



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INTERDISCIPLINARIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:  
UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA

Jorge Antonio do Mont Serrat Martini da Eira

Rio de Janeiro  
2020

JORGE ANTONIO DO MONT SERRAT MARTINI DA EIRA

A INTERDISCIPLINARIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS:  
UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2020

## A INTERDISCIPLINARIDADE NA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA ABORDAGEM JUSFILOSÓFICA

Jorge Antonio do Mont Serrat Martini da Eira

Graduado pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

**Resumo** – o presente trabalho tem como proposta refletir sobre a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. A partir de tal reflexão, procura-se demonstrar os principais paradigmas doutrinários sobre o tema. Cabe fazer considerações acerca da presença da discricionariedade na elaboração das decisões judiciais. Além disso, é preciso abordar a função do Poder Judiciário na sociedade contemporânea.

**Palavras-chave** – Teoria do Direito. Fundamentação das decisões judiciais. Discricionariedade judicial. Função do Poder Judiciário.

**Sumário** – Introdução. 1. A importância dos paradigmas do Direito para a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. 2. A fundamentação com o uso da discricionariedade judicial. 3. A importância da fundamentação para a legitimação da função do Poder Judiciário. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta refletir sobre a interdisciplinaridade da fundamentação nas decisões judiciais. Primeiramente, procura-se demonstrar os principais paradigmas doutrinários acerca do tema. Em seguida, a presença da discricionariedade na elaboração das decisões judiciais é abordada. Por fim, é necessário analisar a função do Poder Judiciário na sociedade atual.

Para tanto, estudam-se as correntes doutrinárias a respeito do assunto. O conceito de Direito possui relevante papel para os estudiosos do passado, como também para os juristas atuais. Há várias correntes que se debruçam sobre o estudo desse fenômeno, com fundamentos, abordagens e diferenças entre si. É preciso apresentar tais paradigmas para que se possa fazer um recorte mais eficiente da pesquisa.

Segundo a corrente doutrinária adotada, a interpretação se modifica, o que gera consequências nos estudos jurídicos, na aplicação do Direito pelo intérprete e nas decisões judiciais. Assim, atinge não somente o aspecto teórico, mas também as vidas dos jurisdicionados.

Objetiva-se discutir as diferentes visões dos paradigmas do Direito para a fundamentação das decisões judiciais, o uso da discricionariedade judicial e a importância da fundamentação para a legitimação da função do Poder Judiciário. É diante dessa tensão que se

desenvolve a presente pesquisa.

O tema traz frequentes questionamentos tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional, logo seu estudo merece atenção. Nesse sentido, o aprofundamento dessa análise é necessário. Isso porque ele leva a repercussões nos textos doutrinários, na tomada de decisões judiciais ao solucionar os casos concretos e na sociedade como um todo, pois os jurisdicionados têm as vidas diretamente influenciadas pelas decisões provenientes do Poder Judiciário em sua atividade típica.

Para melhor compreensão do tema, apresentam-se as principais correntes que discutem sobre o conceito de Direito, principalmente seus fundamentos e suas diferenças. Em seguida, analisa-se como se dá a fundamentação com o uso da discricionariedade judicial. Enfim, demonstra-se a importância da fundamentação para a legitimação do Poder Judiciário ao atuar na resolução de conflitos.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando como é entendido o conceito de Direito na doutrina e a sua repercussão na interdisciplinaridade da fundamentação judicial. O foco é cotejar os fundamentos e compreender as diferenças trazidas pelas principais orientações dos estudiosos.

No segundo capítulo, aborda-se o estudo da discricionariedade judicial. Sobretudo, analisa-se a questão da fundamentação sob a influência de tal instituto.

Por fim, no terceiro e último capítulo, demonstra-se a importância da fundamentação para a legitimação do Poder Judiciário em sua atividade típica. Procura-se explicar a necessidade de argumentação no processo de tomada de decisão judicial.

É preciso estabelecer um recorte epistemológico para apresentar os conhecimentos trazidos no presente trabalho. Quanto à abordagem, a metodologia aplicada é denominada qualitativa. Os referenciais foram previamente selecionados com o objetivo de garantir que a pesquisa desenvolvida traga relevantes contribuições para a comunidade, principalmente nas áreas do Direito e da Filosofia.

Quanto aos objetivos do presente trabalho, é classificado como explicativo. O pesquisador pretende desenvolver fundamentos sobre tal discussão debatida anteriormente em diferentes aspectos no campo jurídico. A finalidade é de contribuir com o estudo do tema por meio de argumentos bem fundamentados.

Com isso, quanto ao procedimento desta pesquisa jurídica, é principalmente bibliográfico. Dessa forma, as fontes usadas são escritos doutrinários, normas positivadas e julgados dos tribunais.

## 1. A IMPORTÂNCIA DOS PARADIGMAS DO DIREITO PARA A INTERDISCIPLINARIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO NAS DECISÕES JUDICIAIS

Primeiramente, é preciso dizer que os paradigmas do Direito possuem diferenças entre si. Em sua obra, Caio Mário<sup>1</sup> apresenta a ideia de Direito Natural, na qual o Direito teria como norte o ideal de realizar justiça. O Direito Natural recairia sobre a norma legislativa. Ele seria universal e eterno. Estaria presente na vida humana, em todos os tempos e lugares. Se o sentimento do justo se abalasse, a humanidade superaria tal crise e retornaria ao seu caminho. Ela buscaria o ideal de justiça, que residiria na consciência humana.

Segundo o estudioso<sup>2</sup>, desde a Antiguidade, os filósofos pré-socráticos sustentavam haver princípios imutáveis e eternos, como a ideia de justiça. Os romanos também admitiam a eternidade do Direito Natural, considerando como inspiração a tendência crescente de humanização dos princípios jurídicos na evolução histórica do Direito Romano. Com o advento do Cristianismo, os Doutores da Igreja, como São Tomás de Aquino, retomaram a ideia de Direito Natural como de expressão divina e desenvolveram a dualidade de princípios de ordem eterna e de ordem humana. Dessa maneira, exprimem-se critérios de justo absoluto e de Direito ideal.

Michel Mialle<sup>3</sup> explica que o Jusnaturalismo pretende buscar a origem e o fim do Direito na natureza. É o primeiro paradigma do Direito. Assim, sua fundamentação se refere à existência e ao valor de regras não escritas, sendo elas superiores à sociedade. O Direito Natural determinaria as regras jurídicas a serem fixadas pelos seres humanos. Isso gera algumas consequências. O estudo de tais regras superiores que regulariam as relações sociais seria parte da ciência jurídica. O pensador da área deveria expor as regras do Direito Positivo e cotejá-las com o Direito Natural.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>4</sup>, a Escola Histórica e a Escola Positivista possuem foco na realidade concreta moldada pelo Direito Positivo. No século XIX, essa ideia voltou a predominar, sobretudo devido ao movimento neotomista e à ideia neokantiana. É impossível negar que leis anteriores inspiraram o Direito Positivo. Essas leis, apesar de não estarem escritas, teriam presença na consciência das diferentes comunidades.

---

<sup>1</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.8.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 9-11.

<sup>3</sup> MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*, 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994, p.43.

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 24.

Caio Mário<sup>5</sup> explica que a Escola Histórica é contra essa ideia de Direito universal e eterno. Segundo ela, o fenômeno jurídico seria um produto do meio social. Não teria origem no sobrenatural ou na razão humana. Como consequência de fatores históricos de cada país, estaria em contínuo processo de desenvolvimento e evolução.

Por sua vez, segue o estudioso<sup>6</sup> em seu raciocínio, a Escola Positivista tem outro foco. A realidade concreta do Direito Positivo explicaria e organizaria o mundo jurídico. O Direito consistiria apenas nos mandamentos do legislador ou no complexo de normas estatais. Não haveria espaço para a ideia de sujeição a uma ordem superior. O Direito teria base na força. Seu objeto estaria na realização do anseio por segurança.

Para Dimitri Dimoulis<sup>7</sup>, o Juspositivismo afasta o Direito Natural. Assim, o Direito consistiria nas normas impostas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela maioria. Isso independeria de justiça, retidão e adequação à Moral. Não constituiriam normas jurídicas aquelas que não possuíssem capacidade de imposição. Essas seriam somente normas morais, regras de decoro ou desejos pessoais.

A visão positivista, esclarece o autor<sup>8</sup>, superaria problemas da ótica jusnaturalista. O ordenamento jurídico seria composto por normas solucionadoras de casos concretos, não por boas intenções e colocações genéricas. Em meio a conflitos, as normas apresentariam sanções e o Poder Judiciário ponderaria os direitos em debate. O Direito Positivo conseguiria se ajustar às demandas sociais, enquanto o Direito Natural permaneceria estável no tempo e na tradição. O que tornaria válidos mandamentos coincidentes com o Direito Natural no ordenamento jurídico seria a sua correspondência com a vontade do legislador, não por serem considerados justos ou naturais.

De acordo com Noel Struchiner<sup>9</sup>, o Juspositivismo entendido como ceticismo ético representaria uma rejeição explícita à versão fraca da tese jusnaturalista. Segundo tal tese, um sistema normativo não seria classificado como jurídico quando houvesse contradição com princípios morais e de justiça.

---

<sup>5</sup> PEREIRA, op. cit., p.10.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 95.

<sup>8</sup> Ibid., p. 95-96.

<sup>9</sup> STRUCHINER, Noel. Algumas "proposições fulcrais" acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Org. MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 400-404.

Por fim, Dimoulis<sup>10</sup> conclui que o Direito teria sido criado para transformar a ordem natural, combater as fatalidades naturais, limitar o poder e civilizar a convivência. Assim, a reivindicação da vinculação à justiça, bem como a prevalência do Direito Natural quando houvesse conflito, seria uma tentativa ideológica de legitimar ou não o Direito vigente com base no apelo emocional e em opiniões subjetivas.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>11</sup>, o século XX trouxe a superação de algumas concepções do pensamento jurídico clássico do final do século XIX. Essas transformações chegaram ao Brasil principalmente depois da redemocratização. A cultura jurídica pós-positivista embute a ideia de que a solução dos problemas jurídicos não se encontraria integralmente na norma jurídica. Dessa forma, a separação juspositivista entre o Direito e a Moral ou outras áreas do conhecimento, como a Economia e a Psicologia, seria superada. Para construir a solução, o Direito precisaria se aproximar das Filosofias Moral e Política. A primeira tem relação com a busca da justiça e de outros valores. A segunda diz respeito à busca da legitimidade democrática e da promoção do bem comum.

Para o estudioso<sup>12</sup>, a doutrina pós-positivista tem inspiração na revalorização da razão prática, termo ligado à obra de Kant. Haveria fundamentação racional acerca da Moral e da justiça. O Direito passaria também a justificar normas, indicar a melhor interpretação do texto normativo e poder definir a norma aplicável ao caso concreto por meio de instrumentos racionais que não se limitariam ao mero conhecimento da lei.

O Pós-positivismo, explica Barroso<sup>13</sup>, tem como alicerce a Teoria da Justiça e a legitimação democrática. Sem afastar o Direito posto, possui como objetivo uma leitura moral das normas jurídicas. Com isso, os valores retornariam à interpretação jurídica, os princípios passariam a ser reconhecidos como normas, a necessidade de argumentação jurídica ressurgiria, uma nova hermenêutica seria construída e uma teoria dos direitos fundamentais seria elaborada com base na dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, o Direito se reaproxima da Ética desde a Teoria da Justiça de John Rawls, o que Ricardo Lobo Torres diz se chamar “virada kantiana”, com a presença da fundamentação nos Direitos Humanos, sobretudo na Moral.

---

<sup>10</sup> DIMOULIS, op. cit., p. 96-98.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 29, 2015. Disponível em: <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>12</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>13</sup> Ibid.

## 2. A FUNDAMENTAÇÃO COM O USO DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

De acordo com Ronald Dworkin<sup>14</sup>, o Positivismo contém algumas proposições centrais e organizadoras. O Direito de uma comunidade seria um conjunto de regras utilizado pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento seria punido pelo Poder Público. Se não houvesse regra jurídica, não haveria obrigação jurídica. Se o caso não estivesse coberto por uma regra, deveria ser decidido por uma autoridade pública. Portanto, ela poderia exercer o seu discernimento sobre o caso.

O autor<sup>15</sup> analisa a ideia de que a autoridade de uma regra possui duas fontes. A primeira delas consistiria na aceitação de um grupo de pessoas como um padrão de conduta. A segunda teria relação com o conceito de validade. Quando uma comunidade desenvolvesse uma regra secundária fundamental que estipulasse como as regras jurídicas seriam identificadas, daria origem a um conjunto específico de regras jurídicas e à ideia de Direito. Essa regra fundamental seria a única do sistema jurídico cuja obrigatoriedade dependeria de sua aceitação. Hart chama de regra de reconhecimento. Quando duas regras conflitassem no caso concreto, uma delas não poderia ser válida. Por sua vez, quando os princípios se intercruzassem, o intérprete judicial levaria em conta a força relativa de cada princípio, segundo a dimensão do peso ou da importância.

Para o estudioso<sup>16</sup>, os positivistas sustentariam que, se um caso não fosse coberto por uma regra clara, o juiz deveria exercer seu poder discricionário para solucioná-lo. Ele estaria presente quando alguém estivesse encarregado de decidir nos padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Seria como um espaço vazio cercado por uma faixa de restrições. A discricionariedade possui três sentidos. No primeiro sentido fraco, os padrões não seriam aplicados mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgar. No segundo sentido fraco, relaciona-se com uma decisão em última instância, que não poderia ser revista ou cancelada por ninguém. No sentido mais forte, quer dizer que não haveria limitações de tal autoridade por padrões.

Conforme Dworkin<sup>17</sup>, os princípios consistiriam em padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade e regulariam suas decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicas. Se um jurista pensasse no Direito como um sistema de regras, mesmo assim

---

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 27-28.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 33-43.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 49-52.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 61-62.



reconheceria que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas de acordo com as peculiaridades da lide. Dessa forma, chegaria à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo.

O autor<sup>18</sup> comenta sobre o teste fundamental de *pedigree* que deveria ser satisfeito para ser considerada uma regra como jurídica. Contudo, não funcionaria com determinados princípios. A sua origem e manutenção dependeriam da compreensão desenvolvida pelos membros da profissão e pela sociedade ao longo do tempo. Por fim, se os princípios fossem avaliados dessa maneira, rejeitaria a doutrina positivista segundo a qual haveria tal teste, esclareceria um pouco mais acerca do poder discricionário judicial e permitiria que princípios possam gerar uma obrigação jurídica.

Ainda sobre a norma de reconhecimento, Hart<sup>19</sup> diz que possui a importante função de aumentar a segurança na determinação do Direito. As normas e os princípios jurídicos identificados com base na norma de reconhecimento assim como ela própria, muitas vezes possuiriam uma penumbra de incerteza ou textura aberta. Não seriam só nos casos difíceis que os juristas poderiam discordar sobre a resposta juridicamente correta. Nesse caso, a lei não ofereceria resposta em nenhum sentido. Em razão disso, os tribunais precisariam exercer a discricionariedade para conseguir solucionar o litígio.

O estudioso<sup>20</sup> afirma que os princípios são amplos e gerais. Nesse sentido, várias normas distintas poderiam ser apontadas como manifestações de um único princípio. Eles geralmente remeteriam a algum objetivo ou atribuição de valor. Sua adoção ou preservação é desejável. Ofereceriam justificação para as normas que os exemplificam. Ademais, os princípios possuiriam um caráter não conclusivo, indicando ou privilegiando uma decisão. Não haveria nada em suas características que impedisse que eles fossem identificados por meio da regra de reconhecimento.

O autor<sup>21</sup> explica que o Direito limitaria e protegeria a liberdade individual por meio dos direitos e deveres jurídicos. Para tanto, poderia ser usado o maquinário coercitivo do Direito. As leis seriam pontos focais no funcionamento do sistema jurídico. Entretanto, haveria casos não regulamentados juridicamente sobre os quais o Direito não conseguiria fundamentar uma decisão em nenhum sentido. Ele se mostraria parcialmente indeterminado.

---

<sup>18</sup> Ibid, p. 64-71.

<sup>19</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 324-327.

<sup>20</sup> Ibid., p. 335-341.

<sup>21</sup> Ibid., p. 347-352.

O juiz teria de exercer sua discricionariedade sem comportamentos arbitrários e justificando sua decisão também nesses casos.

Em relação a diversas questões, complementa Barroso<sup>22</sup>, a solução dos problemas não se encontraria no sistema jurídico. Ela precisaria ser elaborada pelo juiz com o uso de argumentos. Ele formularia juízos de valor e selecionaria uma das soluções coerentes com o ordenamento jurídico. Essa maior participação subjetiva do intérprete judicial é a denominada discricionariedade judicial. Tal conceito se desenvolve no novo paradigma de interpretação jurídica. Houve a superação da ideia na qual caberia ao juiz realizar apenas subsunções dos fatos às normas de forma mecânica. O magistrado contemporâneo, em especial o que trabalha com matéria constitucional, não se restringiria mais a somente essa função.

Nos dias atuais, contextualiza o estudioso<sup>23</sup>, a interpretação jurídica concederia ao juiz um papel mais proativo. Assim, atribuiria sentido a princípios, concretizaria conceitos jurídicos indeterminados e realizaria ponderações. Além da função técnica de conhecimento jurídico, o magistrado complementaria o ordenamento jurídico com valorações acompanhadas da devida fundamentação. Dessa maneira, a discricionariedade judicial afastaria a ideia de que o juiz seria apenas a boca da lei. Haveria uma dimensão subjetiva na sua atuação. Ela decorreria da compreensão dos institutos jurídicos, do espírito de sua época e da captação do sentimento social.

Ademais, esclarece o autor<sup>24</sup>, o sentido é distinto do da discricionariedade no âmbito da Administração Pública. O juiz não faria escolhas livres, nem suas decisões seriam essencialmente políticas. Essa constitui uma das diferenças mais importantes entre o pensamento dos positivistas e dos não positivistas, retomando o primeiro capítulo do presente artigo científico. Para a concepção positivista, o ordenamento jurídico forneceria somente um conjunto de possibilidades decisórias legítimas. A escolha de uma dessas possibilidades seria um ato político. Já a concepção não positivista, afastaria esse ponto de vista. O Direito teria fundamento na pretensão de correção moral e de busca da justiça da solução adequada aos parâmetros constitucionais. Em sentido amplo, essa ideia inclui a segurança jurídica, a justiça do caso concreto e a dignidade humana. Dessa forma, os juízes não realizariam escolhas livres, pois seriam pautados por tais valores com bases enraizadas no texto constitucional.

---

<sup>22</sup> BARROSO, op. cit., p. 32-33.

<sup>23</sup> Ibid., p. 33.

<sup>24</sup> Ibid.

Para Barroso<sup>25</sup>, um intérprete judicial jamais poderia concluir que não há solução para uma lide. Em determinados casos difíceis, não haveria uma resposta objetivamente correta, mas sempre haveria uma resposta subjetivamente correta. Existiria uma única solução justa, correta e constitucionalmente adequada. O magistrado possui deveres de integridade e coerência, não podendo ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes do caso com suas respectivas premissas. Logo, um juiz não teria liberdade para escolher de acordo com suas simpatias, seu estado de espírito ou suas opções estratégicas de vida.

### 3. A IMPORTÂNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO PARA A LEGITIMAÇÃO DA FUNÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Conforme Boaventura de Sousa Santos<sup>26</sup>, as funções dos tribunais possuem uma evolução histórica do seu significado sociopolítico na sociedade. Sob o olhar da Sociologia Judiciária, uma de suas principais funções é ser um mecanismo de resolução de litígios. Quanto a isso, a Justiça Civil seria um bom exemplo. Nas sociedades contemporâneas, os tribunais desempenhariam funções instrumentais, políticas e simbólicas. As primeiras estão relacionadas à eficácia dentro dos limites de seu campo de atuação social. As segundas contribuem para a manutenção do sistema político. Por fim, as últimas são o conjunto de orientações sociais que auxiliam a manutenção ou modificação do sistema social.

As funções instrumentais dos tribunais, explica o autor<sup>27</sup>, são a resolução de litígios, o controle social, a administração e a criação do Direito. O controle social é o conjunto de medidas adaptadas em sociedade para que as ações individuais não se desviem do padrão dominante. Contribui especificamente para a manutenção da ordem social e para a sua restauração se for violada. A resposta foi encontrada no Direito, com uma normatividade universal e coerente com os novos objetivos de desenvolvimento da sociedade. Os tribunais ficaram encarregados de solucionar as lides, o que é conseqüentemente uma função de controle social. Um exemplo seria a Justiça Penal, na qual o padrão de sociabilidade dominante é reafirmado perante o comportamento desviado. Ademais, há uma prevenção de tais comportamentos.

---

<sup>25</sup> Ibid., p. 35.

<sup>26</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, p. 55. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>> Acesso em: 11 out. 2020.

<sup>27</sup> Ibid., p. 55-56.

De acordo com o estudioso<sup>28</sup>, as funções instrumentais dos tribunais podem variar. Há funções administrativas, como o conjunto dos atos de certificação e de notariado que os tribunais realizam por obrigação legal em situações que não são litigiosas. Conforme o país, os juízes podem ser chamados a exercer funções de auditoria, de consultoria jurídica ou de magistratura de autoridade em ministérios ou departamentos da Administração Pública. São resquícios dos tempos em que as atividades judiciais eram exercidas em conjunto com as atividades administrativas.

Segundo Boaventura<sup>29</sup>, a função de criação do Direito por parte dos tribunais é a mais polêmica, sobretudo nos países de tradição jurídica europeia continental. Até mesmo nos países da *common law*, há debates sobre o declínio da função de criação do Direito pelos tribunais em favor do Poder Executivo. Contudo, na prática, há muita criação do Direito pelos tribunais nos países de *common law* ou *civil law*. Ela é intersticial e surge se a subsunção lógica não for o suficiente. Situações intensificadoras como a normatividade negociada; o uso frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa-fé e de equidade; e a ação do juiz mais como mediador do que como julgador fazem com que se atenuem ou sejam cada vez mais permeáveis as fronteiras entre a criação e a aplicação do Direito.

O autor<sup>30</sup> pontua que os tribunais criariam o Direito de maneira intersticial principalmente na resolução de litígios. Nessa função, exerceriam um controle social com a afirmação de uma normatividade que deixaria de depender da vontade das partes. Por exemplo, na Justiça Penal, há uma dimensão de resolução de litígio não só entre o acusado e a sociedade, mas também entre ele e a vítima. Cabe lembrar que existem as funções políticas e as simbólicas. As primeiras decorrem do fato de os tribunais serem um dos órgãos de soberania, interagindo com o sistema político e o integrando. A função de controle social também é uma função política.

Para o estudioso<sup>31</sup>, as funções instrumentais e as políticas possuem dimensões simbólicas que variariam em relevância segundo a análise do caso concreto. A função de controle social seria a que tem maior componente simbólico. A Justiça Penal atua sobre comportamentos que se desviam de valores reconhecidos como importantes para a convivência em sociedade. A garantia da proteção desses valores por parte dos tribunais gera confirmação simbólica. É preciso esclarecer que a maior eficácia simbólica dos tribunais tem origem na imparcialidade, na igualdade formal, na possibilidade de recorrer e em demais

---

<sup>28</sup> Ibid., p. 57.

<sup>29</sup> Ibid., p. 57-58.

<sup>30</sup> Ibid., p. 58-59.

<sup>31</sup> Ibid., p. 61-62.

direitos e garantias processuais. Dessa maneira, o Direito processual é tão importante quanto o Direito substantivo.

De acordo com Barroso<sup>32</sup>, após a Segunda Grande Mundial, a ascensão do Poder Judiciário tornou-se um fenômeno universal. A sua independência é importante para a preservação dos direitos fundamentais e das instituições democráticas. No Brasil, com a Constituição de 1988, o Judiciário começou a se tornar um verdadeiro Poder político. Na redemocratização, com a ampla judicialização das relações sociais, os juízes e tribunais foram convocados a atuar devido ao aumento da demanda por justiça.

É necessário pontuar que, segundo o autor<sup>33</sup>, houve a superação do formalismo jurídico. O pensamento jurídico clássico tinha duas premissas: a norma jurídica era a expressão da razão e de justiça imanente; e o Direito se concretizava com a operação lógica e dedutiva de subsunção dos fatos à norma. Ao longo do século XX, consolidaram-se os entendimentos de que o Direito seria a expressão de interesses dominantes em dado momento e lugar; e que a solução para os litígios poderia não se encontrar pré-pronta no ordenamento jurídico, tendo que ser construída pelo intérprete por meio da argumentação.

Conforme entendimento do estudioso<sup>34</sup>, o constituinte e o legislador não seriam capazes de prever todas as situações da vida, formulando respostas claras e objetivas. A norma não corresponderia somente ao enunciado abstrato do texto. Ela seria produto da interação entre texto e realidade. Em razão disso, há muitas constituições compromissórias com princípios que tutelam diferentes interesses e o uso de normas de textura aberta, que têm seus sentidos concretos estabelecidos por meio da interação com fatos subjacentes. Nesse sentido, o constituinte ou o legislador acabaria transferindo a decisão final de muitas questões ao juízo valorativo do julgador, fazendo permear as fronteiras entre legislação e jurisdição.

Para Barroso<sup>35</sup>, em casos difíceis, não existiriam respostas pré-prontas à disposição do intérprete. Eles poderiam ser provenientes de conceitos jurídicos indeterminados, divergências sobre certos temas ou colisões entre princípios. A solução seria construída pelo juiz com argumentos encadeados de forma lógica, à luz dos parâmetros normativos, das circunstâncias do caso concreto, dos precedentes judiciais e às vezes de aspectos externos ao ordenamento jurídico. Na verdade, não seria uma criação judicial do Direito, já que a argumentação tem o seu sentido construído com base no próprio ordenamento. Nesse sentido, foram criados ou refinados vários institutos jurídicos, como a normatividade de princípios, o

---

<sup>32</sup> BARROSO, op. cit., p. 28-29.

<sup>33</sup> Ibid., p. 29.

<sup>34</sup> Ibid., p. 29-31.

<sup>35</sup> Ibid., p. 32.

uso da técnica da ponderação para resolver eventual colisão entre eles e a importância da argumentação jurídica.

Para lidar com a colisão entre princípios constitucionais ou direitos fundamentais, conclui o estudioso<sup>36</sup>, os tribunais constitucionais em geral usam da técnica da ponderação, valorando elementos do caso concreto para a produção da melhor solução sob a luz da vontade constitucional para aquela situação. Diversas respostas possíveis disputariam a escolha pelo intérprete judicial. A decisão judicial não se limitaria a aplicar uma solução que já se encontra inscrita no ordenamento pelo constituinte ou pelo legislador. Como o juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão estaria na argumentação jurídica, ao demonstrar racionalidade, justiça e adequação ao texto constitucional. A legitimidade da decisão estaria intrinsecamente ligada à capacidade do intérprete judicial de convencer o auditório a que se dirige de que aquela seria a solução justa e correta.

## CONCLUSÃO

De acordo com os autores citados ao longo do texto, pode-se chegar a algumas conclusões. O Direito Natural estaria presente na consciência humana e em todos os tempos e lugares. Dessa forma, a sociedade buscaria o ideal de justiça. O Jusnaturalismo busca a origem e o fim do Direito na natureza, conforme regras não escritas e superiores à sociedade. A ciência jurídica as estudaria e as cotejaria com o Direito Positivo.

Para a Escola Positivista, o Direito consistiria em normas impostas pela vontade política dominante e reconhecidas como válidas pela maioria. O ordenamento jurídico seria composto por normas solucionadoras de casos concretos. Elas apresentariam sanções e o Poder Judiciário ponderaria os direitos em debate. Nesse sentido, o Direito Positivo conseguiria se ajustar às demandas sociais. O Direito teria sido criado para transformar a ordem natural, combater as fatalidades naturais, limitar o poder e civilizar a convivência.

Por sua vez, o Pós-positivismo estabelece que a solução dos problemas jurídicos não se encontraria integralmente na norma jurídica. Dessa maneira, outras áreas do conhecimento contribuiriam para a definição da norma aplicável ao caso concreto. O Direito passaria também a justificar normas e a indicar a melhor interpretação do texto normativo. Sem afastar o Direito posto, haveria uma leitura moral das normas jurídicas. Nesse sentido, os valores

---

<sup>36</sup> Ibid.

retornariam à interpretação jurídica, os princípios passariam a ser reconhecidos como normas, a necessidade de argumentação jurídica ressurgiria, uma nova hermenêutica seria construída e uma teoria dos direitos fundamentais seria elaborada com base na dignidade da pessoa humana.

As regras e os princípios jurídicos poderiam possuir uma penumbra de incerteza ou textura aberta. A lei não ofereceria resposta em nenhum sentido. Em razão disso, o juiz precisaria exercer a discricionariedade para conseguir solucionar o litígio, sem comportamentos arbitrários e justificando sua decisão também nesses casos. Ele usaria argumentos, formularia juízos de valor e selecionaria uma das soluções coerentes com o ordenamento jurídico. Haveria uma relação com a superação da ideia na qual caberia ao juiz realizar apenas subsunções dos fatos às normas de forma mecânica.

Atualmente, a interpretação jurídica concederia ao juiz um papel mais proativo. Atribuiria sentido a princípios, concretizaria conceitos jurídicos indeterminados e realizaria ponderações. Contudo, o magistrado seria pautado por valores constitucionais como a segurança jurídica, a justiça do caso concreto e a dignidade humana. Ademais, o juiz possui deveres de integridade e coerência, não podendo ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes do caso com suas premissas.

A norma não corresponderia somente ao enunciado abstrato do texto. Ela seria produto da interação entre texto e realidade. Ao tutelar diferentes interesses e usar normas de textura aberta, o constituinte ou o legislador acabaria transferindo a decisão final de muitas questões ao juízo valorativo do julgador, fazendo permearem as fronteiras entre legislação e jurisdição.

Em casos difíceis, não existiriam respostas pré-prontas à disposição do intérprete. A solução seria construída pelo juiz com argumentos encadeados de forma lógica, à luz dos parâmetros normativos, das circunstâncias do caso concreto, dos precedentes judiciais e às vezes de aspectos externos ao ordenamento jurídico.

A decisão judicial não se limitaria a aplicar uma solução que já se encontra inscrita no ordenamento pelo constituinte ou pelo legislador. Como o juiz se tornou coparticipante da criação do Direito, a legitimação da sua decisão estaria na argumentação jurídica, ao demonstrar racionalidade, justiça e adequação ao texto constitucional. A legitimidade da decisão estaria ligada à capacidade do juiz de convencer o auditório a que se dirige de que aquela seria a solução justa e correta.

## REFERÊNCIAS

AREAL, Mônica Cavalieri Fetzner; FETZNER, Néli Luiza Cavalieri; TAVARES JUNIOR, Nelson Carlos. *Normas para a elaboração e a apresentação dos trabalhos de conclusão de curso*. Disponível em: <[https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso\\_especializacao/direitopublicoeprivado/2020/caderno-de-normas-julho2020.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/cursos/curso_especializacao/direitopublicoeprivado/2020/caderno-de-normas-julho2020.pdf)> Acesso em: 20 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto, A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, Número Especial, p. 25-50, 2015. Disponível em <<https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/3180/pdf>>. Acesso em: 07 jun. 2020.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução por Nelson Vieira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de Direito*. Tradução por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*, 2. ed., Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/65.pdf>> Acesso em: 11 out. 2020.

STRUCHINER, Noel. Algumas "proposições fulcrais" acerca do Direito: O debate Jusnaturalismo vs. Juspositivismo. In: Org. MAIA, Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy. *Perspectivas atuais de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.