as normas jurídicas não necessitam de prova, mas também – sobretudo por vir acompanhada da expressão *narra mihi factum, narro tibi ius* – à ideia de monopólio judicial da aplicação do direito. Nesse sentido, referindo que a valorização máxima dos brocardos se dá no processo assimétrico da Idade Moderna, MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 90. Sobre o tema, ainda, vale a pena rever a conferência de BAUR, Fritz. Da importância da dicção “*iura novit curia*”. Trad. Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, p. 169-177, 1976.

¹⁷ *Lezioni di diritto processuale civile*. Ristampa. Padova: CEDAM, 1933, p. 149-155, v. II.

¹⁸ *Ibidem*, p. 150, v. II.

¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni...*, cit., p. 171, v. II. (“O contraditório é um instrumento útil do processo quando há razões para contradizer; não as havendo, é um obstáculo”).

contraditório não se coloca em contraste lógico com o fim do processo, porque a atuação da lei, através de uma decisão justa, pode ser obtida também sem a cooperação das partes”.²⁰

3.2.3 Função

Das limitações de conteúdo e âmbito acima expostas resulta que o contraditório exercia funções – importantíssimas, é verdade, mas – igualmente limitadas. Duas delas fazem-se salientes: a garantia do direito de defesa e a promoção da igualdade entre as partes. Como consequência dessas, pode-se mencionar ainda uma função de garantia da imparcialidade do juiz.

Que o contraditório serve à garantia do direito de defesa é afirmação que nos parece inconteste. Decorre de simples raciocínio lógico que alguém, para defender-se em um processo, deva primeiro ter ciência da demanda (“non si può contraddire da chi non sappia ciò che sia stato detto”²¹). De resto, a informação dos atos processuais a ambas as partes, a fim de possibilitar-lhes a reação, faz com que tenham iguais oportunidades de manifestação nos autos, evitando vantagens indevidas e promovendo uma igualdade formal.²²

A audiência bilateral, ademais, é tanto dever do juiz imparcial – que não favorece a um ou a outro²³ – como instrumento de neutralização da periculosidade inerente à parcialidade do autor e do réu. Em outras palavras: o necessário desinteresse do julgador na lide determina que ouça as duas versões dos fatos; a contraposição dessas duas versões necessariamente interessadas na lide faz com que se diminua o perigo de manipulações da verdade.²⁴

²⁰ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile*. Roma, 1936, p. 89, *apud* PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*, cit., p. 140.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni...*, cit., p. 156. (“Não pode contradizer quem não saiba o que foi dito”).

²² Relacionando o contraditório com o princípio da igualdade, ver CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, cit., p. 100, v. I. Mais recentemente, entendendo o contraditório como decorrência do princípio da igualdade – e a tal se limitando –, ver SANTOS, Ernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil: processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39-40, v. I, e GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo e auxiliares da justiça*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66-69, v. I. Também vinculando o contraditório à igualdade, mas ressaltando a necessidade de igualdade material, e não apenas formal, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 70-71, v. I.

²³ Algo nesse sentido, RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º do art. 273 do CPC. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 116, p. 130-134, 2009.

²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, p. 151 e 155-156. É notável, na sua lição, a desconfiança com que são vistas as partes, sobretudo nas seguintes passagens: “[La parte] è naturalmente tratta a nascondere i fatti, che le possano essere sfavorevoli, o ad inventare fatti che le possano giovare; insomma a nascondere la verità.”. E “La parte è, come dissi, l’organo più pronto, e vorrei aggiungere, più immediato per la trasmissione del fatto al giudice: questo è il rendimento. Ma è anche l’organo più periculoso: questo è il costo. Il pericolo non si elide se non ed mezzo del contraddittorio, il quale depura la azione de ciascuna parte dal troppo e dal vano, permettendo al giudice discernere gli elementi utili dagli elementi inutili o dannosi nel coacervo di materiali, che ciascuna parte gli presenta.” (*Ibidem*, p. 154 e 155-156).

No que toca ao direito aplicável aos fatos investigados, contudo, observa-se um completo esvaziamento da função dialética do contraditório.²⁵ E não seria diferente, pois, se na teoria cognitivista o direito é um só e conhecível pelo juiz com o simples emprego da lógica formal, a sua descoberta prescinde da contraposição de teses – prescinde, no fundo, de qualquer diálogo.

3.3 MOTIVAÇÃO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E FUNÇÃO

3.3.1 Estrutura

Também no campo da motivação da sentença repercute a teoria cognitivista da interpretação. Como bem destaca Michele Taruffo, uma vez que o direito codificado era pensado como um sistema de normas completo e unitário, de ordem dedutiva, e já que a decisão judicial era vista como mera consequência lógica desse sistema, a concepção de sentença era inevitavelmente aquela de ato de aplicação dedutiva da única solução válida para o caso concreto a partir de uma norma geral do ordenamento.²⁶ A noção que se tinha de que o juiz – neutro, porque imparcial, e passivo, porque simples “boca da lei”²⁷ – encontraria descritivamente uma norma correta para cada caso concreto determinou que a motivação das decisões fosse vista sob um ângulo estritamente lógico-dedutivo, a partir de estruturas silogísticas.

In effetti, la dottrina del silogismo giudiziale, piú che descrivere il giudizio, costruisce un modello astratto e ideale di giudizio: viene prospettata una situazione in cui la norma è un dato preesistente, in un ordinamento positivo completo e sistematizzato, la cui interpretazione in vista dell'applicazione al caso concreto consiste in un'attività essenzialmente conoscitiva a carattere sistematico. Si pressupone inoltre che un'attività di questo genere sia in ogni caso necessaria e sufficiente, senza che debbano intervenire operazioni ed apprezzamenti non riducibili entro il modulo del polisilogismo.²⁸

Esse é, precisamente, o desenho fornecido por Calamandrei ao tratar da gênese lógica da sentença, e bem serve a exemplificar a estrutura da motivação no modelo do cognitivismo.

²⁵ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*, cit., p. 135 e ss.

²⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 133.

²⁷ *Ibidem*, p. 165-166.

²⁸ *Ibidem*, p. 163-164. (“Com efeito, a doutrina do silogismo judicial, mais que descrever o juízo, constrói um modelo abstrato e ideal do juízo: vem apresentada uma situação em que a norma é um dado preexistente, em um ordenamento positivo completo e sistematizado, cuja interpretação em vista da aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognoscitiva de caráter sistemático. Pressupõe-se também que uma atividade deste gênero seja em todo caso necessária e suficiente, sem que devam intervir operações e valorações não redutíveis ao modelo do polisilogismo.”).

Muito embora atente para a incompletude do esquema silogístico simples como fórmula capaz de descrever a formação do juízo, o autor, antes de se afastar da estruturação lógico-dedutiva, reforça-a ao propor que cada premissa exposta na sentença corresponda à conclusão de outros silogismos menores.²⁹ Assim, tirante algum acréscimo de complexidade, a decisão judicial é estruturada a partir (i) de uma premissa maior, na qual o juiz declara o conteúdo da norma aplicável ao caso, (ii) de uma premissa menor, na qual o juiz expõe os fatos verificados no processo e a sua qualificação jurídica, e (iii) de uma conclusão, simples resultado da combinação das premissas, que transporia de forma imperativa o efeito jurídico abstratamente previsto na norma ao caso concreto.³⁰

Ressalta da leitura de Calamandrei a pouca importância conferida à formulação da premissa maior pelo juiz, quando comparada àquela dedicada à formulação da premissa menor. Em verdade, a enunciação da norma aplicável parece ser simples decorrência da verificação e da qualificação jurídica dos fatos, constituindo tarefa para a qual o juiz se vê livre de qualquer necessidade de iniciativa ou de qualquer limitação pelas partes, porque *iura novit curia*.³¹

Ainda, observa-se que o autor apresenta a aplicação do direito ao caso concreto como uma operação lógica de comparação entre o fato verificado no processo e os diversos suportes fáticos contidos nas normas do ordenamento jurídico, em busca de identificação entre eles,³² atividade que em muito se assemelharia à montagem de um quebra-cabeça – na qual, de posse de uma determinada peça (fato verificado), o sujeito passa a buscar dentre as demais (suportes fáticos) aquela que oferece perfeito encaixe. Uma vez atingida a identidade entre fato verificado e suporte fático, “la norma, per così dire, si applica da sè”.³³

²⁹ CALAMANDREI, Piero. La genesi logica dela sentenza civile (1914). In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p. 14-15, v. I. É bem de ver que o fato de serem acrescidos ao silogismo final diversos silogismos instrumentais, cujas conclusões lhe servem de premissas, não desvirtua a estruturação lógica-formal da sentença, pois mantém como característica fundamental a mesma dedução silogística. Trata-se, apenas, de dilatar o modelo do silogismo para o do polissilogismo, como adverte TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 150-151.

³⁰ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 50 e ss. Também apresentando a sentença como um silogismo, conferir, entre outros tantos, o manual do magistrado gaúcho CORRÊA, Orlando de Assis. *Sentença cível: elaboração e nulidades*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985, p. 55 e ss.

³¹ CALAMANDREI, Piero. *Op. cit.*, p. 52, em especial nota de rodapé n. 107.

³² *Ibidem*, p. 31 e ss.

³³ *Ibidem*, p. 35. (“A norma, por assim dizer, aplica-se por si”). Seria injusto, nesse ponto, não acenar para o fato de que Calamandrei aventou hipóteses em que a norma a ser aplicada designasse o suporte fático com palavras indeterminadas ou mesmo relegasse à equidade do juiz a aplicação da consequência jurídica. Em todos estes, porém, a discricionariedade ou a “função legislativa” vão contemporizadas, ressaíndo as afirmações de que a interpretação não passa de uma atividade declarativa e que a margem de discricionariedade existente em determinados casos só é permitida por expressa previsão legal. Cf. *Ibidem*, p. 35-40 e 46-50.

Assim vistas as coisas, o pronunciamento judicial constitui verdadeiro monólogo, por meio do qual o juiz demonstra a correção lógica da solução dada à demanda, em nada problematizado quanto à definição do conteúdo das normas aplicadas, que são apresentadas como simples descrição objetiva do ordenamento jurídico.

3.3.2 Extensão

É possível notar, a partir da estruturação puramente lógico-dedutiva da sentença, que a doutrina silogística não diferencia entre o raciocínio judicial decisório e o discurso justificativo de tal raciocínio; isto é, confunde o esquema mental pelo qual o juiz chega à decisão e o modo como, posteriormente, expõe a conclusão alcançada.³⁴ Dessa forma, a motivação resume-se à demonstração do raciocínio lógico-dedutivo que levou à decisão, à explicitação do ato mental de aplicação de uma norma geral ao caso concreto.

Coerentemente com a ausência de qualquer função dialética do contraditório no que tange à formulação do direito, uma visão cognitivista implica que a motivação da decisão, para ser completa, deva apresentar os fatos que compõem a lide, a norma aplicável ao caso e a respectiva aplicação em concreto de forma consistente e logicamente válida, ou seja, sem incorrer em contradições internas. Vale dizer, o juiz teria o dever de demonstrar o seu convencimento com relação ao material fático-probatório do processo – esse aportado pelas partes – e a correção lógica na aplicação do direito – esse extraído do sistema jurídico por meio da sua razão, independentemente do debate travado no transcurso do processo.

Não por menos Chiovenda afirmava que, dentre os três componentes da decisão (determinação ou escolha dos fatos a julgar, verificação de tais fatos e determinação e verificação das normas a aplicar), o juiz via-se inteiramente livre quanto ao fundamento jurídico da sentença:

[c]om respeito a esta última operação [de determinação e verificação das normas a aplicar], não tem limites a atividade do juiz (*iura novit curia*); e, como já se observou, não lhe é necessária qualquer demanda especial da parte, nem o acordo das partes tem a virtude de cortá-la. É antes dever do juiz examinar de ofício a demanda sob qualquer aspecto jurídico possível (*narra mihi factum, dabo tibi ius*). Considera-se, portanto, sem discussão, que o juiz pode “no campo do puro direito” suprir as partes.³⁵

A extensão da motivação vai, pois, medida por critérios internos de suficiência. Assim, para que se tenha uma decisão suficientemente motivada, basta que o juiz exponha por que o

³⁴ TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 144-145 e 156.

³⁵ *Instituições...*, cit., p. 344-345, v. II.

pedido da parte é provido ou desprovido e que fundamente o resultado na norma correta para o caso, sendo de todo irrelevante que tal ângulo jurídico tenha sido aventado pelas partes. A definição do conteúdo da norma, ademais, não se mostra problemática a ponto de exigir justificação específica, uma vez que não se reconhece qualquer espaço de liberdade criativa ao juiz, simples boneco de um legislador ventríloquo.

Em suma, segundo a visão aqui exposta, é suficiente a motivação que exterioriza com clareza o *iter* lógico-jurídico mentalmente percorrido pelo juiz até a decisão da causa.³⁶ O critério de completude é, portanto, unicamente intrínseco, desvinculado do debate processual animado pelo contraditório.³⁷

3.3.3 Função

A concepção de motivação como exposição do silogismo judicial entrega-lhe função basicamente aclaratória. Em um primeiro momento, a explicitação dos fundamentos da decisão serve às partes, para que compreendam o sentido e o alcance da sentença – e, pois, da coisa julgada³⁸ – e para que contra ela possam se insurgir. Com efeito, embora a parte prejudicada mostre-se descontente, no fundo, já com o resultado da decisão, a declinação das razões desta cumpre função de racionalização do procedimento recursal, na medida em que orienta a irresignação do recorrente e evita, assim, a rediscussão ilimitada da matéria.³⁹

A motivação serve, ainda, ao juízo da impugnação, uma vez que facilita tanto o entendimento das razões que levaram o magistrado sentenciante a determinada conclusão quanto o controle da sua correção.⁴⁰ Tal controle, contudo, há de ser visto a partir de bases

³⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 417.

³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 139.

³⁸ Essa função vai reconhecida, por exemplo, no artigo 469, inciso I, do nosso Código de Processo Civil, ao dispor que os motivos, embora não façam coisa julgada, são importantes “para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”.

³⁹ Nesse sentido, vale lembrar a interpretação dada, por exemplo, ao artigo 514, inciso II, do nosso Código de Processo Civil, que imporia ao recorrente o ônus de impugnar especificamente os motivos da sentença (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 544). Igualmente, vale destacar a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe ser “inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

⁴⁰ A essas funções (tornar claro o âmbito da decisão e possibilitar e facilitar o juízo da impugnação) Michele Taruffo refere-se por *endoprocessuais*, identificando o seu surgimento, como fundamento subjacente à positivação da obrigação de motivar, na Prússia de Frederico, o Grande, em 1748 (*Op. cit.*, p. 327-329). O fato de remontarem tais funções à tradição austro-germânica não implica, em absoluto, irrelevância para o nosso sistema – de marcada influência franco-italiana. Pelo contrário: a função *endoprocessual* da motivação das decisões é reconhecida como fundamento da legislação processual italiana (cf. *Ibidem*, p. 370 e ss.) e faz-se também presente em nosso ordenamento, conforme notas anteriores.

estritamente lógico-formais, seja no que toca à validade das premissas, seja no que respeita à correta aplicação da dedução silogística.

Não seria adequado, pois, em um modelo cognitivista, falar-se em motivação como um discurso tendente a justificar por que determinada solução se faz melhor do que outra. Dado que a lei é uma só, bem como unívoca a sua interpretação, a fundamentação judicial é a forma pela qual o juiz demonstra a correção do seu raciocínio como o único correto. Motivando a sentença, o juiz prova às partes e aos seus superiores hierárquicos ter atuado a vontade concreta da lei,⁴¹ permitindo um controle de caráter eminentemente burocrático.⁴²

Por fim, mesmo que uma visão cognitivista permita pensar-se na obrigação de motivar como instrumento de controle social da decisão, ampliando-a para além dos sujeitos processuais, tal controle dá-se unicamente a partir de uma concepção restrita de legalidade, no sentido de limitar o Poder Judiciário às decisões políticas tomadas pelo Legislativo. Não é difícil perceber, aqui, íntima ligação com o substrato cultural que impulsionou a revolução francesa: a ânsia de participação no poder – entendida como participação na formulação das leis – e de erradicação do arbítrio judicial – entendida como sujeição à lei – fez com que se impusesse aos juizes a prova da fidelidade ao Estado Legislativo, de modo a tolher-lhes qualquer possibilidade de criação do direito.⁴³

3.4 CONGNITIVISMO INTERPRETATIVO, CONTRADITÓRIO FRACO E MOTIVAÇÃO-DEMONSTRAÇÃO

Não passará despercebido que às limitações de conteúdo, âmbito e função do contraditório seguem-se semelhantes limitações no dever de motivação, nem que tal correspondência pode ser reconduzida a uma pressuposição cognitivista da interpretação do direito. Em verdade, pode-se dizer que

é esse mesmo contexto teórico e, em especial, a adoção da teoria cognitivista da interpretação, que autoriza a compreensão do *direito ao contraditório* como *mera bilateralidade da instância* e o *dever de motivação* como simples

⁴¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 400-401.

⁴² *Ibidem*, cit., p. 390-392.

⁴³ Sobre a denominada função *extraprocessual* da motivação, explica Michele Taruffo ter surgido na França como um resultado autônomo e original da ideologia democrática da justiça própria da revolução burguesa, em lei datada de 1790. Diz ainda que “Da un lato, il principio del primato della legge, nel significato chiaramente politico che assumeva nel momento di reazione contro l’*ancien régime*, postulava uno strumento che rendesse possibile il controllo sulla legalità del giudizio; dall’altro, analoghe esigenze si traducevano nell’istituzione di un giudice supremo di legalità nel *Tribunal de Cassation*, originariamente inteso come emanazione del potere legislativo e come destinatario principale, benché non esclusivo, della motivazione”. (*Ibidem*, p. 325-327).

*exposição do raciocínio judicial que levou à decisão, aferindo-se a suficiência da extensão da motivação a partir de um critério puramente intrínseco.*⁴⁴

Em síntese, no contexto do cognitivismo, o contraditório tem seu *conteúdo* limitado ao binômio *informação-reação*, assegurado com a citação, em primeiro lugar, e com a ulterior intimação dos demais atos processuais, de modo a *dar voz* às partes no processo. Dele não participa o juiz, que, como condutor de um processo assimétrico, é seu mero garantidor; as *partes* são os *únicos sujeitos* do contraditório. O *âmbito* do diálogo e da intervenção das partes engloba primordialmente as *questões de fato*, seja na definição do objeto do processo, seja na produção das provas. A fixação das questões de direito, a sua vez, prescinde da atividade das partes, inserindo-se no âmbito dos poderes do juiz, que conhece o ordenamento jurídico de ofício. De resto, o contraditório cumpre *função* de garantia do direito de *defesa* e de promoção da *igualdade* formal entre as partes, além de, reflexamente, contribuir para a *imparcialidade* do juiz.

Ao conjunto de limitações acima exposto alude a doutrina ao referir-se ao *contraditório fraco*⁴⁵ ou ao *conceito tradicional* do contraditório,⁴⁶ em especial por encerrar-se na bilateralidade de audiência. Cumpre mais uma vez ressaltar, no que diz respeito ao cerne do presente estudo, que segundo tal concepção a posição das partes diante do direito a ser aplicado no processo é de todo irrelevante. E, de fato, outra não poderia ser a concepção de uma doutrina que identifica texto e norma, esta preexistente à interpretação e conhecível por meio da lógica dedutiva e solitária do intérprete.⁴⁷ A conclusão exposta na sentença, assim, deve ser mera repetição das letras da lei, e para prová-lo o juiz deve motivar sua decisão, expondo o raciocínio que lhe levou ao *decisum*.

⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*, cit., p. 36, nota de rodapé n. 16, grifos no original.

⁴⁵ Ver, recentemente, MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 206, esp. p. 63-64, 2012; e CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 218, p. 66 e ss., 2013.

⁴⁶ Cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na constituição federal de 1988. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 91, p. 230 e ss., 2003.

⁴⁷ A pouca importância dada ao contraditório no campo do direito se faz notar em reiteradas decisões que entendem possível pronunciar-se o juiz de ofício sobre determinadas matérias (em geral de interesse público), ainda que não submetidas ao debate processual. A título ilustrativo, veja-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça, que afastou a alegação de nulidade por ausência de contraditório: “Trata-se de Mandado de Segurança contra ato de demissão, por meio de Processo Administrativo Disciplinar, no qual se debate a composição de comissão processante. O acórdão recorrido reconheceu, de ofício, a decadência. Não há nulidade pela falta de intimação da embargada. Rejeitaram-se os Embargos de Declaração com efeitos infringentes. Houve apenas o conhecimento de ofício de matéria de ordem pública não alegada em aclaratórios, o que levou à extinção do *mandamus*”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. EDcl nos EDcl no MS n. 16.557/DF. Embargante: Lieda Amaral e Souza. Embargada: União. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, 27 jun. 2012. Publicado no DJe em 22 ago. 2012.

A motivação tem, pois, *estrutura silogística* – fórmula da lógica-dedutiva por excelência – e vai composta por uma premissa maior, em que enunciada a norma legal a ser aplicada, por uma premissa menor, relativa aos fatos verificados no processo e à sua qualificação jurídica, e pela conclusão, simples transposição da norma geral ao caso concreto. Tal estrutura corresponde à própria visão do *raciocínio judicial*, e sua *suficiência* é aferida pela clareza e consistência com que exposto o *iter* lógico-jurídico percorrido pelo juiz até a conclusão final: trata-se de critério *intrínseco*.⁴⁸ A *função* desempenhada pela motivação é basicamente *aclaratória*, servindo às partes, ao juízo de impugnação e mesmo à sociedade, na medida em que a fidelidade à lei se faz controlável por meio da correção lógico-formal da decisão.

Impende observar a perfeita adaptação do silogismo judicial ao modelo cognitivista, uma vez que a estrutura lógico-formal da motivação permite apresentar as premissas, sobretudo as de direito, como verdadeiras – quando são prováveis – e a conclusão como única e necessária – quando é apenas possível.⁴⁹ Em verdade, como observou Ada Pellegrini Grinover, é prática bastante comum nos tribunais apresentar a regra jurídica aplicada ao caso como verdade absoluta, omitindo as justificações de sua escolha.⁵⁰ Tudo isso transforma a fundamentação em simples *demonstração*, como bem observado por Taruffo:

La motivazione, in quanto rigidamente strutturata secondo una combinazione di passaggi logici cogenti, appare piuttosto come un modo per imporre la decisione, rafforzandone l'autorità formale e sostanziale, in quanto tende a dimostrarla, piú che a giustificarla, mettendone in evidenza i caratteri di necessità razionale. In sostanza, una motivazione così concepita tende a dimostrare che la decisione è l'unica soluzione possibile della controversia: è un mezzo per eliminare il possibile dissenso, piú che per suscitare un consenso critico.⁵¹

⁴⁸ Interessante notar como, ainda hoje, o Supremo Tribunal Federal alberga tal concepção de motivação ao interpretar a garantia contida no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “A exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. AgRg no ARE n. 757.223/SP. Agravante: Dimas Agilson do Nascimento e outro. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 29 out. 2013. Publicado no DJe em 14 nov. 2013.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 142-143 e 159-161.

⁵⁰ O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 50, p. 14, 1990.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 168. (“A motivação, enquanto rigidamente estruturada segundo uma combinação de passagens lógicas cogentes, apresenta-se antes como um modo para impor a decisão, reforçando-lhe a autoridade formal e substancial, enquanto tende a demonstrá-la, mais que justificá-la, colocando em evidência os seus caracteres de necessidade racional. No fundo, uma motivação assim concebida tende a demonstrar que a decisão é a única solução possível da controvérsia: é um meio para eliminar o possível dissenso, mais que para suscitar um consenso crítico”).

Como se vê, não fosse a exigência de o convencimento judicial a respeito dos fatos pautar-se pelas alegações e provas debatidas no processo,⁵² contraditório e motivação não teriam qualquer vínculo. Em verdade, no campo do direito a ser aplicado e nos limites da demanda, observa-se completa dissociação entre o debate processual e a decisão judicial, que encarta assumido monólogo. Por tudo isso, o procedimento decisório em um modelo cognitivista nos parece muito bem sintetizado na figura desenhada por Guido Calogero: trata-se do “juiz máquina”, que, dizendo às partes *date mihi factum* e às leis *date mihi ius*, “emitiria a decisão com mecânica indiferença, como um aparelho emissor de bilhetes a toda introdução de duas moedas”.⁵³

⁵² Como expressa o aforismo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*.

⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 74, p. 112, 1998.

4 O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO NO MODELO DO CETICISMO MODERADO

Uma mudança significativa tendente a reforçar o papel do contraditório e a elevar as exigências de motivação passa a ser sentida a partir da metade do século XX, em especial com o surgimento de estudos que resgatam a tópica e a retórica no campo da teoria do direito.¹ As atenções, antes centradas nas relações processuais, voltam-se à formação da decisão, abrindo-se espaço “para recuperar juízo e contraditório e deles fazer, mais uma vez, os momentos centrais da experiência processual”.² As antigas concepções formalistas da decisão começam a ser revistas e a democracia passa a fazer parte do discurso dos processualistas.³

O movimento, contudo, não vai tão claramente percebido senão a partir dos estudos sobre o processo civil no Estado Constitucional, dado que os autores vinculados à quadra teórica do instrumentalismo, sucessores da processualística, ainda se viam em boa medida presos ao tecnicismo e à ideia de jurisdição como declaração da lei.⁴ É a partir da concepção de que o processo concretiza – e deve mesmo concretizar – valores,⁵ guiada pela crescente onda de constitucionalização dos direitos, inclusive processuais, que o papel das partes e do juiz é reformulado em busca de novo equilíbrio.

É bem de ver que essa nova ordem de ideias não se erige sobre bases cognitivistas, mas é antes fruto da superação de tal teoria da interpretação. Vale ter em conta, assim, como o ceticismo moderado influenciou a doutrina processual contemporânea, a partir do que se poderá perceber os nexos de íntima implicação entre a mudança de perspectiva no campo da teoria do direito e o acenado fortalecimento do direito ao contraditório e do dever de motivação.

¹ Com destaque para Theodor Wiehveg (*Topik und Jurisprudenz*, 1953) e Chaïm Perelman (*Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, 1958, em colaboração com Lucie Olberechts-Tyteca).

² PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*, cit., p. 140-141.

³ O próprio CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia* (1954). In: CAPPELLETTI, Mauro. *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p. 647-650, v. I, revisita e revê aquilo que propusera enquanto jovem: “La verità è che il giudice non è un meccanismo: non è una macchina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che *in vitro* si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa.” Diz, ainda, que “ogni interpretazione è una ricreazione: e che in ogni interpretazione l’ispirazione individuale è decisiva”. E finaliza, no ponto seguinte: “Noi non sappiamo più che farci dei giudici di Montesquieu, ‘êtres inanimés’ fatti di pura logica. Vogliamo i giudici coll’anima: giudici *engagés*, che sappiano portare con vigile impegno umano il grande peso di questa immane responsabilità che è render giustizia.”

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14-15, v. I.

⁵ Sobre o tema, conferir OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92-98.

4.1 A INTERPRETAÇÃO NO MARCO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Autor bastante representativo da referida mudança de perspectiva é, sem dúvida, Mauro Cappelletti. A partir dos seus estudos de direito comparado, apontou que a atividade judicial não diferia quanto à natureza da atividade legislativa, sendo ambas criativas de direitos. A distinção entre elas seria apenas quantitativa – relacionada ao grau de liberdade criativa – e não qualitativa. Isso porque, “por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, *forçado a ser livre*”, na medida em que as palavras representam símbolos “cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas”, estas resolvidas pelo próprio intérprete.⁶

Percebe-se aqui o reconhecimento expresso da liberdade criativa do juiz, em clara oposição ao antigo dogma do “poder nulo” de Montesquieu. Tal liberdade, contudo, não é vista como ilimitada. A moderação do ceticismo interpretativo de Cappelletti bem se faz sentir quando pondera que,

[c]onquanto verdade que nem precedentes nem normas legislativas podem vincular *totalmente* o intérprete – que não podem, assim, anular de todo a que denominarei a sua imprescindível *necessidade de ser livre*, e portanto a sua *criatividade e responsabilidade* –, também é verdade, contudo, que o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem como dever mínimo apoiar a sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na “equidade” ou em análogos e vagos critérios de valoração. Igualmente é verdadeiro que, na vida dos homens, toda situação de fato é nova e única, e, conseqüentemente, sempre existe a possibilidade de “distinguir” em relação aos precedentes, ou de “argumentar *a contrario*”, mais do que “por analogia” (ou vice-versa) em face do direito legislativo, razão pela qual o resultado final da interpretação jurídica nunca é inequívoca e mecanicamente predeterminado. Mas também é verdade que existe, pelo menos, um baluarte extremo, digamos uma fronteira de bom senso, que se impõe tanto no caso da interpretação do *case law*, quanto no do direito legislativo, ao menos porque também as palavras têm frequentemente um significado tão geralmente aceito que até o juiz mais criativo e sem preconceitos teria dificuldade de ignorá-lo.⁷

Por outro lado, a crise da legislação também dá lugar a novas aproximações quanto à clássica doutrina da separação dos poderes. A uma, os parlamentos passam a gozar de cada vez menor prestígio público, deixando de ser espaço de representação do povo, do qual crescentemente distanciados, para abrigar verdadeiro palco de embate entre grupos de pressão. A duas, o número cada vez maior de leis editadas – a “multidão de leis” que “afoga o jurista, esmaga o advogado, estonteia o cidadão, desnorteia o juiz” –, de vigência cada dia

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 22, grifos no original.

⁷ *Ibidem*, p. 25-26, grifos no original.

mais breve, torna inseguro o campo do jurídico, gerando visível descrédito no Legislativo.⁸ A três, como resultado, o próprio conteúdo da lei deixa de refletir os anseios de justiça da sociedade, mostrando-se insuficiente o seu controle meramente formal.

Surge então a necessidade de submeter a lei a filtros substanciais e de prendê-la a algo menos volátil do que a vontade do legislador, e a Constituição parece o *locus* adequado para tanto. Assim é que cresce a constitucionalização dos direitos e a positivação de princípios no texto da carta magna, dotados de plena eficácia normativa.⁹ Ao mesmo tempo, toma relevo a adoção do princípio do devido processo substancial como instrumento de controle do conteúdo da lei (não propriamente como tradução dos postulados normativos aplicativos da proporcionalidade e da razoabilidade, mas como meio de reconhecer e proteger também direitos fundamentais implícitos na Constituição).¹⁰

Essa mudança de paradigma – da legalidade formal à substancial – repercute necessariamente na visão que se tinha de supremacia do legislador, ao qual subordinado o juiz. Na verdade, não se pode dizer que um deles seja o “dono” do direito, mas que ambos se sujeitam à Constituição, esta sim suprema, que de todos cobra concreta efetivação.¹¹ Por tudo isso é que “não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada à atuação da lei; não é possível esquecer que o judiciário deve compreendê-la e interpretá-la a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais”.¹² Releva considerar, nesse ponto, que tanto contraditório como motivação vão erigidos à categoria de direitos fundamentais nos artigos 5º, inciso LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal,¹³ constituindo importante ponto de partida para a conformação de um processo justo.

⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*, cit., p. 12-15.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., p. 45-47.

¹⁰ Nesse sentido, ver MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 2008. 356 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008, p. 135-151, em especial p. 144.

¹¹ FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. Trad. Marcelo Casseb Continentino. *Interesse Público*, Belo Horizonte, n. 76, p. 161-166, 2012.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Op. cit.*, p. 46.

¹³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (*omissis*)

LV – 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;”.

“Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (*omissis*)

IX – 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;”.

A contemporânea doutrina neoconstitucionalista, embora disso não constitua causa necessária, abre caminhos para a percepção do equívoco das teorias cognitivistas da interpretação. Isso por que rechaça uma atitude passiva do intérprete frente ao texto legal em prol de uma postura ativa, tendente à reconstrução dos significados em conformidade com os princípios constitucionais.

Essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização, pois a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado de sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto.

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais.¹⁴

A internalização das novidades surgidas no campo da teoria do direito pela doutrina processual é cada vez mais visível. A distinção entre texto e norma e a função reconstrutiva de significados legada ao intérprete¹⁵ passa a figurar como base para várias considerações a respeito da conformação de um processo justo.¹⁶ Mais: a percepção dos problemas da equivocidade dos textos e da vagueza dos predicados constitui ponto fundamental para repensar não apenas institutos processuais¹⁷ como a própria função do Judiciário.¹⁸ O cenário nos parece ainda mais promissor quando os próprios magistrados mostram-se sensíveis às novas descobertas no campo da teoria da interpretação, assumindo postura ativa no debate sobre a legitimação material (e não apenas formal) das decisões judiciais¹⁹ e sobre o papel do juiz como criador de direito.²⁰

De um modo geral, portanto, pode-se dizer que a interpretação no marco do Estado Constitucional desprende-se das antigas concepções de base iluminista que limitavam a atividade do juiz à mera declaração de normas preexistentes e aproxima-se das teorias ceticistas, em especial a cética moderada, muito mais realista e condizente com o que de fato é a interpretação.²¹ Esse passo de desvinculação – se bem que não absoluta – entre juiz e

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., p. 47, grifos no original.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 33-4.

¹⁶ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *A funcionalidade do devido processo legal...*, cit., p. 182-185.

¹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente*, cit., p. 66.

¹⁸ Idem. *Cortes superiores e cortes supremas*, cit., p. 54-56.

¹⁹ MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); e FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 132-155, em especial p. 139-142.

²⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. O papel do juiz na construção do direito: uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 81, p. 55-71, 2012.

²¹ Assim é que a jurisdição, no Estado Constitucional, vai compreendida como “reconstrução da ordem jurídica mediante o processo”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*, cit., p. 15, v. I.

legislador, à primeira vista, deixa a descoberto a questão da legitimidade democrática da jurisdição, uma das principais críticas à criação jurisprudencial do direito. Com efeito, como vimos alhures, o fato de os juízes não serem (em regra) eleitos confere-lhes inegável *déficit* democrático, que, a nosso ver, há de ser suprido pelo processo; e precisamente aqui entra em jogo o novo papel do contraditório e da motivação.

4.2 CONTRADITÓRIO: CONTEÚDO, ÂMBITO E FUNÇÃO

4.2.1 Conteúdo

Em um cenário predominantemente ceticista moderado, o direito ao contraditório recebe sensível acréscimo de conteúdo. Questão fundamental para que se compreenda essa escalada de importância é a superação do modelo assimétrico de processo por outro de corte colaborativo, passagem que pode ser brevemente explicada a partir de duas perspectivas principais: a retomada do método dialético no campo da lógica jurídica e a infiltração de novos valores na Constituição.

Como acenado acima, a segunda metade do século XX tornou-se marco de restauração do pensamento filosófico clássico com as sucessivas publicações de estudos sobre a tópica e a retórica, enfatizando o sentido problemático do direito e, de conseguinte, apontando para a insuficiência do raciocínio apodítico no terreno do jurídico. Em vez de verdades, viu-se que o direito trabalha principalmente a partir de problemas. No lugar de certezas, probabilidades. No lugar da dogmática, prevalece o enfoque zetético.²² Essa mudança de perspectiva fez com que a dialética, enquanto arte do diálogo fundado em premissas opinativas, preferisse à lógica-deontica, porque monólogo estruturado a partir de premissas axiomáticas.²³ Assim é que se recupera “o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes, segundo as regras formais do processo”.²⁴

Por outro lado, a própria Constituição de 1988 toma por referência um modelo cooperativo de sociedade (artigo 3º, inciso I), instituindo a participação social no poder (artigo

²² Para uma distinção entre os enfoques teóricos dogmático e zetético, cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio, *Introdução ao estudo de direito*, cit., p. 39-51.

²³ NOUR, Soraya. Dialética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 208-209.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 14, 1999.

1º, parágrafo único) e fundando o Estado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). “Daí a razão pela qual a sociedade contemporânea pode ser considerada ela mesma um empreendimento de cooperação entre os seus membros em vista da obtenção de proveito mútuo”.²⁵ Dentre outros, estes aspectos – que aqui podemos abordar apenas rapidamente²⁶ – levam ao fortalecimento do papel das partes e à reinserção do juiz no diálogo processual.

Sem igualdade, contudo, nenhum diálogo sincero é possível. Assim é que o juiz “superpartes” é chamado a conduzir o processo de forma paritária, submetendo-se também ele ao contraditório.²⁷ Deve ouvir as partes atentamente,²⁸ e não escutá-las com distanciada superioridade.²⁹ Amplia-se, portanto, o leque de sujeitos do contraditório, pois não apenas as partes, mas também o juiz a ele se submete.

Essa reaproximação entre partes e juiz torna o ambiente propício para que se coloque o seguinte questionamento: se é participativa a nossa democracia e se, ao final do processo, a decisão do juiz materializará uma escolha dentre várias possibilidades, no exercício de um poder político reconstrutor do direito, por que a atividade das partes vai cingida à delimitação do objeto litigioso? Não deveriam elas, como destinatárias diretas das consequências da decisão, efetivamente participar na construção desta, isto é, participar do juízo?

A resposta é evidentemente positiva. O Estado Constitucional Democrático caracteriza-se por assumir a importância da participação no exercício do poder, sem a qual não se legitima. A democracia participativa, outrossim, não pode constituir mera bandeira ideológica; sua positivação no texto constitucional exige concreta realização, “exige comprometimento, e sua efetivação demanda reconhecer a importância do diálogo, da dialética, como direito de influência e dever de debates por parte do órgão de decisão”.³⁰

²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 72.

²⁶ Para um exame aprofundado dos pressupostos sociais, lógicos e éticos do modelo colaborativo de processo civil, v. *Ibidem*, p. 71-77 e 90-103.

²⁷ *Ibidem*, p. 72-75.

²⁸ Parecem caber aqui as considerações de HUNTER, James C. *O monge e o executivo: uma história sobre a essência da liderança*. Trad. Maria da Conceição Fornos de Magalhães. 21. ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2004, p. 82: “[o] ouvir ativo requer esforço consciente e disciplinado para silenciar toda a conversação interna enquanto ouvimos outro ser humano. Isso exige sacrifício, uma doação de nós mesmos para bloquear o mais possível o ruído interno e de fato entrar no mundo da outra pessoa – mesmo que por alguns minutos. O ouvinte ativo tenta ver as coisas como quem fala as vê e sentir as coisas como quem fala as sente”. Nada que possa vingar em um processo de corte assimétrico, portanto.

²⁹ São pertinentes também as palavras de CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*, cit., p. 678-679: “Le parti sono *persone*, cioè soggetti di doveri e di diritti; e stanno di fronte al giudice non come sudditi, oggetti di supremazia tenuti ad obbedire passivamente, ma come cittadini liberi ed attivi che di fronte al giudice hanno non solo doveri da adempiere, ma anche diritti da far rispettare; e il giudice di fronte a loro non è soltanto un’*autorità* fornita di poteri, ma un *funzionario* legato da doveri e da responsabilità di fronte alle parti, che hanno diritto di far valere liberamente le loro ragioni e di essere attentamente ascoltate”.

³⁰ ZANETI JR., Hermes. *Democracia e judiciário na (re)política do direito: notas para o papel dos juizes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I)*. In: MEDINA, José Miguel

Assim é que ao binômio *informação-reação* a doutrina vem adjungindo o *direito de influência* na decisão como componente do contraditório:

la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisorii statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista.³¹

A influência, por sua vez, é exercida justamente mediante o debate processual, em que as partes apresentam argumentos tendentes a defender os seus pontos de vista sobre a solução da lide, ou seja, a sustentar os fundamentos erigidos.³² O reconhecimento de tal direito às partes implica, necessariamente, a imposição de deveres correlatos ao juiz, como a outra face de uma mesma moeda. São eles normalmente descritos como: *dever de consulta*, que constitui “o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser imprimido à causa”;³³ *dever de atenção*, isto é, o dever de levar as alegações das partes em consideração para a formação da decisão;³⁴ e *dever de diálogo*, correspondente à necessidade de o julgador enfrentar, em sua decisão, as razões arguidas pelas partes.³⁵

Tais deveres visam também a evitar que o juiz surpreenda as partes com uma decisão que aborde aspectos jurídicos sequer aventados no processo, ou seja, impede que o juiz pronuncie uma “decisão-surpresa” ou de *terza-via*, frustrando a legítima expectativa das partes de efetivamente influenciar na solução do litígio.³⁶ Por isso se diz, com razão, que

a liberdade concedida ao julgador de escolher a norma a aplicar, independentemente de sua invocação pela parte interessada, consubstanciada no brocardo *iura novit curia*, não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos à solução do litígio, em homenagem ao princípio do contraditório. (...)

Garcia *et al* (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 201-202.

³¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 2005, p. 456. (“a compreensão do contraditório como direito de influência exprime a democracia deliberativa no processo: a sociedade pode influenciar nos atos decisórios estatais com a discussão argumentativa, e o contraditório é o princípio processual que põe em prática este procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional ao debate participativo e pluralista”).

³² Sobre a diferenciação entre argumentos e fundamentos, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil...*, cit., p. 419. Em síntese, os “fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado. Os argumentos, de seu turno, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos”.

³³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 76.

³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Op. cit.*, p. 457.

³⁵ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*, p. 134-140.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 649-650.

Mesmo a matéria que o Juiz deva conhecer de ofício impõe-se pronunciada apenas com a prévia manifestação das partes, pena de infringência da garantia. Por sinal, é bem possível recolha o órgão judicial, dessa audiência, elementos que o convençam da desnecessidade, inadequação ou improcedência da decisão que iria tomar.³⁷

É importante dizer que o nosso Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o conteúdo do contraditório nos termos aqui expostos. Na ocasião, foi asseverado que a garantia envolveria não só o direito da parte de informação e de manifestação como também o “direito de ver os seus argumentos considerados”, ao qual corresponderia o “dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção”. Esse dever, a seu turno, seria composto pelo “dever de tomar conhecimento” e pelo de “considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas”.³⁸

De fato, sem a previsão de deveres correlatos o direito de influência restaria profundamente vulnerado; não passaria de mero ideal, a juntar-se com a bandeira ideológica da democracia participativa. A contrapartida é, sem dúvidas, necessária: *de nada adianta dar voz sem dar ouvidos*.

4.2.2 Âmbito

Se o cognitivismo ignora a problemática que envolve a interpretação do direito, diferente é a postura do ceticismo moderado. Não só os fatos estão no domínio do provável; também o direito não comporta tratamento unívoco. Essa mudança de perspectiva surte efeito ampliador no âmbito da matéria submetida ao contraditório, encontrando fortes indicadores na contemporânea relativização dos brocardos *da mihi factum*, *dabo tibi ius* e *iura novit curia*.

Como vimos no item 3.2.2, a processualística tendia, de forma predominante, a entender o princípio da demanda como aquele segundo o qual a iniciativa do processo seria tarefa exclusiva das partes, às quais caberia o aporte do material fático aos autos (*da mihi factum*). O juiz, por outro lado, prescindiria da manifestação das partes quanto ao direito aplicável à espécie (*dabo tibi ius*), mesmo porque o conhecia de ofício (*iura novit curia*).

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 71, p. 35, 1993. A necessidade de submeter questão conhecível de ofício ao contraditório prévio das partes é já em boa medida encampada pela jurisprudência pátria. Exemplificativamente, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. RMS n. 39.241/SP. Recorrente: Município de Estância Hidromineral de Águas de Santa Bárbara. Recorrido: Rui Almeida Benites. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, 11 jun. 2013. Publicado no DJe em 19 jun. 2013.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. MS n. 25.787-3/DF. Impetrante: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 08 nov. 2006. Publicado no DJe em 14 set. 2007.

Atualmente, contudo, as tarefas dos sujeitos processuais não vão mais tão rigidamente delineadas. Pelo contrário, um processo de corte colaborativo pressupõe a participação de todos, seja no que tange ao material fático – cuja investigação passa a ser também tarefa do juiz –, seja no que se refere aos contornos jurídicos da lide – âmbito em que a contribuição das partes mostra-se de fundamental importância –, em debate pautado pela boa-fé e pela lealdade.

Exemplos da colaboração na investigação do material fático são o incremento dos poderes instrutórios do juiz (artigo 130) e a possibilidade de que tome conhecimento de fatos – não essenciais, é certo³⁹ – surgidos no decorrer da instrução, ainda que não alegados pelas partes (artigo 131, ambos do Código de Processo Civil). Da importância do valor verdade para o processo decorre “a quebra do monopólio das partes na instrução da causa”,⁴⁰ de modo a relativizar a primeira parte do aforismo: em vez de “dá-me o fato”, parece mais adequado dizer “investiguemos o fato”, enunciado que comporta a atuação conjunta e coordenada dos sujeitos processuais, dentro, é claro, dos limites objetivos da demanda.

Mas não só das partes é quebrado o monopólio. Também o juiz deixa de atuar sozinho na descoberta do direito, sendo reconhecida a importância das contribuições jurídicas do autor e do réu. Como se viu acima, o direito de influenciar na decisão judicial compõe o conteúdo da garantia do contraditório, influência essa que se estende tanto às questões de fato⁴¹ como às questões de direito, sobre as quais “podem e devem as partes aportar a sua cooperação”, atividade que “encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não importa apenas a investigação da norma aplicável ao caso concreto, mas estabelecer o seu conteúdo e alcance”.⁴² Em vez de “dar-te-ei o direito”, pois, parece mais adequado dizer “reconstruamos o direito”, a denotar a colaboração de autor, juiz e réu também na solução jurídica da lide.

³⁹ Sobre a distinção entre *fato essencial* (ou jurígeno ou principal) e *fato não essencial* (ou simples ou secundário), v. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A causa petendi no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 162-164. Em síntese, fatos essenciais são aqueles dos quais decorre diretamente a consequência jurídica pretendida, enquanto os não essenciais são circunstanciais (indícios), que podem levar ao conhecimento de fatos essenciais por presunção.

⁴⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, cit., p. 202-212, em especial 208.

⁴¹ Com relação à importância do contraditório como “instrumento de melhor acesso à verdade dos fatos”, já mencionando a garantia de influir no desfecho do processo, cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 231-238, 1984.

⁴² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório, cit., p. 112-113. Na “linguagem” cética moderada, a lição do professor Carlos Alberto poderia ser reescrita como: a colaboração das partes no campo do jurídico não importa apenas a investigação do *texto legislativo pertinente* ao caso concreto, mas a estabelecer a *norma* que a partir dele pode ser reconstruída.

Como ressalta Daniel Mitidiero, a quebra do monopólio do direito por parte do juiz “só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação”, “só tem sentido se o assumirmos como um problema para cuja solução pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo”.⁴³ E essa é, notadamente, a visão a que se propõe o ceticismo moderado ao ver na interpretação do direito uma atividade de escolhas argumentativamente estruturadas entre diversas significações possíveis de um texto.

Enfim, o âmbito do contraditório vai consideravelmente alargado no marco do Estado Constitucional, de modo a compelir “órgão judicial e partes ao diálogo e à cooperação para a formação dos juízos de fato e de direito”.⁴⁴

4.2.3 Função

O acréscimo de conteúdo e a ampliação de âmbito permitem visualizarem-se novas funções a serem desempenhadas pelo contraditório no Estado Constitucional. Não se trata, é importante ressaltar, de substituir as importantíssimas funções de garantia do direito de defesa, de igualdade e de imparcialidade já descritas. Veja-se: nem o direito de influência substitui o direito de informação e de reação, nem o âmbito das questões de fato é suprimido pelas questões de direito. Trata-se, antes de tudo, de aumentar conteúdo, âmbito e função.

Correndo o risco de soar repetitivo, insistimos no ponto de que a interpretação do direito envolve adscrição de significados, orientada por pressuposições teóricas e ideológicas, que culmina na outorga de sentido ao texto e, pois, na reconstrução da norma. Não é, em absoluto, uma atividade axiologicamente neutra. Seu resultado, na medida em que o intérprete agrega – mesmo inconscientemente, pois é *forçado a ser livre* – valores, sentimentos e preconceitos,⁴⁵ encerra algo mais do que já ia contido na letra fria da lei, encerra uma recriação. Notar isso implica reconhecer, como também já dissemos, a insuficiência da lógica-deôntica para a investigação do direito. É que, ao trabalhar com premissas verdadeiras, a conclusão nunca poderia conter esse algo a mais a que nos referimos; a conclusão seria algo que, no fundo, já estaria contido nas premissas e a elas se limitaria.

⁴³ *Colaboração no processo civil*, cit., p. 94.

⁴⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *A funcionalidade do devido processo legal...*, cit., p. 177.

⁴⁵ Para uma interessante comparação entre a visão de Kelsen sobre a interpretação e os estudos de Richard Posner sobre como os juízes pensam, cf. HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Sim, os juízes criam direito! *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 71, p. 101-117, 2011.

Daí a importância da dialética, lógica do diálogo regrado, na investigação do direito. Ao trabalhar com premissas prováveis, procura chegar a uma conclusão possível, admitindo e mesmo recorrendo à importância de argumentos para fundá-la. Há de se convir: no processo, nem a questão de fato pode corresponder à verdade real,⁴⁶ nem a questão de direito pode ser tomada por verdade absoluta.⁴⁷ Mas não é só.

Fundamental diferença entre a lógica-deontica e a dialética é que a primeira se desenvolve mediante monólogo, enquanto a segunda reclama diálogo, isto é, debate entre duas ou mais pessoas que, pronunciando seus distintos pontos de vista sobre determinada questão, podem assim construir uma solução tendencialmente mais justa. Com razão, diz-se que

o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e, em contrapartida, o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.⁴⁸

Sob essa perspectiva, o processo desponta como âmbito propício para o exercício da dialética, e parece de fato estruturado para tal fim, tamanha é a semelhança com, *e.g.*, a forma expositiva de Tomás de Aquino, reconhecidamente tópica. A escolástica costumava estruturar a exposição do assunto investigado em quatro etapas: (i) *utrum...*, em que era fixado o problema; (ii) *videtur quod...*, em que pontos de vista próximos eram apresentados; (iii) *sed contra...*, em que eram expostos pontos de vista contrários; e (iv) *respondeo dicendum...*, em que se formula uma solução à *quaestio*, sempre objetável.⁴⁹ Em linhas gerais, a seu turno, o processo (i) inicia com a apresentação do problema pelo autor, acompanhado (ii) da argumentação por uma determinada solução; (iii) prossegue com a exposição, pelo réu, de uma solução geralmente contrária à oferecida pelo autor; e (iv) encerra-se com a formulação de uma (e não *da única*) solução por parte do juiz. Não por menos ressalta-se que “o processo moderno espelha admiravelmente essas possibilidades de uso da argumentação dialética”.⁵⁰

Ademais, a dialética desenvolvida no processo tem a grande vantagem de contar com a participação ativa do autor, do juiz e do réu, ao contrário da exposição da *quaestio* aquiniana,

⁴⁶ Alertando para as inevitáveis limitações da atividade judicial e, portanto, reconhecendo que deve ela “*tender à reconstrução verdadeira dos fatos*”, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução, cit., p. 231-232, grifo no original.

⁴⁷ No sentido de que os enunciados interpretativos pertencem ao discurso adscritivo e, portanto, não podem ser tomados nem por verdadeiros nem por falsos, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*, cit., p. 33-37.

⁴⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório, cit., p. 110.

⁴⁹ Cf. BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial: uma visão dialética*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 28-32, 59-60 *et passim*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 31.

que se compunha de opiniões diversas, é certo, mas todas elas apresentadas pela mesma pessoa. No processo, as partes e o juiz colaboram para que se chegue a uma decisão tendencialmente mais justa, e a ferramenta que torna essa cooperação possível é o contraditório. Nesse quadro, confere-se importante *função investigatória* ao contraditório, tido como verdadeiro “ponto cardeal da investigação dialética”.⁵¹

Não há de se ver, porém, o emprego do contraditório como método de investigação como opção de pura conveniência. A importância dada ao diálogo processual é antes de tudo uma exigência da democracia participativa, exigência de que o povo tome parte no exercício do poder. Ora, se o juiz não é representante do povo, e se não quisermos esvaziar por completo o quanto posto no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, devemos concluir que o exercício do poder decisório – e reconstutivo de direito – só se legitima mediante a participação ativa das partes no juízo.

Propõe-se aqui sejam as partes vistas como materialização do povo diante do Estado-juiz. Não, por óbvio, como a totalidade da população, nem mesmo como a maioria dos eleitores. Povo aqui tem um sentido diverso, tem sentido de *povo politicamente participante*,⁵² o que as partes de fato são, na medida em que procuram o Judiciário e submetem-se à eficácia direta da coisa julgada. Como requisitantes e destinatárias da jurisdição,⁵³ são elas “povo participante”, cujas razões devem ocupar espaço privilegiado na formação da decisão. Sob esta ótica, a sua participação no debate processual é também participação do povo na construção da decisão e, pois, na reconstrução do ordenamento jurídico. Atuando como instrumento de participação, o contraditório reveste-se de inegável

⁵¹ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*, cit., p. 141-143.

⁵² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 62. Embora não faça expressamente a relação apontada no texto entre partes e povo, Friedrich Müller oferece importante contribuição ao aprofundar o significado da palavra “povo”, desde muito tempo invocada para legitimar o exercício do poder. Refere ele diversos significados para o termo: “povo ativo”, correspondente ao eleitores (p. 45 e ss.); “povo legitimante”, equivalente ao todo da população, que por não se revoltar contra o ordenamento jurídico acaba legitimando-o (p. 48 e ss.); “povo ícone”, que não corresponde a ninguém, mas a uma mitificação do povo com o objetivo de legitimar o poder exercido sem qualquer base democrática (p. 53 e ss.); “povo-destinatário”, correspondente à totalidade de possas sujeitas à implementação em concreto das normas postas; e “povo participante”, entendido como coparticipante das decisões políticas (p. 60 e ss.). O autor refere, como exemplos deste último, casos de plebiscito, referendo e de legislação de iniciativa popular. Nesse contexto, parece-nos possível ver também as partes como “povo participante”, especialmente em razão do direito de influência nas decisões judiciais.

⁵³ Com isso não queremos dizer sejam as partes as *únicas* destinatárias da jurisdição. A decisão, com efeito, pode ser vista como discurso direcionado ao caso – e, portanto, às partes – e como discurso direcionado à sociedade – o que se evidencia no estudo dos precedentes –, como expõe MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente*, cit. Contudo, o fato de estarem as partes submetidas à eficácia direta da coisa julgada, segundo nos parece, coloca-as em posição de maior proeminência no que tange às exigências de participação na decisão, a justificar o tratamento aqui conferido.

função legitimadora do exercício do poder.⁵⁴ Para dizê-lo mais radicalmente: em um Estado Constitucional Democrático, o juiz só será um ator legítimo do poder na medida em que fizer observar e observar ele mesmo o contraditório, na medida em que admitir a coparticipação de autor e réu na construção da decisão.

Seria difícil encontrar melhor palco para o desenvolvimento da democracia participativa. Com efeito, o processo esquiva-se de diversas críticas lançadas à possibilidade e à efetividade da participação no poder,⁵⁵ uma vez que não envolve número demasiado grande de pessoas (e a “intensidade – isto é, a autenticidade e efetividade – é *inversamente proporcional* ao número de participantes”⁵⁶) nem ocupa intervalo de tempo tal que lhes desestimore a atividade. Pelo contrário: o juízo é não só *ad minus* como geralmente *actum trium personarum*, e mesmo nos casos de litisconsórcio o número de participantes dificilmente tornará irrelevantes as suas contribuições individuais. Por outro lado, a dinâmica processual faz com que as partes sejam constantemente chamadas a contribuir com o desenvolvimento do processo, mantendo alta a intensidade da participação.

Por essas razões entende-se não deva ser o contraditório negligenciado como instrumento de transposição da democracia participativa para o processo.⁵⁷ É antes da mais alta importância percebê-lo como tal e, assim, emprestar-lhe verdadeira *função legitimadora*.

4.3 MOTIVAÇÃO: ESTRUTURA, EXTENSÃO E FUNÇÃO

4.3.1 Estrutura

Em um modelo cognitivista, vimos que a estrutura da motivação era eminentemente silogística, forma ideal de aplicação da lógica-dedutiva. A sentença iria composta por uma premissa maior, relativa à norma aplicável, por uma premissa menor, correspondente aos fatos

⁵⁴ Essa mesma ideia já vai delineada por Fazzalari quando, definindo o processo como procedimento em contraditório, procura “legitimar o exercício da jurisdição a partir da necessidade de participação em contraditório dos sujeitos que podem sofrer, em suas esferas jurídicas, os efeitos da decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*, cit., p. 444).

⁵⁵ Para um panorama das críticas e o aceno da efetividade da participação mediante grupos *pequenos e intensos*, v. SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada: o debate contemporâneo*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994, p. 156-161, v. I.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 159.

⁵⁷ Há quem sustente, inclusive, que o processo densificaria um “direito fundamental de participação no Estado Constitucional Democrático de Direito”. Amplamente sobre o ponto, cf. ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. 2005. 408 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 168 e ss.

verificados e sua qualificação jurídica, e pela conclusão, que compreenderia a transposição da consequência jurídica ao caso concreto.

Assim vistas as coisas, há nítida confusão entre estrutura e conteúdo, como afirma Taruffo.⁵⁸ Com efeito, tal pensamento ignora a instrumentalidade das formas lógicas, isto é, ignora que as estruturas oferecidas pela lógica servem apenas como instrumento de exposição do conteúdo, e não da sua conformação. É precisamente essa confusão que dá azo ao abuso, já anteriormente referido, de apresentar as premissas, sobretudo as de direito, como verdadeiras – quando são prováveis – e a conclusão como única e necessária – quando é apenas possível. Como corolário da percepção de que as formas lógicas são instrumentais, mostra-se necessário um juízo de adequação destas com o conteúdo exposto na sentença, e não o oposto.

A crescente importância conferida à tópica e à retórica no cenário jurídico abre caminhos para que se perceba a insuficiência da lógica-dedutiva no manuseio do direito. Vai desvelada a importância do emprego de argumentos na motivação, bem como a sua finalidade justificativa, pois diversas áreas do raciocínio jurídico são compostas essencialmente por valorações axiológicas e por escolhas discricionárias entre alternativas igualmente válidas.⁵⁹ Entende-se, portanto, acertado dizer que “a sentença *não é, nem deve ser* um silogismo”.⁶⁰

De fato, a interpretação do direito não é unívoca nem pode ser classificada como verdadeira ou falsa. Significa dizer que a individualização da norma aplicável ao caso concreto dá-se por um processo composto de diversos momentos de escolha, orientados por critérios lógicos e valorativos que reclamam justificação por parte do juiz. Daí que a motivação deve ser estruturada a partir de argumentos capazes de dar suporte a tais escolhas.⁶¹

Em suma, a problematização do que antes compunha a premissa maior da sentença impõe pensar-se não em uma estruturação rígida, mas em outra que possa abranger as diversas escolhas realizadas pelo juiz, de modo a justificá-las argumentativamente. No fundo, como ressalta Taruffo,

la struttura globale del ragionamento giustificativo è largamente condizionata da quella degli argomenti che lo compongono, mentre la sua stessa validità logica, e quindi anche l'efficacia giustificativa, dipendono dalla validità logica del singolo argomento nell'ambito della motivazione.⁶²

⁵⁸ *La motivazione...*, cit., p. 141.

⁵⁹ TARUFFO, Michelle. *La motivazione...*, cit., p. 170-205, em especial p. 180, 184 e 203.

⁶⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 326.

⁶¹ TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 221-222 e 230-238.

⁶² *Ibidem*, p. 184. (“a estrutura global do raciocínio justificativo é largamente condicionada por aquela dos argumentos que o compõem, enquanto a sua própria validade lógica, e assim também a eficácia justificativa, dependem da validade lógica de cada argumento no âmbito da motivação”).

Percebe-se a existência de íntima relação entre estrutura da motivação e argumentos utilizados pelo juiz para justificar as escolhas realizadas no processo de aplicação do direito. Esse nexos faz, pois, com que a sentença tenha *estrutura aberta e argumentativa*, orientada pelas escolhas levadas a efeito,⁶³ de modo a moldar-se à complexidade da causa.

4.3.2 Extensão

Também a extensão e, com ela, o critério de suficiência da motivação alteram-se em um modelo ceticista moderado, o que se deve sobretudo a dois fatores principais. O primeiro deles diz com a correta distinção entre lógica do juízo e lógica da motivação, somada à tomada de consciência sobre a natureza política da interpretação do direito. O segundo, que aqui nos interessa mais, relaciona-se com o acréscimo de conteúdo do contraditório e procura dar-lhe resposta adequada.

Como vimos, a processualística, de um modo geral, confundia o raciocínio do juiz com a justificação da decisão tomada, de modo a enxergar na motivação a exposição do *iter* lógico-psicológico percorrido pelo magistrado desde a fixação das premissas até a conclusão. Essa visão é superada pela doutrina contemporânea, que diferencia entre o processo mental por meio do qual o juiz chega a determinada conclusão e a motivação discursiva, feita *a posteriori*, com a finalidade de justificar racionalmente uma decisão já tomada.⁶⁴

Com isso, extingue-se a possibilidade de pensar a motivação como explicitação do esquema mental desenvolvido pelo julgador. Muito pelo contrário: a fundamentação da sentença serve a justificar-lhe as escolhas feitas, o que, em um modelo ceticista moderado, significa dizer que também as individualizações, valorações e decisões operacionalizadas em torno da interpretação devem ser expressas pelo juiz, de modo a tornar intersubjetivamente controlável a sua racionalidade.⁶⁵ Trata-se, portanto, de justificar a escolha do texto legislativo pertinente ao caso, a interpretação dada no processo de reconstrução da norma e “a escolha inerente às consequências que derivam da aplicação da norma” ao caso concreto.⁶⁶

⁶³ TARUFFO, Michele. *La motivazione*, cit., p. 216-219.

⁶⁴ *Ibidem*, cit., p. 144-145, 156 e 213-216.

⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*, cit., p. 59-60.

⁶⁶ LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 272. É oportuno ressaltar que, segundo a concepção de interpretação aqui encampada, mesmo a escolha dos textos legislativos pertinentes ao caso não prescinde de uma interpretação prévia, sem a qual seria impossível decidir sobre a relação de pertinência com o caso. Nesse mesmo sentido, TARUFFO, Michele. *Op. cit.*, p. 231.

Pode-se extrair, desta ordem de ideias, o princípio da completude da motivação. É que,

[s]e la motivazione deve rendere possibile il controllo sulle ragioni per cui il giudice ha esercitato in un certo modo i suoi poteri decisorii, allora ne deriva che la motivazione deve giustificare tutte le scelte che il giudice ha compiuto per giungere alla decisione finale: se alcune scelte rimangono prive di giustificazione, infatti, ciò implica che il controllo sul loro fondamento razionale non sia possibile. Si può dunque parlare di un *principio di completezza della motivazione*, in funzione del quale la giustificazione in essa contenuta deve riguardare tutte le scelte che il giudice ha formulato.⁶⁷

Tal formulação, embora represente enorme salto em relação à extensão da motivação em um modelo cognitivista, não parece bastante para os exigentes padrões do Estado Constitucional Democrático. Isso porque perceber a motivação como justificação de escolhas e sobre tal noção erigir o princípio da completude não deixa de constituir um critério intrínseco de suficiência.⁶⁸ É dizer, o discurso justificativo do juiz vai analisado apenas em relação à própria decisão por ele tomada, deixando de lado qualquer contribuição das partes na sua construção.

O Estado Constitucional Democrático, na medida em que agrega ao contraditório o direito de influência na decisão, exige que a motivação a ele se amolde. Ora, se

contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo*, inerente à *estrutura cooperativa do processo*. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há *dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*.⁶⁹

Significa isso dizer que os deveres que acompanham o direito de influência cobram manifestação concreta na sentença. É no momento da motivação da decisão que o juiz dá-lhes

⁶⁷ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel Garcia *et al* (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 171, grifos no original. (“[s]e a motivação deve tornar possível o controle sobre as razões pelas quais o juiz exercitou em certo modo os seus poderes decisórios, disso deriva que a motivação deve justificar todas as escolhas que o juiz realizou para chegar à decisão final: se algumas escolhas restam privadas de justificação, de fato, isso implica que o controle sobre os seu fundamento racional não seja possível. Pode-se portanto falar de um *principio de completude da motivação*, em função do qual a justificação nela contida deve abarcar todas as escolhas que o juiz formulou”). Em linhas gerais, a motivação far-se-ia necessária em torno “all’interpretazione delle norme applicate, all’accertamento dei fatti, alla qualificazione giuridica della fattispecie e alle dichiarazioni delle conseguenze giuridiche derivanti dalla decisione” (Idem. *La motivazione...*, cit., p. 450).

⁶⁸ Essa perspectiva explica porque TARUFFO, Michele. *La motivazione...*, cit., p. 259, apresenta a racionalidade do juízo como racionalidade entre os nexos que o compõem, verificável a partir de três condições: 1) ausência de contradição entre os diversos enunciados e entre os seus pressupostos; 2) presença de alguns nexos de implicação (entre norma e qualificação dos fatos, entre esta e a declaração do efeito jurídico, por exemplo), necessários para a sequência norma/fato/consequência jurídica; 3) respeito à ordem de prejudicialidade entre as diversas questões compreendidas no *thema decidendum*. Todas, como se vê, relativas à própria decisão.

⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 667, grifos no original.

cumprimento, trazendo ao corpo do *decisum* as contribuições das partes. De resto, essa visão é perfeitamente compatível com a estruturação dialética do processo. Se é todo ele um conjunto de aportes concatenados, trazidos pelas partes e pelo juiz em colaboração e orientados à solução do problema, não há sentido em o juiz afastar-se do debate processual logo no momento decisório. Faz-se necessário perceber que é do diálogo que nasce a sentença; sua gênese não é puramente lógico-dedutiva, mas dialética.⁷⁰

Desta feita, argumentação constante nos autos constitui também critério de aferição da suficiência da motivação. As razões das partes, de formulação e influência garantidas pelo contraditório, devem ser obrigatoriamente enfrentadas na fundamentação discursiva da decisão, sob pena de esvaziamento da garantia.⁷¹ Trata-se aqui de *critério extrínseco* de suficiência da motivação, uma vez que a sua extensão vai medida pelas razões aduzidas pelas partes, e não propriamente pelo conteúdo da decisão.

4.3.3 Função

Em um modelo ceticista moderado, próprio do Estado Constitucional, a motivação das decisões judiciais é compreendida como um meio de possibilitar um controle intersubjetivo sobre as razões que levaram o julgador a realizar determinadas escolhas, sobretudo interpretativas, em detrimento de outras. Não se trata de demonstrar a correção da solução imposta pelo juiz como a única possível, mas de justificar racionalmente as escolhas levadas a efeito. Confere-se, portanto, nítida *função justificativa* à motivação.

Não quer isso dizer tenha perdido importância a função aclaratória. Principalmente no que concerne à denominada função endoprocessual da motivação, mantêm-se válidos os objetivos de esclarecer o conteúdo e a abrangência da sentença e de orientar a impugnação. A diferença substancial é sentida no que se refere ao controle da decisão, uma vez que não está mais em jogo uma noção restrita de legalidade, senão uma ideia mais ampla de interpretação do direito, a envolver, além de raciocínios lógico-dedutivos, juízos valorativos e escolhas eminentemente políticas. Controla-se não a correta aplicação da norma, mas antes a adequação da norma reconstruída aos parâmetros do Estado Constitucional.

Outra *função* de altíssimo relevo é a que se poderia referir por *garantia do direito fundamental ao contraditório*. Ao tempo em que se aumenta o conteúdo do contraditório, agora também entendido como direito de influência, surge o dever de o juiz considerar

⁷⁰ Algo nesse sentido, BORGES, José Souto Maior. *O contraditório no processo judicial*, cit., p. 47-48.

⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*, cit., p. 134-140.

expressamente em sua motivação as razões expendidas pelas partes, provando-lhes tê-las analisado detidamente. Do contrário, “[q]ue sentido tem, de fato, dar-se à parte o direito de informar-se e de reagir, se ao juiz for dado pura e simplesmente ignorar o material produzido pela atividade das partes?”⁷² Absolutamente nenhum.

Com efeito, de nada adianta dar voz às partes se a elas não se der ouvidos. Por outro lado, pouco ou nenhum efeito prático pode ter o direito de influência se vier desacompanhado de um correlato instrumento de aferição. Sem isso, a submissão do juiz ao contraditório não passa de uma encenação, de um faz de conta. Servir de instrumento de verificação do cumprimento dos deveres de consulta, de atenção e de diálogo: a isso é que nos referimos por *função de garantia do direito fundamental ao contraditório*. Nesse mesmo sentido afirma a doutrina constituir o dever de motivação das decisões judiciais “verdadeiro *banco de prova do direito ao contraditório* das partes”.⁷³

Interessante notar que o juiz, ao mesmo tempo em que demonstra ter-se submetido ao contraditório, legitima democraticamente a sua sentença ao garantir a coparticipação de autor e réu na construção da decisão e, pois, na reconstrução do ordenamento jurídico!

4.2 CETICISMO MODERADO, CONTRADITÓRIO FORTE E MOTIVAÇÃO-JUSTIFICAÇÃO

Como se pôde perceber, aqui também o aumento do conteúdo, o alargamento do âmbito e o acréscimo de funções ao contraditório refletem no dever de motivação, mostrando íntima imbricação com uma pressuposição ceticista moderada da interpretação do direito. Com efeito, diz-se que

é esse mesmo contexto teórico e, em especial, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação, que autoriza a compreensão do *direito ao contraditório* como *direito de influência* e o *dever de motivação* como *dever de debate*, aferindo-se a suficiência da extensão da motivação a partir das *razões arguidas pelas partes* e, portanto, a partir de um *critério extrínseco*.⁷⁴

Em resumo, no marco do ceticismo moderado, o contraditório sofre acréscimo de *conteúdo*: ao binômio *informação-reação* vai agrupado o *direito de influência*, compondo o trinômio *informação-reação-influência*, de modo a *dar* não só *voz*, mas também *ouvidos* às

⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 55, 2009.

⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 665, grifos no original.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*, cit., p. 58, nota de rodapé n. 20, grifos no original.

partes no processo. Como condutor de um processo colaborativo, o julgador faz observar e observa ele mesmo o contraditório; tanto *partes* como *juiz* são seus *sujeitos*. O âmbito do diálogo e da intervenção das partes, que antes se limitava às *questões de fato*, agora se amplia às *questões de direito*, cuja interpretação é largamente problematizada. Os aforismos *da mihi factum, dabo tibi ius* e *iura novit curia* sofrem sensível relativização, pois nem as partes possuem o monopólio da instrução, nem o juiz opera isoladamente na aplicação do direito, sendo tais tarefas geridas em colaboração. Por fim, o contraditório cumpre, além das *funções* de garantia do direito de *defesa*, de promoção da *igualdade* entre as partes e de garantia da *imparcialidade* do juiz, *função de investigação* do justo e *função legitimadora* do exercício do poder jurisdicional.

À nova visão acima exposta refere-se a doutrina ao mencionar o *contraditório forte*⁷⁵ ou a *visão atual* do contraditório,⁷⁶ sobretudo em razão da formulação do *direito de influência*. A sua mera previsão, porém, seria inócua se desacompanhada de alguma contrapartida. Como qualquer direito, também o direito de influência reclama deveres que lhe assegurem a efetividade. Assim é que se impõem ao juiz os *deveres* de *consulta*, *atenção* e de *diálogo*, encontrando estes últimos manifestação máxima na motivação da sentença. Insistimos no ponto de que a teoria cética moderada da interpretação problematiza a fixação das questões de direito, revelando, a partir da distinção entre texto e norma, a sua natureza adscritiva e, de conseguinte, decisória. Daí de não se admitir seja a norma simplesmente enunciada na sentença, como se verdade absoluta fosse, omitindo o julgador a complexa cadeia de escolhas realizadas no processo interpretativo. Deve o juiz expor as individualizações, valorações e decisões implicadas na atividade interpretativa de modo a permitir um controle intersubjetivo de racionalidade.

Distingue-se, neste ponto, entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo, constituindo este último objeto da fundamentação da sentença. A motivação deve, no Estado Constitucional, abranger todas as escolhas realizadas pelo juiz até chegar à decisão final da lide. Possui *estrutura aberta* e *argumentativa*; isto é, a sua estruturação varia de acordo com as escolhas levadas a efeito pelo magistrado e com os argumentos que lhe conferem sustentação. É o conteúdo que define a forma lógica a ser utilizada na sua elaboração, e não esta que conforma aquele.

⁷⁵ Ver, recentemente, CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”, cit., p. 70-74.

⁷⁶ Cf. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O processo justo na constituição federal de 1988, cit., p. 230-233; MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente, cit., p. 64.

A suficiência da motivação passa a ser medida não só por critérios intrínsecos (enunciação e justificação de todas as escolhas decisivas), mas também por *critério extrínseco*: a sua extensão é controlada pela argumentação constante nos autos, na medida em que o juiz deve pronunciar-se sobre todos os fundamentos arguidos pelas partes. Somam-se à *função aclaratória* as *funções justificativa* – a permitir o controle sobre a adequação da norma reconstruída – e de *garantia do direito fundamental ao contraditório* – a assegurar a observância, por parte do juiz, do direito de influência das partes.

É perceptível, em um modelo ceticista moderado, a íntima conexão entre o direito ao contraditório e o dever de motivação.⁷⁷ Todo o *thema decidendum*, seja suas questões de fato ou de direito, compõe o diálogo processual, estruturado de forma dialética e preenchido pelas partes e pelo juiz em colaboração. Não há espaço, aqui, para “decisões-surpresa” ou de *terza-via*. Por isso que o juiz, quando decide, “*como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento*”.⁷⁸ A motivação reflete, assim, o último suspiro do contraditório no processo.

⁷⁷ Também sustentando a ligação aqui afirmada, v. interessante artigo de FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Belo Horizonte, n. 1, p. 112-138, 2010. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>>. Acesso em 15 jun. 2013.

⁷⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz, cit., p. 54.

5 CONCLUSÃO

Pois bem. Vencidos os pontos propostos, é chegada a hora de tecer algumas breves notas conclusivas. Este trabalho teve por objetivo pensar o processo civil e, mais especificamente, o contraditório e a motivação a partir de dois modelos bem definidos de teorias da interpretação: um cognitivista e outro ceticista moderado. Apesar da dificuldade encontrada em classificar os diferentes autores em um ou outro modelo (exemplo de pensamento que apresenta passagens cognitivistas e passagens mais céticas é o de Calamandrei, como se vê da comparação entre as p. 29 e 42, nota de rodapé n. 3), mostrou-se frutífera uma abordagem por marcos metodológicos, dentro dos quais foi possível identificar pontos de coerência entre a teoria da interpretação predominante e determinadas noções de contraditório e de motivação.

De um modo geral, os autores da processualística apresentam-se afeitos ao cognitivismo interpretativo, verificável, sobretudo, em razão da doutrina da atuação da vontade concreta da lei. Nesse contexto, faz-se nítida a distinção entre as atividades legislativa e judicial, negando-se ao juiz qualquer poder criativo de direitos. Embora se compreenda que as palavras da lei possam conter mais de um significado segundo o uso comum, apenas um deles é considerado correto e correspondente à essência racional da legislação. A relação entre texto e norma é, portanto, unívoca. Em verdade, nem se distingue entre texto e norma. Reconhece-se ao juiz papel de simples aplicador, em concreto, da norma abstratamente prevista pelo legislador.

Em tal modelo, inspirado por uma organização assimétrica do processo, a visão do contraditório acompanha as dicções *da mihi factum*, *dabo tibi ius* e *iura novit curia*. Às partes toca a indicação e a investigação dos fatos; ao juiz, a aplicação do direito. O contraditório tem papel secundário e meramente formal no procedimento, exaurindo-se na necessidade de informação dos atos processuais às partes, a fim de possibilitar-lhes reação, e cumprindo funções de garantia do direito de defesa, de promoção da igualdade formal entre as partes e de garantia da imparcialidade do juízo.

A motivação, a seu turno, reflete a própria ideia que se tinha do raciocínio judicial, estruturado em silogismo e composto (i) por uma premissa maior, atinente à norma aplicável; (ii) por uma premissa menor, em que expostos os fatos verificados e a sua qualificação jurídica; e (iii) pela conclusão, momento em que o juiz aplica dedutivamente a consequência jurídica ao caso concreto. O critério para aferição da suficiência da motivação é intrínseco, pois se refere à clareza e à consistência com que exposto o *iter* lógico-psicológico percorrido

pelo juiz até a decisão. A fixação da premissa maior, isto é, das questões de direito, não é problematizada, pois vista como fruto da simples declaração das normas postas pelo legislador. Segundo essa concepção, a declinação dos motivos da decisão cumpre função basicamente aclaratória, servindo a esclarecer o âmbito da conclusão, a orientar a impugnação e a possibilitar um controle de correção lógica do julgado. É pela motivação que o juiz dá provas da sua fidelidade à lei.

Sensivelmente distinto é o tratamento da matéria no marco do Estado Constitucional. De forma predominante, os autores contemporâneos reconhecem a plurivocidade dos textos legislativos e, com ela, o fato de o juiz, como qualquer intérprete, realizar atividade adscritiva de significados, reconstruindo a norma jurídica no exercício de poder criativo. Soma-se ao quadro a necessidade de submeter a lei a controles materiais em face da Constituição, exigindo do julgador leitura crítica dos preceitos legais. O cenário que se apresenta pode ser descrito, assim, como cético moderado, de modo a invalidar o dogma do “poder nulo” de Montesquieu e, à primeira vista, pôr em cheque a legitimidade democrática da jurisdição.

Esse modelo, orientado pelo princípio da colaboração, passa a admitir a participação do juiz na investigação dos fatos e a reconhecer a importância da contribuição das partes na resolução jurídica da controvérsia, o que contribui para a relativização de antigos brocardos. No lugar de “dá-me o fato”, “investiguemos o fato”; em vez de “dar-te-ei o direito”, “reconstruamos o direito”. O contraditório é visto como instrumento de investigação da justiça do caso concreto, tendo também função legitimadora do exercício do poder jurisdicional, na medida em que se assume a existência de um direito de as partes influenciarem na decisão da lide. A participação de autor e réu no debate processual – seja no que se refere às questões de fato, seja no que atine às questões de direito – é também participação do povo na construção da decisão e, portanto, na reconstrução do ordenamento jurídico.

De nada adiantaria, porém, reconhecer um direito de influência sem correlatos deveres de consulta, atenção e diálogo por parte do órgão judicial. Assim é que a extensão da motivação passa a ser medida não apenas de acordo com critérios intrínsecos, mas conforme critério extrínseco: o juiz deve, ao fundamentar a decisão, analisar todos os fundamentos arguidos pelas partes em seus arrazoados. Ao fazê-lo, contudo, não deve lançar mão de estruturas puramente silogísticas, apresentando as premissas de fato e de direito como verdades absolutas, mas de estrutura abertas e argumentativas, expondo e justificando cada escolha realizada no caminho decisório. Sobressaem as funções justificativa – a permitir o controle também sobre as decisões interpretativas do juiz – e de garantia do direito

fundamental ao contraditório – a assegurar o respeito ao direito de influência e, ao mesmo tempo, legitimar democraticamente a decisão.

Entendidos o direito ao contraditório e o dever de motivação nesses termos, parece suprido de forma satisfatória o *déficit* democrático inicial do juiz. Em verdade, o reforço do papel das partes na conformação da questão jurídica posta em debate, traduzido pelo direito de influência e acompanhado de correlatos deveres por parte do órgão julgador, pode mesmo fazer do Judiciário o mais democrático dos poderes, como, de certa forma, já mencionava Cappelletti:

constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição (...) desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, cabendo-lhes ainda o fundamental direito de serem ouvidas. Neste sentido, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os processos da atividade pública.¹

E mais:

Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países (...). Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.²

Ainda à guisa de conclusão, vale expor o núcleo do presente trabalho a algumas críticas a serem eventualmente formuladas. A primeira delas, que chamaríamos realista, diria que o problema atual da administração da justiça é a enorme carga de processos confiada a pouquíssimos magistrados, de modo que uma doutrina que pretendesse impor ainda mais deveres ao juiz, além de não contribuir para uma solução, mostrar-se-ia impraticável. A segunda delas, expansionista, diria que a legitimação democrática pelo contraditório e pela motivação pode até ser aplicada quando os efeitos diretos da decisão operam apenas *inter partes*, mas não explica a jurisdição constitucional, de eficácia *erga omnes*.

A crítica realista pode ser respondida com mais realidade: a prática demonstra que não é o tempo de elaboração da sentença que faz abarrotar as varas judiciais, mas, principalmente, o tempo gasto nas lidas cartorárias. Ademais, exigir que a motivação dê conta de todas as escolhas realizadas pelo juiz e de todos os fundamentos arguidos pelas partes não significa,

¹ *Juizes legisladores?*, cit., p. 100.

² *Ibidem*, p. 98-99. Embora se dirijam aos “tribunais superiores”, as considerações de Cappelletti podem ser facilmente estendidas aos juizes em geral, submetidos por igual à exigência do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

necessariamente, torná-la de difícil elaboração. Com efeito, é bem possível que uma sentença de fundamentação concisa preencha os critérios intrínseco e extrínseco de suficiência muito mais satisfatoriamente do que outra que incorpore verdadeiro tratado retórico sobre o assunto, estilo cada vez mais comum. Por outro lado, parece viciada a noção de que a qualidade da administração da justiça se mede em números, hoje infelizmente prevalente. Já é chegada a hora de pensarmos também em indicadores qualitativos da boa administração da justiça, e a motivação parece servir a tal desiderato.³ Por fim, vale lembrar que o direito de influência não é, nem de longe, deferência do juiz, senão concreta manifestação da democracia participativa, do direito fundamental ao contraditório e, portanto, exigência constitucional.

Quanto à crítica expansionista, é de se admitir que o modelo de contraditório e motivação aqui apresentado não confere, desde logo, solução à questão da legitimidade das decisões com eficácia *erga omnes*. Todavia, se o ataque propõe-se a expandir o horizonte de análise, podemos defender também expandindo a noção de direito de influência para abarcar não apenas demandante e demandado, mas também outras pessoas interessadas no desfecho do processo. Toma relevo, nesse sentido, a importância da previsão de procedimentos plurais, que admitam a participação de *amici curiae* e a ampla realização de audiências públicas, por exemplo. Esse seria, contudo, tema de outro estudo.

³ Nesse sentido é uma das propostas de CADIET, Loïc. *Le développement des questions d'administration dans le système français de justice*. 2013. Conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 10 de junho de 2013, para quem a complexidade de cada causa deveria refletir na complexidade da motivação, em uma relação de proporcionalidade entre tempo do processo e tempo de produção da sentença.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **Democracia e totalitarismo**. Trad. Frederico Montenegro. Lisboa: Presença, 1966.

ÁVILA, Humberto. Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo, n. 29, p. 181-204, 2013.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 231-238, 1984.

BAUR, Fritz. Da importância da dicção “iura novit curia”. Trad. Arruda Alvim. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, p. 169-177, 1976.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 2005, p. 449-464.

CADIET, Loïc. **Le développement des questions d’administration dans le système français de justice**. 2013. Conferência realizada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 10 de junho de 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Direito processual civil**. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas: Bookseller, 1999. v. I.

_____. La genesi logica della sentenza civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I, p. 11-54.

_____. Processo e democrazia. In: CAPPELLETTI, Mauro (Org.). **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1965. v. I, p. 618-702.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Ristampa. Padova: CEDAM, 1933. v. II.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 218, p. 65-78, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Trad. J. Guimarães Menegale. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

CORRÊA, Orlando de Assis. **Sentença cível: elaboração e nulidades**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. XXVII)

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Belo Horizonte, n. 1, p. 112-138, 2010. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/DireitoSerro/article/view/1110/1092>>. Acesso em 15 jun. 2013.

FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. Trad. Marcelo Casseb Continentino. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 76, p. 161-166, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo a auxiliares da justiça**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. I.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 50, p. 2-20, 1990.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. Teoria e ideologia da interpretação constitucional. **Interesse Público**, São Paulo, n. 40, p. 217-256, 2006.

_____. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Série os pensadores)

HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro. Sim, os juízes criam direito! **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 71, p. 101-117, 2011.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KERN, Christoph. **Cortes supremas e precedentes**. 2013. Aula aberta ministrada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 29 de outubro de 2013.

LIRA, Gerson. A motivação na apreciação do direito. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 259-282.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Série os pensadores)

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. (Coleção teoria e filosofia do direito)

MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); e FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). **Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Curso de processo civil; v. I)

_____; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 2008. 356 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

_____. O processo justo na constituição federal de 1988. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 91, p. 215-260, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 206, esp. p. 61-78, 2012.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. XIV)

MONTESQUIEU, Charles. **O espírito das leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes**. Intro., trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich von. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia**. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOUR, Soraya. Dialética. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 208-212.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 74, p. 103-120, 1998.

_____. **Do formalismo no processo civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 16, p. 7-19, 1999.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 71, p. 31-37, 1993.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010, v. I.

PICARDI, Nicola. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES, Kassius Diniz da Silva; PAIXÃO CÔRTEZ, Osmar Mendes; KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **O raciocínio jurídico na filosofia contemporânea**: tópica e retórica no pensamento de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman. São Paulo: Carthago, 2002.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no §6º do art. 273 do CPC. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, n. 116, p. 129-150, 2009.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. I.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARTORI, Giovanni. **A teoria da democracia revisitada**: o debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. v. I.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. I.

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 165-173.

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975.

VAZ, Paulo Afonso Brum. O papel do juiz na construção do direito: uma perspectiva humanista. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 81, p. 55-71, 2012.

VILLA, Vittorio. **Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica**. Torino: Giappichelli, 2012.

WACH, Adolf. **Manual de derecho procesal civil**. Trad. Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Europa-América, 1977. v. I.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 53-62, 2009.

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. XVI)

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Democracia e judiciário na (re)politização do direito: notas para o papel dos juízes e do judiciário em um modelo deliberativo-procedimental de democracia (parte I). In: MEDINA, José Miguel Garcia et al (Coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199-217.

_____. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2005. 408 f. Tese (Doutorado em Processo Civil) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

