

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO SUDOESTE DA BAHIA – UESB
BACHARELADO EM DIREITO
JORGEANNY CERQUEIRA PEREIRA

**DIREITO E VERDADE: UMA TEORIA SOBRE A CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Vitória da Conquista
2014

JORGEANNY CERQUEIRA PEREIRA

**DIREITO E VERDADE: UMA TEORIA SOBRE A CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS**

Monografia apresentada junto ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Caê Matos Teixeira de Almeida.

Vitória da Conquista

2014

JORGEANNY CERQUEIRA PEREIRA

**DIREITO E VERDADE: UMA TEORIA SOBRE A CONSTRUÇÃO DAS
DECISÕES JUDICIAIS.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Caê Matos Teixeira de Almeida.

Aprovada em: 30/06/2014

BANCA EXAMINADORA

Prof. Caê Matos Teixeira de Almeida
Orientador
Direito – UESB

Professora Marilza Ferreira do Nascimento

Professora Daniella Magalhães

Vitória da Conquista, 2014.

DEDICATÓRIA

Ao meu porto seguro, a minha calma,
meu aconchego dos dias difíceis,
solidez nos momentos de indecisão,
amor puro:
família.

AGRADECIMENTOS

A Deus, razão de todas as coisas, poeta que me fez um de seus versos.

Ao meu orientador Caê Matos Teixeira de Almeida pela paciência, dedicação, incentivo e, por nunca se ausentar da tarefa que lhe confiei, me orientando e guiando em um enveredar de novas descobertas. Você foi meu guia.

Aos melhores pais do mundo. A minha mãe, pela fé sobre-humana e amor imensurável. Ao meu pai por mostrar-me que se leva da vida a vida que a gente leva. A minha irmã Gisela, pelo amor incondicional.

Aos meus avós, pelos exemplos de vida e experiências transmitidas.

Aos meus tios por estamparem o orgulho e amor a mim dispensados. Em especial ao meu padrinho Adilson, pela força constante, e por ser responsável pelo amor mais lindo que pode existir entre um tio e sua sobrinha.

Às minhas amigas de uma vida, Lívia, Tereza, Luane, Mariana, Jadimile, Jaciara, Rafaela, Mariana Pinto, Marcelle, Elen e Nariane, por toda uma vida de sonhos iniciada lado a lado, por tudo que pudemos construir juntas, em amizade, em amor, em aprendizado, em amadurecimento. Hoje somos mulheres, nos conhecemos meninas.

Aos meus amigos da turma, com os quais dividi momentos inesquecíveis, em especial a Luciana, Almir, João Victor, Thales, Bruna, Tatyane e Jokasta.

À Larissa, pela amizade que ilumina e fortalece você foi um anjo que Deus colocou em meu caminho.

Ao meu mais novo amigo e não menos importante, Denisar, pela bela surpresa que me proporcionou sua amizade reedificante.

Minha gratidão a quem dividiu o amor pelo Direito comigo: professora Maria Helena-NAM; aos mestres queridos; a CONAJ e a Procuradoria do Município de Vitória da Conquista.

“Sonho que se sonha só, é só um sonho que se sonha só, mas sonho que se sonha junto é realidade”. (Raul Seixas)

Obrigada por sonharem comigo!

“Ubi societas ubi communicatio: Onde existe sociedade, existirá a comunicação humana.”

José Cretella Júnior

RESUMO

O presente trabalho trata de mecanismos que auxiliam no alcance de uma decisão judicial mais justa diante situações diversas. O mais importante aqui é demonstrar que as decisões judiciais são construídas e, que o número de casos possíveis de serem solucionados por meio de deduções são ínfimos, a argumentação neste ponto se faz essencial e o papel de intérprete do juiz é fundamental neste momento. O texto nos apresentará elementos que auxiliaram na fundamentação da construção de uma Teoria da Decisão Judicial, tomando como base diferentes fontes como a própria lei, os princípios gerais do direito, a dogmática jurídica, destacando a argumentação como um mecanismo de importância fundamental. Destacamos também ao formular essa teoria, a importância da justificação, independente do critério adotado pelo julgador ao atuar, e tal racionalidade baseada sempre na justificação interna e externa e suas eventuais consequências, auxiliando na condução de um postulado a ser utilizado como referencial e como critério de racionalidade para as decisões judiciais no nível pragmático e formal dos raciocínios formulados.

PALAVRA CHAVE: verdade, argumentação jurídica, decisão judicial, justificação, interpretação.

ABSTRACT

This paper deals with mechanisms that assist in achieving a fairer ruling on various situation. The most important thing here is to demonstrate that judicias decisions are built , and that the number of possible cases to be solved by deductions are negligible , the argument at this point becomes essential and the role of the court interpreter is critical at this time. The text will present the evidence that assisted in the foundation of building a Theory of Judicial Decision, based on different sources like the law itself , the general principles of law, the legal doctrine , emphasizing argumentation as a mechanism of fundamental importance . We also highlight in formulating this theory, the importance of justification, regardless of the criteria adopted by the judge to act , and such rationality always based on internal and external justification and its possible consequences , assisting in driving a postulate to be used as a reference and as a criterion the rationale for judicial decisions on pragmatic and formal level of reasoning formulated.

KEYWORDS: Indeed, the legal reasoning, judgment, justification, interpretation.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	LOGOS: O SURGIMENTO DO VERBO, PALAVRA ESCRITA E FALADA.....	15
3	DIREITO E VERDADE.....	19
3.1	HISTÓRIA DO DIREITO.....	19
3.2	DIREITO E SUA FUNDAMENTAÇÃO.....	24
3.3	FONTES DO DIREITO.....	25
3.4	DIREITO E DIVINO.....	29
3.5	DIREITO E PODER.....	33
3.6	DIREITO E CONSENSO SOCIAL.....	35
3.7	DIREITO E VERDADE.....	38
4	DECISÕES JUDICIAIS.....	42
4.1	DECISÕES JUDICIAIS E SEUS PRESSUPOSTOS.....	42
4.1.1	Devido Processo Legal.....	42
4.1.2	Juízo Competente.....	44
4.1.3	Adequação Do Fato A Lei.....	46
4.1.4	Provas No Processo.....	48
4.1.5	Decisão Judicial E O Livre Convencimento.....	50
4.1.6	A Importância Da Oralidade.....	52
4.1.7	Interpretação Do Juiz E O Discurso No Processo.....	53
5	UMA TEORIA SOBRE A CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	57
5.1	A DECISÃO JUDICIAL E SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS.....	57
5.2	DEVERES DO JUIZ.....	59
5.3	HERMENÊUTICA INTERPRETATIVA.....	61
5.4	ESQUEMA PARA UM RACIOCÍNIO JUDICIAL.....	64
5.4.1	Casos Fáceis.....	64
5.4.2	Casos Difíceis.....	67
5.4.3	Conflitos Entre as Formas de Julgar.....	69

5.4.4 A decisão Baseada na Argumentação.....	71
5.4.6 Racionalidade: como 1º <u>fundamento</u> de uma decisão judicial.....	75
5.4.6 A Decisão Judicial Justa.....	77
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	80
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

A busca pela justiça em seu sentido formal e até mesmo material, sempre foi um dos anseios da humanidade. Desde a criação de normas que limitassem as condutas humanas, até a criação de sanções para reprimir aqueles que desobedecessem à ordem vigente, enfim, a busca sempre foi pela paz social essencial para o alcance da estabilidade.

Porém, tal tarefa nunca foi fácil, decidir nos remete a um ambiente altamente perigoso e traz inúmeras responsabilidades. Além de normas jurídicas, o ato de decidir, está relacionado com o próprio papel do magistrado em contribuir na construção do direito. Neste sentido, métodos que auxiliem na condução do julgamento, atribuindo a tais decisões maior grau de confiança e menos reprovação social, aproximando-a da verdade, são fundamentais. No entanto o que podemos observar é que não é atribuída a decisão judicial a devida importância que ela faz jus, muitas vezes sendo uma atuação vista até mesmo com desprezo.

O Juiz, quando assume o papel de dizer o direito das partes, ou seja, ao julgar, cumpre um dever que o próprio Estado Democrático de Direito lhe concede, porém, mais que isso, ele atua de forma integrativa devendo, porém, abster-se, de suas convicções pessoais, o que não é tarefa fácil, utilizando para isso de métodos procedimentais que têm a finalidade de equilibrar o conteúdo da decisão até a sentença ser prolatada.

Diante tantas indagações sobre a busca de uma decisão judicial perfeita, e mais que isso, justa, o presente trabalho monográfico, tem o condão de apresentar e contribuir com uma teoria orientadora de decisões judiciais, que permita ao julgador menos instabilidade no exercício de sua tarefa, não queremos aqui, esgotar tal tema, tendo em vista a sua complexidade e os inúmeros posicionamentos encontrados doutrinariamente a este respeito.

Demonstraremos também, que a argumentação é um mecanismo eficiente e importante para que o magistrado motive suas decisões, neste sentido destacaremos não só a importância daquele que possui o poder decisório, mas

também dos interlocutores, das vozes do processo, daqueles que dizem seu direito e defendem suas razões.

Obviamente a lei continua em nossa teoria como um instrumento legal eficiente que não pode ser descartado, porém, esta deve ser vista como um dos instrumentos a serviço de uma decisão justa e não como o único caminho a ser percorrido.

Diante tais perspectivas iremos trazer uma teoria inovadora e ao mesmo tempo muito conhecida, pois o direito ele não é ele esta sendo, e a ideia estática que nos remete a um ordenamento jurídico legalista e engessado não condiz com um direito justo e fiel a cada realidade distinta apresentada pelas diversas relações sociais.

Para isso, se faz necessário antes de adentrarmos no tema propriamente dito, fazermos um apanhado histórico sobre o surgimento do direito, dando enfoque, sobretudo a sua origem, e posteriormente relacionando com os alicerces processuais que regulam o andamento do processo e conseqüentemente das decisões judiciais.

Iniciaremos essa teoria mostrando para que e para quem surgiu o direito, observando sua história, seu desenvolver e as inúmeras nuances que já teve. Após esse caminho histórico, que se confunde com a própria história da humanidade, relacionado com o cristianismo e suas regras de conduta e moral, mostraremos os pilares das decisões jurídicas. Abordaremos também as convicções que estão relacionadas com a própria ideia de justiça, da inconstante busca pela segurança jurídica que chegou a paralisar a atividade jurisdicional, até um momento mais reflexivo, no qual nos vemos atualmente.

O desenvolvimento de novos saberes jurídicos, permitiu que novas vertentes e reflexões, sob uma nova perspectiva do direito, emergissem. Neste diapasão a importância de maior clareza sobre a decisão judicial e uma maior inclinação sobre a análise do problema que a ensejou permite maior atrevimento ao julgador, pois vai além do mero positivismo jurídico.

Em meio a tantas elucidações que envolvem o tema em questão, sobretudo às novas discussões sobre a hermenêutica interpretativa desempenhada pelo juiz,

objetiva-se aqui estudar os caminhos que podem ser usados como forma de legitimar e garantir maior respeito às decisões judiciais, uma vez que a simples existência de lei, não basta para garantir sua eficácia.

2 LOGOS: O SURGIMENTO DO VERBO, PALAVRA ESCRITA E FALADA.

Entender o surgimento das línguas é de fundamental importância para que possamos iniciar os primeiros passos de uma teoria sobre decisões judiciais. Tudo que existe no mundo e não poderia ser diferente com a decisão judicial, se inicia com o surgimento da palavra e posterior a isso, com as diversas formas que ela se manifesta como forma de convencimento, ponto fundamental para a construção das decisões judiciais. O principal problema está no fato de ser a linguagem, sobretudo a verbal, insusceptível de registros, ou seja, ser imaterial.

É importante destacarmos que a linguagem não se restringe ao verbo, ela pode se manifestar de diversas formas desde que exteriorize uma informação. Neste sentido entende-se por linguagem, manifestações simbólicas e até mesmo gestuais que consigam facilitar uma comunicação eficiente entre os sujeitos interessados, sejam elas verbais ou não verbais, vejamos:

A linguagem é:

-“o conjunto das palavras e dos métodos de combiná-las usando e compreendido por uma comunidade.”

-“capacidade de expressão, esp. Verbal.”

-Meios sistemáticos de expressão de ideias ou sentimento com o uso de marcas, sinais ou gestos convencionados.

-Qualquer sistema de símbolos e sinais; código.

-Linguajar.

A linguagem é um fenômeno humano e, por conseguinte, está intrinsecamente relacionada com práticas sociais. Consequentemente, quando perguntamos pelo significado, é fundamental considerarmos o que as pessoas estão fazendo quando usam a linguagem.

A forma de linguagem é determinada pelo emissor que por sua vez transmite ao receptor sua mensagem. (MINUZZI e FACHIN, 2012, p. 2).

Partindo deste entendimento, a história da linguagem deve ser considerada remota, pois se confunde com a própria história da origem humana. Os adeptos da teoria criacionista e do Cristianismo, dizem que Deus ao criar o mundo apresentou às suas duas “criaturas”, tudo que existia em sua criação, inclusive atribuindo um significado a cada coisa que criava. Na Bíblia Sagrada (2011, p. 11), a palavra tem força criadora, pois no princípio era o verbo; com a palavra tudo foi feito, como é

possível encontrar em Gênesis, primeiro livro de Moisés "E disse Deus: Haja luz, e houve luz." (1:03).

Sobre essa perspectiva seria a linguagem interpretada como o "Motivo" de todas as coisas, sendo a causa que explica o anseio existencial humano que a filosofia tanto busca compreender. Neste diapasão, podemos concluir que para o entendimento cristão Adão já foi criado dotado de linguagem, pois não há como compreender um ser supremo que não manipulasse uma das maiores faculdades da humanidade, vejamos o que diz o livro de Gênesis (2: 19, 20):

O Senhor Deus formou, pois, da terra todo animal do campo e toda ave dos céus, e os trouxe a Adão para que visse como os chamaria; e tudo o que Adão chamou a todos os animais viventes, esse foi seu nome. Adão colocou nomes em todos os animais e em todas as aves dos céus e a todo o gado do campo [...] (2011, p.13).

Sob outra perspectiva, os estudos científicos modernos associam o surgimento da linguagem com a própria teoria da evolução humana, o homem evoluiu sua postura para a ereta se tornando um animal bípede, lateralizou o cérebro e adquiriu características que o diferenciava dos outros animais, tornando-se singular, único.

Sabemos que o cérebro de um homem adulto consome 20% da energia corporal e que num recém-nascido humano esse valor sobe aos 60% representando o cérebro 10% do peso corporal. Podemos, pois, ver a evolução do cérebro a dois níveis: um primeiro diz respeito ao incremento de tamanho desde o género Australopithecus até aos primeiros homens anatomicamente modernos, que dependeu forçosamente de um aumento da procura e recolha de alimento, capaz de providenciar energia a um cérebro cada vez mais consumidor. Um segundo nível de ilações prende-se com as eventuais pressões selectivas que favoreceram o incremento em massa do tecido cerebral e aqui somos remetidos para a sofisticação do uso e talhe de ferramentas e, mais importante do que isso, para a emergência da linguagem e da cultura. PAIVA (apud JONES ET AL, 1999).

Ainda a esse respeito PAIVA, 1999, diz:

Todos os animais comunicam... mas só nós fazemos perguntas, contamos anedotas, contamos histórias ou mentimos, podemos conversar silenciosamente para nós próprios, sonhar e comunicar esses sonhos. É quase óbvio que a linguagem seja vista como uma adaptação e sem dúvida uma adaptação crucial no desenrolar da evolução da espécie humana. A linguagem permite comunicar os meus pensamentos, permite construir noções de tempo e de espaço e uma tomada de consciência da nossa presença aqui. Mas porquê uma adaptação? Porque entre outras razões, apesar das centenas de "linguagens" usadas em todo o mundo, numerosas características semelhantes foram encontradas para os humanos falarem uma linguagem. Somos tentados a pensar numa base universal para aquisição de linguagem e seu uso.

Esse tema tornou-se bastante controvertido, algumas discussões surgiram a respeito desse assunto, desde explicações que afirmam que a linguagem surgiu da tentativa de reproduzir os sons emitidos pelos outros animais, até afirmações que diziam que os movimentos ocasionados pela própria respiração ocasionavam vibrações nas cordas vocais que estimulavam a emissão de ruídos.

É importante destacar grandes filósofos que desde a Grécia Antiga tentam explicar de onde surgiu a comunicação humana através das palavras. Platão em um de seus diálogos “Crátilo” fala sobre as possíveis divergências entre o nome da coisa e a própria coisa, colocando em problemática a própria questão de o nome ser parte indissolúvel e inerente às próprias coisas. “Uma coisa é o nome e outra coisa aquilo de que é nome. Essa relação traz alguns aspectos que interessam à investigação platônica sobre a possibilidade do falso no discurso.” PLATÃO (apud KANASHIRO, 2011, p. 132- 133).

E por fim, Aristóteles afirma em seus estudos que as palavras não possuem significados próprios, sendo portando uma criação humana, atribuindo, portanto um caráter convencional e não meramente natural ARISTÓTELES (apud DINUCCI, 2009, p. 08) diz:

O símbolo não toma pura e simplesmente o lugar da coisa, ele não tem nenhuma semelhança com ela [isto é afirmar que há uma ligação, mas também uma distância, pela qual o símbolo se distingue da relação de semelhança] e, no entanto, é a ela que ele nos reenvia [significando-a].

Aristóteles também concluiu em outros estudos que o homem é um animal social por natureza, e essa característica é oriunda de sua peculiar racionalidade, e explica isto pelo fato de ser o homem, o único dos seres vivos capaz de manifestar suas sensações e opiniões por intermédio da palavra. Os outros animais conseguem até expressar algumas sensações como dor e prazer, porém tais externalizações de sentidos são primárias, diferente da linguagem, que tem a finalidade de demonstrar questões relacionados a moral, que é outra característica estritamente humana.

Os nomes, os verbos e os discursos são vozes significativas e simbólicas, convencionais e analisáveis em letras [pois a escrita é símbolo das palavras faladas e, correlativamente, toda linguagem é susceptível de ser escrita]; os sons dos animais são vozes significativas e expressivas, naturais e não analisáveis em letras. Daí resulta... que os símbolos da linguagem humana representam uma espécie particular que pertence ao gênero comum das vozes significativas animais, quer dizer, como é definido no De Anima, os sons do ser animado. CHIESA (apud DINUCCI, 2009, p. 9) .

O que podemos observar nesse contexto, é que a linguagem foi se adaptando as novas realidades que surgiam na vida em sociedade, e foi se adaptando também as complexidades que conjuntamente iam surgindo. A possibilidade de comunicação humana, portando se adapta em detrimento e na mesma sintonia das relações sociais.

Como uma ciência que busca a verdade, o Direito durante a história da humanidade, passou por mutações imprescindíveis para que alcançasse sua atual conjuntura, por isso conhecer como surgiu o direito é fundamental para iniciarmos qualquer especulação a respeito da matéria.

3.1 HISTÓRIA DO DIREITO

Em épocas mais remotas, se imaginarmos o homem em sua origem, por mais que estes vivessem em grupos, é difícil imaginar a sobrevivência sem conflitos. Com a agregação dos homens em grupos e sua posterior fixação em uma terra específica, ele passa a se relacionar com os outros membros da comunidade a qual integrava.

Neste sentido, o surgimento de regras que orientassem a conduta de todo grupo, e que pudesse resolver os eventuais conflitos se tornou necessário.

Inicialmente o mais forte detinha o poder sobre os outros, neste sentido entende-se como mais forte, aquele que tinha alimentos em abundância, que possuía um grupo maior e dominasse grandes áreas.

Onde não há regras legitimadas, a força física e o poder acabam controlando as relações sociais, e a ausência do domínio da linguagem nos primórdios da vida humana teriam sido um dos principais motivos que faziam com que a organização social se baseasse na força.

Porém, diferente dos outros animais, o ser humano traçou um destino especial para a sua existência. Com a evolução das espécies e da própria natureza, o homem teve que criar meios para sobreviver, e para isso teve que criar um mundo novo que atendesse as suas necessidades mais peculiares, diferente do mundo natural com seus perigos inerentes, surgindo assim um mundo singular, o mundo humano e cultural a própria estratificação social.

Tão complexos e multifacetados são os fatos da estratificação social que têm sido descritos e interpretados de muitas maneiras diferentes. Alguns autores atribuíram maior importância à posição, outros à riqueza, ao poder ou ao privilégio, como dimensão crucial da estratificação. As diferenças

entre aristocratas e plebeus, prósperos e pobres, governantes e governados, têm sido encaradas como o resultado das diferenças inerentes aos homens, como produto de forças institucionais sobre as quais os homens em escassos controle, como padrões sociais que contribuem para o funcionamento da sociedade, com o manancial de conflitos e tensões. A estratificação pode ser considerada um processo, uma estrutura, um problema; pode ser vista como aspecto da diferenciação de papéis e Status na sociedade, como divisão da sociedade em grupos ou quase-grupos sociais, como a arena social em que se apresenta o problema da igualdade e desigualdade ou como tudo isso ao mesmo tempo. CHINOY (apud COSTA, 2009, p. 27).

Notamos através desses dados, que uma das principais diferenças entre os seres humanos e os demais animais, é sem dúvida alguma o poder de dominar a linguagem, nota-se isto claramente, vejamos alguns dados extraídos de uma pesquisa que afirma que entre homens e chimpanzés existe aproximadamente 99% de genes idênticos:

Uma análise publicada na Revista Nature mostrou que devido à FUSÃO CÊNTRICA (junção entre os cromossomos 12 e 13 do chimpanzé), nós humanos temos 46 cromossomos (23 pares), enquanto que os chimpanzés possuem 48 (24 pares).

Dos 3 bilhões de pares de genes que os *chimpanzés têm*, apenas 35 milhões (menos de 4%), são diferentes dos encontrados no DNA dos humanos.

A maioria das diferenças entre o homem e o chimpanzé reside nos trechos de DNA que parecem ter pouca ou nenhuma função.

53 genes do genoma humano não existem no genoma do chimpanzé, ou não estão ativos.

Através da taxonomia (o estudo sobre a classificação dos seres vivos), e do grau de diferença em nível molecular, conclui-se que o Homo e o Pan devem ser agrupados em apenas um gênero.

Cerca de 85% dos homens brancos ainda tem o FATOR RH, que foi descoberto nas hemácias do macaco Rhesus.

De acordo com os desafios e as oportunidades pelas quais ambos passaram as MUTAÇÕES foram esculpindo os genomas do macaco e do homem.

Os homens e os chimpanzés atuais têm uma similaridade genética superior a 99%.

Os homens e os macacos tem um ancestral comum, que há cerca de 5 milhões de anos, através de inúmeras Mutações foram se transformando em alguns tipos de humanos, e mais de 300 raças de macacos.

Tantos os humanos como os macacos têm aptidões mentais parecidas.

Ambos têm características ANATÔMICAS semelhantes.

Ambos possuem a mesma liberdade de movimentos dos ombros e dos braços.

As mãos do homem e as dos macacos têm o mesmo feitio e a mesma habilidade.
Em ambos o primeiro dedo oponible funcionar como pinça para agarrar.
Entre o homem e o macaco há semelhanças biológicas, físicas e culturais.
(HUBRIS, 2012)

O ser humano se desenvolve em virtude de pensamentos organizados, aos quais colocam suas próprias identidades, incluindo valores sociais e pessoais, além da própria moral externalizada por meio de diversas expressões, sejam elas o diálogo, usos, costumes, e o próprio discurso, que permitem a comunhão de pensamentos o que permite ao homem deixar de ser só e passar a compor a vida social.

A necessidade humana, e a sua grande busca pela vida em sintonia entre homens e natureza, de forma a esta contribuir para a sua perpetuação e controlar conflitos, fez com que emergissem nas civilizações mais remotas, códigos normativos, que limitassem a liberdade do homem, códigos esses tão remotos que precedem até mesmo aos chamados povos “civilizados”, neste caso sob outras perspectivas.

Embora o direito tenha surgido junto com o homem, não podemos falar em um sistema orgânico de princípios nos tempos primitivos. Os grupos sociais, dessa era, viviam em um ambiente mágico e religioso: a peste, a seca e todos os fenômenos maléficos eram vistos como resultantes das forças divinas. O funcionamento da sociedade dava-se de forma que se um indivíduo cometia um crime, as explicações para a sua punição estava nos deuses (se a nação era politeísta), ou mesmo em deus (se a nação era monoteísta). Para conter a ira dos deuses, ou do deus, criaram-se várias proibições, e estas, se não obedecidas, resultavam em castigo. Esses castigos podiam ser corporais, ou mesmo a pena de morte. A desobediência do infrator levou a coletividade a punir a infração, surgindo as normas entre os habitantes da mesma comunidade, que podiam variar de grupo para grupo, dependendo de suas características culturais e religiosas. (COSTA, 2009, p. 30 e 31)

Porém devemos pontuar aqui que as normas que regiam a vida em sociedade em épocas mais remotas possuíam um cunho muito mais religioso e extremamente vingativo do que sancionador, sua principal finalidade era a vingança. A religião neste contexto também estava intrinsecamente ligada a todas as formas de castigo, praticadas como maneira de reparar o erro cometido pelo

homem, quando este conflitava com os interesses do grupo, a ideia do sagrado e do divino controlava todas as relações sociais.

Quando os interesses do agente ou conflita com os interesses do grupo, ou se desvirtua desses preceitos, surge a transgressão. Dependendo da conduta esta poderia ser um crime e o grupo estabelecia uma pena. O castigo se cumpria com o sacrifício da própria vida ou com a oferenda de objetos valiosos aos deuses.

A pena, nada mais significava do que vingança, com o intuito de revidar a agressão sofrida. A preocupação em castigar não sedava pelo sentimento de ofensa a pessoa que sofreu a agressão e sim pela preocupação em se fazer justiça. Portanto, a influência religiosa na vida dos cidadãos e membros da comunidade era muito forte e preponderante. As leis eram interpretadas pelos sacerdotes e membros religiosos do grupo e davam um caráter sobrenatural aos acontecimentos. Nesse período, osacerdote tinha uma função dupla, interpretava e aplicava a lei. (COSTA, 2009, p. 30 e 31)

WOLKMER (apud COSTA, 2009, p. 30), ainda afirma:

Posteriormente, num tempo em que inexistiam legislações escritas e códigos formais, as práticas primárias de controle são transmitidas oralmente, marcadas por revelações sagradas e divinas. Fustel de Coulanges, H. Sumer Maine, entendem que esse caráter religioso do direito arcaico, imbuído de sanções rigorosas e repressoras, permitiria que os sacerdotes-legisladores acabassem por ser os primeiros intérpretes e executores das leis. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos seus ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes), anunciaram ter recebido as suas leis do deus da cidade. De qualquer forma, o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado.

Neste diapasão, fica claro que aquele que cometia um crime não se tornava apenas um infrator das regras de convívio social, mas também um desrespeitador da vontade divina, e neste sentido a gravidade de seus atos tornavam-se incalculáveis, e muitas vezes todas as outras pestes ou desastres naturais que acometiam aquele grupo eram atribuídas a ele. Sua atitude era hostilizada de tal forma, que em algumas situações o seu castigo não era suficiente para

reestabelecer o “status quo” social anterior a sua conduta, alcançado algumas vezes toda sua família ou grupo, sendo todos eles dizimados para não incitar à ira dos deuses ou de Deus, dependendo do tipo de sociedade, se monoteísta ou politeísta, vejamos o que COSTA diz sobre esse tema:

Para se evitar a dizimação dos povos, surge o Talião que limita a reação à ofensa a um mal idêntico ao praticado. Interpretara lei historicamente é importante para não se cometer erros.

Para a época, o Talião representou um grande avanço, visto que dava uma certa proporcionalidade a ofensa praticada pelo inimigo. Talvez o princípio da proporcionalidade, aplicada ao crime e apenas como decorrente deste, esteja justamente na lei de Talião, embora não seja citada. (2009, p. 32) [...]

É nesse contexto que se iniciam as primeiras ideias de um controle social menos vingativo e cruel, e mais sancionador, incidindo de forma proporcional a conduta do indivíduo.

Das legislações que retratam, com propriedade, como eram as legislações antigas, temos o Código de Hamurábi que vigorou para o povo que habitava a Mesopotâmia.

Analisando o código de Hamurabi, verificamos que o Talião já existia em seus ensinamentos e preceitos.

Os ensinamentos de Moisés estão elencados no seu fantástico Pentateuco. Esta lei representava toda a lei e as normas de conduta para o povo hebreu.

Para os romanos temos, a Lei das XII Tábuas, que vigorou durante séculos(...). Foi sem dúvida, o começo de uma codificação para os romanos que utilizavam a casuística para a solução de conflitos. Isso provocava grandes desigualdades na aplicação da justiça entre patrícios e plebeus.

Em várias legislações, temos o Talião, onde a regra para o cumprimento da justiça tinha como máxima: “Olho por olho, dente por dente”. Nesse particular, essa regra foi um grande avanço na história do direito criminal por reduzir a abrangência da ação punitiva.

Muitos povos deixaram de ser dizimados, visto que havia uma “certa proporcionalidade” para o cumprimento da pena. Mais tarde, surge a composição, sistema no qual o ofensor se livrava da punição com a compra de sua liberdade, também adotada pelo Código de Hamurábi, pelo Pentateuco [...]. (COSTA, 2009, P. 33 e 34)

Diante os fatos relatados, podemos observar que o Direito sofreu fortes influências religiosas, damos aqui certo destaque ao Direito Hebreu, Romano e Muçulmano, imprescindíveis para o antigo e atual pensamento jurídico.

3.2 DIREITO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Em meio a uma história cheia de nuances, o Direito surge com a finalidade precípua de estabelecer valores, visando à permanência da existência humana e a perpetuação da sociedade, visando solidificar um ordenamento justo que regulamentasse a vida social.

Neste sentido além de ser a externalização da cultura humana, o Direito é um conjunto de normas que possuem o condão de realizar valores, imprimindo assim um caráter também de Ciência, RUDOLF IHERING, diz que o Direito “é a garantia das condições de vida da sociedade, realizado continuamente pelo Poder Público, mediante força”. (2001, p. 42-43).

Se analisarmos o Direito como um conjunto de normas logo concluiremos que ele estabelece um *dever ser* para as condutas do homem, todos aqueles que se submetem a um ordenamento jurídico, deve vincular-se a todas as regras ditadas por ele sem restrições, sob pena de estar perturbando a paz social, podendo ser penalizado por isso.

Neste sentido, por ter o poder de controlar condutas, o Direito deve se revestir de justiça, em uma frase bastante autoexplicativa EDUARDO CAUTERE, disse muito bem isso “Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.” (1999, p.39).

Além disso, os próprios princípios gerais do Direito devem ser norteadores da atuação de todos os aplicadores do Direito, pois correspondem às próprias diretrizes principiológicas da Justiça.

O Direito, portanto, deve ser justo, contrário a isso não seria lógico exigir a sua observância e o seu respeito por todos, uma vez que ele é criado como um conjunto de limites à própria liberdade de agir de todo e qualquer cidadão, tentando

desta forma, garantir de forma segura que nenhum indivíduo seja lesado em sua esfera individual, e impedir também que este desrespeite a liberdade do outro.

3.3 FONTES DO DIREITO

As fontes do Direito são as diversas maneiras de onde surgem as Normas jurídicas e os princípios gerais do direito.

Fonte é o vocábulo que designa concretamente o lugar onde brota alguma coisa, como fontes d'água ou nascente, a expressão fontes do direito significa o lugar de onde provem a norma jurídica, donde nascem regras jurídicas ainda não existentes na sociedade humana, retornar a fonte do direito é buscar a origem de seus enunciados (TERRA, 2012, p. 03)

Vejamos o que diz MACHADO, 2002, p. 57, sobre a definição da fonte do Direito:

A fonte de uma coisa é o lugar de onde surge essa coisa. O lugar de onde ela nasce. Assim, a fonte do Direito é aquilo que o produz, é algo de onde nasce o Direito. Para que se possa dizer o que é fonte do Direito é necessário que se saiba de qual direito. Se cogitarmos do direito natural, devemos admitir que sua fonte é a natureza humana. Aliás, vale dizer, é a fonte primeira do Direito sob vários aspectos.

Todo ordenamento jurídico é composto de normas de direito que regulamentam a conduta humana, e com o tempo algumas normas acabam sendo extintas e modificadas, buscando, assim, se adequar as novas realidades que surgem.

A doutrina identifica as fontes formais de um sistema de direito, que são aquelas que resultam obrigatoriamente de uma norma de reconhecimento. Possuem esse caráter a lei, bem como os princípios gerais do direito, o costume – nos casos reconhecidos pelo ordenamento- e a jurisprudência obrigatória. (LORENZETI, 2010, p. 77).

Segundo Kelsen (apud Terra, 2012 p. 4)

[...] a norma fundamental (Constituição no sentido lógico-jurídico) é a **fonte primordial do direito**, de acordo com a qual devem estar todas as demais leis do ordenamento jurídico. Desse modo, uma norma só pode se originar de outra que lhe seja hierarquicamente superior.

As fontes do Direito são, portanto, as variadas formas de onde emergem as normas jurídicas e os princípios gerais da ciência jurídica.

As fontes do direito são divididas em diretas e indiretas. Entende-se por fonte direta as leis e os próprios costumes locais, e como fonte indireta a doutrina e a jurisprudência.

SÃO FONTES DIRETAS DO DIREITO:

LEIS - normas gerais e impressas, valendo para o futuro e editadas para um número ilimitado de pessoas; as **leis** merecem um especial destaque, já que **constituem a principal fonte do Direito**.

Leis (sentido *strictu*): leis complementares; leis ordinárias; leis delegadas, medidas provisórias; decretos legislativos e resoluções.

Costumes - norma jurídica **não** escrita, que o uso continuado consagra, respeitando pela sociedade onde se instala como se tivesse força de lei, o costume é oriundo de uma convicção do grupo social, que o cumpre com rigor.

SÃO FONTES INDIRETAS DO DIREITO:

DOCTRINA: trabalhos teóricos desenvolvidos por estudiosos do Direito, que visam à interpretação das leis e dos preceitos jurídicos;

Ex.: Teorias trazidas em livros são doutrinas.

JURISPRUDÊNCIA: conjunto de decisões proferidas pelos tribunais de segunda instância em casos concretos, específicos. (Terra, p. 5-6, 2012).

Há também quem inclua os princípios como uma importante fonte do direito, Fiúza, 2004 p. 30, por exemplo, preceitua:

“[...] os princípios gerais do Direito também são fonte jurígena. Deles [...] podem ser extraídos outros princípios e regras. Na atualidade, a importância dos princípios aumentou. São várias as razões, entre as quais destacamos duas, talvez as mais relevantes. A primeira é o próprio Estado Democrático de Direito, sob cuja égide vive o Brasil contemporâneo. Segundo o paradigma do Estado Democrático de Direito, todo o ordenamento se submete aos valores e princípios constitucionais, mesmo que não claramente escritos, expressos, desde que se possa extrair da lógica e dos valores do sistema constitucional. Outra razão é a revolução por que vem passando a hermenêutica, que destaca cada vez mais o trabalho do intérprete, que se deve basear cada vez mais nos princípios, a fim de obter a justiça no caso concreto, mesmo porque, havendo contradição entre um princípio e uma regra, prevalece aquele.”

O que é possível notar, é que as fontes do direito são a origem do próprio direito. Podemos aqui pontuar como fontes do direito as leis, o costume, a jurisprudência, a equidade e a doutrina. As leis são os conjuntos normativos, as próprias normas jurídicas criadas por meio de processos legislativos próprios, criados por autoridades competentes para isso; os costumes são a regras de conduta social que surgem de práticas reiteradas de cada sociedade, levando em conta a cultura local; jurisprudências são entendimentos reiterados a respeito de interpretações de leis, praticados por determinados tribunais nas mais diversas jurisdições; a doutrina é o conjunto de criações realizadas por doutrinadores conhecedores do direito.

Fontes materiais (também chamadas REAIS)

São os fatos sociais, as próprias forças sociais criadoras do Direito. Constituem a matéria-prima da elaboração deste, pois são os valores sociais que informam o conteúdo das normas jurídicas.

As fontes materiais não são ainda o Direito pronto, perfeito, mas concorrem para a formação deste sob a forma de fatos sociais econômicos, políticos, religiosos, morais.

Fatos sociais de natureza política, encontraremos no papel inegável das ideologias políticas, ao originarem movimentos políticos de fato, como as revoluções e as quarteladas.

Na religião, há uma fonte destacada do Direito, haja vista a Antiguidade Oriental e a Clássica, nas quais encontramos Direito e Religião confundidos.

Como exemplo de fatores morais na elaboração do Direito, citem-se as virtudes morais, os valores sociais considerados por todos, como o decoro, a decência, a fidelidade, o respeito ao próximo.

Como fatores naturais, pode-se citar o clima, o solo, a raça, a geografia, a população, a constituição anatômica dos povos. (TERRA, 2012, p. 9, 10, 11)

A lei é a fonte mais importante para o direito objetivo, por ter como característica a generalidade e a obrigatoriedade, destinando-se, portanto, a um número indeterminado de pessoas, e não se esgotando em um caso específico.

LEI- é a principal fonte formal do direito nos países da *Civil law*. Há essa tendência a codificar o direito, para buscar maior certeza e segurança nas relações jurídicas.
Ainda: o processo baseado na lei escrita costuma ser mais rápido do que o Direito baseado em precedentes, casos concretos, como nos países da *common law*. Objetivo da celeridade, rapidez: alcançar meios que possam dar mais agilidade às demandas (morosidade legislativa).
O Estado cria a lei e concede ao costume e à jurisprudência a força desta. (TERRA, 2012, P. 16-17)

O magistrado diante tais critérios utilizados no processo de composição do direito, como ponderação para alcançar a solução de conflitos, tem a tarefa de reconhecer um problema e encontrar a melhor solução para ele, utilizando das fontes para alcançar a objetividade necessária.

A tarefa do Jurista a respeito das fontes é encontrar os critérios de autoridade e de razoabilidade para fundamentar a decisão. [...] O jurista realiza essa tarefa, na atualidade com uma pluralidade de fontes que se sobrepõem e até se contradizem. É o que ocorre quando há duas leis que regulam o mesmo fato e por sua vez há um regulamento, um costume e uma norma constitucional com os quais a decisão tem de "armar um quebra cabeça". Nesses casos são insuficientes a regra da antinomia (aplicar norma hierarquicamente superior, ou a especial sobre a geral, ou atemporal prioritária). Esta situação determina que se faça referencia atualmente ao *diálogo das fontes*, que dará lugar a uma noção de complementariedade, e não de antinomia. (LORENZETTI, 2010, p. 78- 79)

Não é possível, portanto, majorar um valor absoluto a cada fonte do direito, nem tão pouco estabelecer forças diferente a cada um, cada ordenamento possui autonomia suficiente para estabelecer qual fonte possui mais importância para as suas finalidades precípua.

3.4 DIREITO E DIVINO.

Como já foi possível observar até aqui, o direito teve sua origem amparada na religião, pela crença de um Deus ditador e vingativo. Para compreender melhor tal afirmativa é necessário desvendar o direito com fundamento no cristianismo, ou melhor, no direito hebreu.

O direito hebreu tem suas raízes na crença de um Deus poderoso e soberano, fundamentado na religiosidade, neste sentido para termos uma maior compreensão é necessário entender sua história.

A civilização hebraica é proveniente da Palestina, eles eram povos nômades que foram escravizados pelos egípcios; conta à história que Moisés, um hebreu nascido no Egito, recebeu uma mensagem divina para libertar seu povo do cativeiro e sair em busca da terra prometida.

Este povo tinha uma forte influência religiosa, eles seguiam a liderança de homens escolhidos por Deus, e se identificavam como uma nação santificada que deveria manter e expandir a sua população, os hebreus exerceram uma profunda influência religiosa, moral e jurídica no ocidente.

O Decálogo, ou os dez mandamentos, são leis que segundo a bíblia foram escritas por Deus em tábuas de pedra e entregues a Moisés, para consolidar a aliança entre Deus e o povo de Israel. Essas leis livrariam o povo da escravidão e do pecado, e, deveriam ser cumpridas, pois, além de serem emanadas de Deus, selava um pacto de respeito e de amor a Deus e ao próximo.

Diante desse contexto, é evidente que o Direito Hebreu tem uma grande força religiosa.

O Direito hebraico é um Direito religioso. Trata-se de Religião monoteísta, totalmente diferente dos politeísmos que a rodeavam na antigüidade; Religião que, por meio do Cristianismo – que dela deriva –, exerceu profundas influências no Ocidente. Na doutrina hebraica, o Direito é desde logo imutável e só Deus pode modificá-lo; idéias que reencontramos no Direito Canônico e na Châr'ia muçulmana. Talmude, do hebraico, significa ensinamentos. (NETO, 2008, p. 1)

A fonte do Direito Hebreu é a Bíblia, isso pode ser comprovado nos livros do antigo testamento, Êxodo, Gênesis, Levítico, Deuteronômio e Números. Suas leis, apesar de baseadas no divino, têm certo conteúdo jurídico.

Sem dúvida, esse Direito exerceu fortes influências nas civilizações ocidentais; ainda hoje, existem dentro do ordenamento jurídico vigente assuntos tratados nas leis hebraicas, por isso atribui-se a elas uma importância histórica e jurídica.

Acompanhando a evolução histórica, a idade média, marcada pelo feudalismo vem a firmar ainda mais as raízes de um direito baseado na religiosidade. Nesta época, não havia Estado, a igreja era o órgão supremo, as desigualdades eram justificadas pela “vontade de Deus” e o direito era a própria crença no divino. A solução de um litígio era feita por um duelo entre as partes, as autoridades dos tribunais eclesiásticos somente exerciam o controle formal da disputa. Na maioria das vezes os meios de prova eram fundamentados no divino e no sobrenatural, as provas documentais e as testemunhas eram raras, havendo dúvida, recorria-se a outro duelo usando a “prova de Deus” (a parte era submetida a uma prova e dependendo do resultado, saberiam se falava a verdade ou não).

Os preceitos divinos deram origem a uma ideologia que serviu de base para fundamentação jurídica, Miguel Reale, em seu livro filosofia do Direito, onde ele afirma que “Como toda ordem ética, também a ordem jurídica tem a sua raiz na vontade racional divina, que rege o mundo; o seu escopo é o adimplemento dos desejos de Deus e encontra – na vontade divina – os seus limites que não é lícito ultrapassar.” (REALE, 2002, p.484)

Essa religiosidade, baseada em preceitos, inerente da história da humanidade enseja em uma forte influência nos ordenamentos jurídicos, pois foram os preceitos divinos as primeiras normas de conduta estabelecidas; diante de tal fato enraizado na história dos povos, torna-se difícil separar o religioso das condutas sócias aceitáveis, o que é moral e permitido anda lado a lado com o que é prescrito por Deus. MIGUEL REALE tenta esclarecer como a religiosidade estabelece essa relação com o intimo do homem:

(...) Salomon Reinach apresenta a religião como sendo “um conjunto de escrúpulos que opõe obstáculo ao livre exercício de nossas faculdades”. Pensamos em que explicações desse jaez ficam na superfície do problema, sem penetrar na essência do religioso. Nenhuma explicação sociológica, e nem sociológica, logrou até hoje revelar o sentido do religioso, que se caracteriza pela exigência do transcendente, de algo que não se põe na correlação de sujeito-objeto, nem se resolve na dialética humana, inclusive na que denominamos “dialética de implicação e polaridade”, caracterizada por não resolver um termo no outro.

Na conduta religiosa, não nos contrapomos a algo, nem pretendemos resolver algo em nós, por resolução ou implicação, mas participamos de algo que é só nosso na medida em que o reconhecemos acima de nós. Na conduta religiosa há um dar-se como condição de compreensão, um “subordina-se” como razão de conquista estimativa, o que mostra sua analogia com certas formas mais altas de conduta amorosa. Nesta, no entanto, a dedicação é entre o agente e o objeto da ação (o ente amado) em um ato de integração subjetiva, de posse integral e submissão, “dedicação e senhorio”. [...] (REALE, 2002. p. 395)

Essas condutas amorosas que os homens atribuem a Deus tornam os preceitos divinos fonte de organização social. A religião está tão entranhada nas sociedades, que mesmo de forma implícita, acaba por influenciar o direito, aqui o sobrenatural, o irracional se fundem com a ciência jurídica.

Muitas normas do direito moderno possuem indícios marcantes de trechos da Bíblia Sagrada, vejamos que normas são essas e a que tipo de comparação são suscetíveis.

A história revela como a religião esteve e ainda está intimamente interligada com o direito. Muitos preceitos divinos são ou foram fonte do Direito, alguns dos dez mandamentos demonstram tal fato. O sétimo mandamento “não adulterarás” era no antigo Código Penal brasileiro traduzido como crime de adultério, atribuía o artigo 240, uma pena de detenção de quinze dias a seis meses, e sua justificativa jurídica era proteger a família e o casamento. O sexto, o oitavo e o nono mandamentos, “não matar”, “não furtar”, “não levantar falso testemunho”, ainda vigem no Código Penal brasileiro, são respectivamente os artigos 121 (dos crimes contra a vida - homicídio), 155 (dos crimes contra o patrimônio - furto) e 139 (dos crime contra a honra - difamação).

Como mencionado anteriormente, o Decálogo, ou os dez mandamentos são as primeiras normas bíblicas admissíveis de comparação com o ordenamento jurídico brasileiro, equiparação feitas ao crime de homicídio, furto e difamação.

Analisando mais profundamente o contexto bíblico, destaca-se aqui, um trecho do livro de Atos, 26; 1, que conta que o apóstolo Paulo é preso por pregar o evangelho, após a morte de Cristo, e em seu julgamento perante o povo, Agripa (jugador) diz a Paulo: “tens permissão de fazer tua defesa”. Tal versículo se identifica com os princípios da ampla defesa e do contraditório contidos no artigo 5º, LV, da Constituição Federal (EDITORA SARAIVA, 2012, p.10): “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Esse trecho contido no novo testamento se encontra na Carta Magna do ordenamento jurídico reformulado, mas visando a mesma coisa, o direito de resposta e de defesa.

Alguns versículos antes, em Atos 25;27, Festo diz a Paulo: “porque me parece sem razão enviar um preso e não indicar as acusações que há contra ele.” (Bíblia Sagrada, 2011, p. 1272) Este versículo pode ser comparado ao dispositivo penal que enseja que o preso em flagrante tem o direito de saber os motivos da sua prisão e quem a efetuou.

Analisando o livro de Êxodo, existe a lei acerca da propriedade, exposta no capítulo 22 que diz no versículo 14 (Bíblia Sagrada, 2011, p. 98), “se alguém tomar emprestado o animal de seu próximo, e este sofrer dano u morrer estando ausente seu dano, deverá pagá-lo.”, comparando com o direito civil, existe, neste, uma expressão jurídica que diz que a “coisa se perde para o dono”, ou seja, aquele que tiver a posse da coisa, mesmo que temporariamente, será responsável por ela.

Ainda em comparação com o direito civil, há em Deuteronômio, capítulo 22, versículos de 13 a 19, um trecho identificável com a reparação de danos do Código Civil de 2002. Diz a Bíblia Sagrado:

[...]se um homem, depois de ter desposado uma mulher e a ter conhecido, vier a odiá-la, e imputando-lhe faltas desonrosas, se puser a difamá-la [...] que ela não era virgem, então o pai e a mãe da donzela tomarão as provas de sua virgindade e as apresentarão aos anciãos [...] os anciãos da cidade tomarão aquele homem e fá-lo-ão castigar, impondo-lhe, além disso, uma multa se sem siclos de prata, que eles darão ao pai da jovem pela calúnia levantada contra uma virgem de Israel [...]. (2011, p. 241)

Portanto, no presente texto já se encontrava algumas normas referentes a danos morais, que é tratada pelo atual ordenamento jurídico com seriedade, dispõe o Código Civil, artigo 927: “aquele que por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 202).

O campo de comparação das leis sagradas com o ordenamento jurídico é vasto. São muitas as normas bíblicas que possuem direitos semelhantes tutelados no ordenamento vigente, tais tutelas são diferentes quanto à forma, mas harmoniosas na essência. Sem dúvida, a influência da religião no direito, torna-se mais visível na análise comparativa entre as duas normas.

3.5 DIREITO E PODER

Desde seu nascedouro as ordens de convivência social precisaram ser impostas por quem detinha o poder de controle para que fossem respeitadas. Se formos analisar a origem humana sob a perspectiva do cristianismo, a figura do Deus como soberano e divino surge quando ele cria tudo que existe e estabelece regras de convívio no jardim do Éden, criando regras e limites ao ir e vir de Adão e Eva.

Tudo começa quando o Deus cristão ordena que “dessa árvore, não comerá o fruto” e da desobediência dos seus cidadãos veio à penalidade, a primeira pena aplicada ao homem na história da humanidade cristã, a expulsão do homem do “paraíso” e sua conseqüente penação sob a Terra, carregado do pecado e das mazelas que este trouxe a toda humanidade.

WEBER afirma em uma de suas obras que “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. (1991, p. 33).

Quando falamos de poder não nos referimos aqui à força, o poder nos obriga como cidadãos justamente porque não está vinculado apenas a força. A força faz parte do poder, é o elemento coator, e até mesmo violento algumas vezes. Já o poder se reveste de autoridade, pois estabelece obrigações a uns enquanto outros

ficam incumbidos e constituídos de poder normativo. Vejamos o que diz Talcott Parsonns afirma em um de seus livros:

O poder é a capacidade generalizada de garantir a execução de compromissos obrigatórios assumidos por unidades de um sistema de organização coletiva, quando as obrigações são legitimadas com respeito à sua relação com as metas coletivas e quando existe recalitrância, existe a garantia de cumprimento através de sanções situacionais negativas. (PARSONNS, 1979, p.24).

A contrário sensu vejamos o que Carnelutti, diz a esse respeito, que o poder é: “A relação psicológica estabelecida pelo comando entre dois sujeitos de interesses opostos, [...]” (CARNELUTTI, 1999, p. 264)

No campo das Ciências Jurídicas, o poder só se torna legítimo quando se submete às normas jurídicas existentes. Para o poder, o direito apenas é legitimado quando passa a ser mecanismo de dominação.

A teoria da soberania e a organização de um código jurídico nela centrado permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que ocultava seus procedimentos e técnicas de dominação, e garantia o exercício dos direitos soberanos de cada um através da soberania do Estado. Os sistemas jurídicos [...] permitiram uma democratização da soberania, através da constituição de um direito público articulado com a *soberania coletiva*, no exato momento em que esta democratização fixava-se profundamente, através dos mecanismos de coerção disciplinar. MACEDO JR. (apud FOUCAULT, 1990, p. 6)

Todo poder, ao ser instituído, utiliza como parâmetro para sua solidificação princípios básico que norteiam a normatividade jurídica, princípios que são inerentes a própria vida do homem, e a própria essência da vida social, são os chamados Direito Naturais, intrínsecos a natureza humana, revestidas de justiça no seu germinar, que são o direito a vida, a obrigação de fazer cumprir os contratos acordados, autodeterminação dos povos, o direito à liberdade, a equivalência entre o crime cometido e a pena a ele cominada, o direito a igualdade, a dignidade, ao nome, à dignidade, entre outros.

CUNHA e DIPP (Apud COSTA, 2011, p. 8) relata este fenômeno de forma bastante precisa, vejamos:

[...] assim como nas leis da física a vontade do homem é irrelevante, não dependendo dele que o calor dilate os corpos [...], também fazem parte da ordem natural do universo alguns princípios imutáveis de ordem social e jurídica.

O poder e o Direito convivem lado a lado desde a existência das sociedades humanas, há quem diga que para que o poder seja legítimo é preciso que o povo aceite, outros acreditam que ele é autossuficiente para existir per si. O que não podemos negar é seu caráter coator e as diversas concepções impressas nele ao longo dos séculos, ora como a voz do povo ora como seu carrasco.

3.6 DIREITO E CONSENSO SOCIAL

Consenso, pela definição trazida pelo minidicionário KURY, 2001, p. 185, seria “[...] consentimento, acordo, concordância unanimidade de opiniões ou ideias [...]”.

Portanto, sob a perspectiva de que o estado leviatã que era visto como poder absoluto deu espaço para o desabrochar do Estado Social, o homem passou a ser fundamental para legitimar os códigos que coordenam as condutas humanas, por este motivo o consenso da maioria para a solidificação do dever ser em sociedade se tornou imprescindível, vejamos o disse KLAUS GUNTHER, 2004, p.67, sobre esse tema : “Uma norma é válida se as consequências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente.”

As novas perspectivas de relações sociais, que emergem junto com a decadência da igreja, de sua moral absoluta, e do próprio declínio do absolutismo dos reis na idade média, fez com que novas perspectivas de construções de regras de conduta emergissem das novas relações sociais que surgiam, o teocentrismo foi cedendo lugar ao antropocentrismo, e o povo passou a ser o centro das coisas,

surgindo assim a ideia do contrato social, fundamento para a nossa compreensão do consenso como norteador do próprio Direito, vejamos o que diz NETO e LOPES (2008, p. 50) em sua obra *Legitimidade do Direito e do Estado: do Contrato Consensual ao Consenso Não-Contratual*:

Com a perda da homogeneidade religiosa, ainda sob o impacto da Reforma, o pensamento filosófico passou a investigar um novo fundamento para o poder político. A fórmula mais corrente, o contratualismo, teve em Locke e Hobbes protodefensores daquilo que viria a ser o princípio da legitimidade racional-legal, baseada em estatutos e contratos a partir de um acordo fictício entre membros ideais (HABERMAS, 1988, p.29). Esse novo arranjo institucional, assentado em bases eminentemente racionais, refletiu na tomada de consciência por parte do homem das manifestas contingências da convivência em sociedade.

E ainda afirma:

O motivo do contrato retrocede o pensamento do direito e do estado grego e romano, cujos primeiros sinais surgem no âmbito da teoria convencionalista da sociedade dos sofistas, mas teve sua forma definitiva na filosofia do iluminismo do século XVII e XVIII como uma metáfora instrumental à legitimidade de uma entidade jurídica (HÖFFE, 2001, p.398). O laço social é fruto de um acordo com valor jurídico que tem seu lugar sistemático numa teoria moral empreendida do ponto de vista da justiça, para o qual, segundo Höffe (2001, p.401-402), são essências três pontos de vista:

- a) Sendo o contrato fruto da livre concordância (consenso) deve haver a possibilidade dos indivíduos envolvidos decidir ou não pelo contrato;
- b) O contrato como direito público se dirige à transferência de determinados direitos e obrigações, havendo na maioria das vezes, a reciprocidade;
- c) Com a transferência de poder (delegação do contrato), cada indivíduo está obrigado juridicamente com o cumprimento do acordo.

O fundamento último da justificação de uma instituição reside, portanto, na concordância da delegação de poder de cada indivíduo, que em termos constitucionais representa o "Todo poder emana do povo". O contrato significa transferência de poder, ao mesmo tempo, a autolimitação recíproca da liberdade, assegurada juridicamente. Claro, os motivos desse pacto variam de acordo com seu teorizador. (2008, p.50)

Não podemos negar que esse consenso também possibilitou e legitimou inúmeras atrocidades ao longo da história como os totalitarismo, o próprio nazismo, a inferiorização do outro e, sobretudo do diferente, as justificativas das guerras.

A existência de uma sociedade, e sua própria integração, está associada ao grau de consenso entre seus integrantes, a solidariedade existente entre eles.

DWORKIN, sobre esse tema, afirma:

A integridade pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade. Em outras palavras, ela vincula o privado e o público. As normas não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As normas devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais (DWORKIN, 2007, p. 230).

Para ser cumprido o Direito deve ser legítimo, e essa legitimidade ocorre com a concordância daqueles que serão alcançados por ele. Para os contratualistas o homem desenvolve-se em sociedade, estabelece condições de vivência, e logo após entrega nas mãos do Estado parte de sua autoridade, com o intuito de garantir sua perpetuação.

É inerente a maioria das pessoas alguns valores relacionados à própria moral do homem, que não pode ser desrespeitado sob nenhuma circunstância. A vida, por exemplo, é tida como o maior bem do ser humano, e afrontá-la ou colocá-la em perigo é um dos maiores desrespeitos que um cidadão pode cometer. O valor da vida é tão relevante, que ela é defendida a todo custo, mas ao mesmo tempo pode ser retirada daqueles vistos como não merecedores como forma de punição.

Falar de valores humanos significa, sobretudo, destacar do homem, a capacidade de produtor da realidade construída a partir de uma consciência do que valoriza e transmite, realiza e transforma. Tem sido esta a história da evolução humana desde o seu aparecimento no planeta terra. Pela sua especial inteligência em relação aos animais, a sua mente ocupou-se também na construção de princípios que lhe permitissem estabelecer uma distinção entre o bem do mal até mesmo como forma de estabelecer um caminho para a busca do seu ideal de realização da felicidade. Essa consciência, menos clara nos primeiros homens, mas já detectada na pré-história, foi evoluindo na medida em que se torna capaz de acumular conhecimento e descobrir uma realidade em a si mesmo. BASTOS e MARTINS (apud INFANTE e SOUZA, 2003, p. 01)

O sistema jurídico se manifesta indiscutivelmente de forma plural, e isso se dá pelo fato de existirem e coexistirem, várias concepções de consenso e conseqüentemente várias concepções da própria verdade. Essas referidas

verdades e consensos estão contidos na própria relação do homem com a sociedade, visto que cada indivíduo possui uma forma de pensar própria, e, por conseguinte possui também diferentes perspectivas devida e asseios diferentes.

3.7 DIREITO E VERDADE

Iniciemos a análise deste dueto com um discurso de MICHEL FOULCAULT que estabelece relação íntima entre o Direito à verdade e poder, em sua obra *Microfísica do Poder*:

[...] como pode o discurso da verdade, ou simplesmente a filosofia entendida como o discurso da verdade por excelência, fixar os limites de direito do poder? Eu preferiria colocar uma outra, mais elementar e muito mais concreta em relação a esta pergunta tradicional, nobre e filosófica: de que regras de direito as relações de poder lançam mão para produzir discursos de verdade? Em uma sociedade como a nossa, que tipo de poder é capaz de produzir discursos de verdade dotados de efeitos tão poderosos? Quero dizer que em uma sociedade como a nossa, mas no fundo em qualquer sociedade, existem relações de poder múltiplas que atravessam, caracterizam e constituem o corpo social e que estas relações de poder não podem se dissociar, se estabelecer nem funcionar sem uma produção, uma acumulação, uma circulação e um funcionamento do discurso. Não há possibilidade de exercício do poder sem uma certa economia dos discursos de verdade que funcione dentro e a partir desta dupla exigência. Somos submetidos pelo poder à produção da verdade e só podemos exercê-lo através da produção da verdade. Isto vale para qualquer sociedade, mas creio que na nossa as relações entre poder, direito e verdade se organizam de uma maneira especial.

[...] (FOULCAULT, 2009, p.101)

O desejo de verdade é algo próprio da natureza humana, com a finalidade de atribuir e convencionar certeza e credibilidade nas próprias relações sociais.

[...] Por outro lado, estamos submetidos à verdade também no sentido em que ela é lei e produz o discurso verdadeiro que decide, transmite e reproduz, ao menos em parte, efeitos de poder. Afinal, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a desempenhar tarefas e destinados a um certo modo de viver ou morrer em função dos discursos verdadeiros que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto, regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade, ou regras de poder e poder dos discursos verdadeiros, constituem aproximadamente o campo muito geral

que escolhi percorrer apesar de saber claramente que de maneira parcial e ziguezagueando muito." (FOULCAULT, 2009, p.101)

É fundamental para o ser humano, devido ao seu caráter racional, acreditar em tudo que está a sua volta buscando, atribuir à vida e às relações humanas maior segurança. "A vontade de verdade é a crença, que funda a ciência, de que nada é mais necessário do que o verdadeiro. Necessidade não de que algo seja verdadeiro, mas de que seja tido como verdadeiro." (MACHADO, 2002, p. 75).

O conceito de verdade sempre foi uma das maiores buscas da humanidade. A certeza do coerente, do certo, do verdadeiro daria a vida humana um grau de perfeição difícil de ser imaginado. Devido a isto, inúmeros pensadores já tentaram conceituá-la, apesar de ainda haver muitas divergências quanto ao assunto.

Não há, entre as várias correntes filosóficas, um consenso absoluto sobre a conceituação, tanto que muitas e opostas respostas foram dadas por grandes pensadores, o que é natural, pois, como ensina Miguel Reale, "a filosofia não pretende o plano do exato, nem faz concorrência às ciências no campo da exatidão." (REALE, 2002, p. 65).

Para alcançar a verdade real, associada à própria verdade fática, é imprescindível a caracterização do adjetivo qualificativo da própria verdade, considerado como um objeto de uma proposição absolutamente verdadeira. Fundamentar as decisões com a maior proximidade possível com a realidade dos fatos daria maior segurança jurídica às decisões judiciais. Segundo Maria de Lourdes Bacha, o real seria "aquilo no qual, mais cedo ou mais tarde, a informação e o raciocínio resultarão finalmente, e que é, portanto, independente das minhas e das suas fantasias." (2003, p. 74).

Conceituar a verdade, neste diapasão, seria a solução para a almejada exultação da inteligência humana. A falta de uma definição, faz pairar nas relações jurídicas, o mistério da dúvida, que se busca sanar tentando trazer o máximo de resposta possíveis a todas as inquietações que porventura venham a surgir.

Neste caso, a verdade é imaginada como a relação que permanece no âmbito da experiência possível, agindo na captação da realidade através dos sentidos refletidos no espírito, gerando a concordância do conhecimento com o objeto representado. A objetividade do pensamento gerada pela verdade construída no espírito acarretaria a validade universal de um juízo, entendido como o que se impõe à razão comum de todos os homens. Assim teríamos que a verdade é o ajuste do juízo com as leis imanentes da razão, ou simplesmente o acordo do pensamento consigo mesmo. (AQUINO, p. 87, 2002)

A verdade, portanto, seria uma dinâmica, associando a própria interpretação lógica com estímulos emocionais, seria portanto, uma elucidação de mecanismos sensitivos e materiais (concretos) que levaria há uma verossimilhança com a verdade. Devendo ser, portanto, interpretada de forma dinâmica, processo este que vai além do racional.

É importante salientar que nenhuma percepção ou conclusões lógicas são absolutas de forma precisa, a imprecisão sempre envolve aquilo que é humano, imperfeito, logo possível de falha. “não há um *percipuum* tão absoluto para não estar sujeito a um possível erro”. (BACHA, 2003, p. 54)

4 DECISÕES JUDICIAIS

Neste ponto serão demonstrados quais são os pressupostos que norteiam uma decisão judicial, com o intuito de evitar que uma decisão colida com os preceitos do devido processo legal, como forma de evitar decisões *contra legem*.

4.1 DECISÕES JUDICIAIS E SEUS PRESSUPOSTOS

As decisões judiciais estão lastreadas em pilares e pressupostos que visam garantir sua coerência e justiça no âmbito material e formal, além de segurança jurídica, vejamos.

4.1.1 Devido processo Legal

O devido processo legal é o princípio do direito que impõe que todas as decisões judiciais devem ser precedidas de um processo justo e que respeite todos os trâmites legais definidos por um ordenamento jurídico. O desrespeito a este

princípio torna nulo todos os atos que foram praticados. Levando em consideração que este é um dos principais princípios do ordenamento jurídico brasileiro, todos os demais princípios constitucionais derivam dele.

Este fundamento jurídico não se restringe a nossa Constituição Federal, o devido processo legal é um procedimento legitimado em outros instrumentos normativos, e devido a esta amplitude é aplicado de forma universal, é um direito fundamental do homem, o Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direito Humanos, traz em seu texto a defesa de tão salutar princípio, em seu artigo 8º:

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (MIINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 696)

E ainda traz o rol das garantias e procedimentos que devem ser respeitados:

Artigo 8º - Garantias judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
- h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. (MINI VADE MECUM PENAL, 2013, p. 696)

Nossa Carta Maior de 1988 deixa bem clara a imperatividade deste princípio, senão vejamos:

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:

LIV _ ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 10)

O devido processo legal é um dos fundamentos para a perpetuação do Estado Democrático de Direito, baseado, sobretudo na coerência das decisões judiciais e no respeito aos trâmites legais que é um direito de todo cidadão submetido ao Estado juiz, vigiando para que o poder público seja justo, e dando segurança jurídica a todos os ditames legais, evitando a ocorrência de tribunas de exceção, e decisões arbitrárias. LUCON, 1999, p. 101-102, traz uma boa definição para este princípio ao afirmar que:

[...] a legítima limitação ao poder, mediante o due processo law, visa a impedir que a desigualdade impere no processo, tornando-o justo na exata medida em que assegure às partes participação paritária e proporcione o resultado esperado pela sociedade.

4.1.2 Juízo Competente

A competência judicial trata de uma parte da jurisdição, que determina qual a área em que o um juiz realizará sua jurisdição, a matéria de sua competência e quais serão os seus jurisdicionados.

A competência nasceu da necessidade de se organizar a atividade jurisdicional, dada a quantidade e variedade de demandas postuladas em juízo.

[..]

Portanto, melhor seria conceituar competência como sendo o âmbito legislativamente demarcado para a prática de atos jurisdicionais. Isto porque a função jurisdicional é exercida em todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como o limite do seu exercício é definido em lei (NOBREGA, 2010, p. 174)

É importante destacarmos aqui, que toda causa judicial além de ter que respeitar aos trâmites legais previstos por nosso ordenamento, deve a priori indicar qual o juízo competente para julgá-la, sob pena de tornarem-se nulos os atos praticados pelo juízo incompetente, desta forma fazendo com que o processo se torne mais lento, uma vez que os autos do processo deverão ser remetidos ao juízo competente.

Quando um juiz assume a titularidade de uma vara civil, por exemplo, ele não poderá atuar em uma ação de competência do júri, a sua jurisdição limita sua área de atuação. Por este motivo a jurisdição é inerente à atividade de todo o juiz, mas nem todo juiz tem poderes para julgar todos os litígios em todos os lugares. Só o juiz competente tem legitimidade para fazê-lo validamente.

Convém ressaltar, que o juízo competente está diretamente relacionado com o princípio do juiz natural, uma vez que a própria atividade jurisdicional é regida por determinados princípios constitucionais que trataremos a seguir.

O princípio do juiz natural é tratado no artigo 5º, LIII da Constituição Federal que assim estabelece (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 10): “[...] ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente [...]”. Neste sentido tal princípio tem como nascedouro a proibição da existência de tribunais de exceção como consubstancia o art. 5º, XXXVII, CF “[...] não haverá juízo o tribunal de exceção [...]” (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 09). O Tribunal de exceção é aquele criado posteriormente a um fato com o intuito de julgar causa específica, sem dúvida alguma esta prática acabaria com a imparcialidade que se supõem a todo órgão julgador, surgindo neste sentido uma predisposição para condenação ou absolvição conforme casos e interesses.

Assim, a função de julgar não pode ser dirigida a qualquer órgão, mas tão somente aquele que a através de regras objetivas de competência tenham capacidade processual para tal atribuição. “Tribunal de exceção é criado para julgar, sem garantias normais, determinados crimes retirados da competência dos Tribunais comuns; é instituído por ocasião de guerra civil, revolução” (FRAGA, 1985, p. 306).

Neste sentido, o juiz competente é aquele que possui poder para conhecer e resolver determinada questão judicial, sua competência é aferida segunda seu poder de julgar conferido pela própria lei. Para que sua jurisdição seja legítima e sua imparcialidade não esteja comprometida esta deve ser fixada com critérios anteriores e subjetivos.

4.1.3 Adequação do Fato a Lei

Falar na aplicação do direito feita pelo Estado-Juiz traz algumas questões de cunho delicado, como a adequação da norma em seu caráter geral e abstrato a uma situação específica e concreta.

Ao exercer sua atividade, sobretudo no momento de sentenciar, o juiz deve realizar a atividade de confrontar normas jurídicas a fatos privados ao juiz de direito, adequar uma ou mais normas jurídicas a fatos particulares, de maneira interpretativa e integrativa.

Diante tal atividade, emerge a questão da subsunção, que segundo Geraldo Ataliba, “[...] é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética de lei. Diz-se que um fato se subsume a hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dela faz a lei.” (ATALIBA, 1996, p. 63).

A prática de submeter o fato (premissa menor) à norma jurídica (premissa maior) traz alguns pontos questionáveis, como acreditar que o juiz poderia resolver qualquer problema com a simples adequação de um caso concreto a lei, mas para isso o ordenamento jurídico precisaria ser completo e esgotar em suas próprias premissas, além disso, a racionalidade deveria ser suficiente para ponderar fato e

conduta, o que nem sempre é possível, vejamos o que diz MARINONI, 2005, p. 47-48:

Essa teoria supunha que o juiz podia solucionar qualquer caso mediante a aplicação das normas gerais, uma vez que o ordenamento jurídico seria completo e coerente [...]. Na verdade, o caso sobre o qual o juiz devia se debruçar era encoberto pela lógica da subsunção, para quem os fatos eram considerados a premissa menor e a norma geral a premissa maior.

Neste sentido, a subsunção do fato a norma seria uma forma de fundamentar as decisões jurídicas, mas a fundamentação não seria apenas adequar à situação fática a uma norma hipotética, mas também demonstrar de que forma o caso concreto se coaduna com o previsto em lei. A esse respeito Nelson Nery Junior, chegou a afirmar: “[...] ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento” (JUNIOR, 1999, p. 176).

É essencial que toda e qualquer decisão judicial seja devidamente motivada com base na lei, mas não apenas nela. A aplicação é o resultado da interpretação. Neste sentido, a subsunção do fato a norma, nos dias atuais não é mais em uma obrigação do magistrado, dentro dos limites da legalidade, é permitido a ele interpretar a norma a ser aplicada.

A função do interprete/aplicador ganha maior importância, pois abandona uma postura meramente reprodutora assumindo uma tarefa criadora, dessa forma contribui para a construção do direito, deixando de ter sua função submissa ao legislador, passando a construir o sentido da norma. Contudo, não significa que a função legislativa seja desconsiderada, ficando a tarefa de realização do direito relegada ao arbítrio do aplicador, não é este o objetivo, mas sim reconhecer a relatividade da lei e a existência de uma série de fatores influente no momento da concretização da norma[...] Desse forma provém a necessidade de uma justificativa maior, indo além da referencia a lei, pois esta pode contemplar as mais diversas interpretações.(Radaelli, 2010, p. 195)

O fim de todo processo é sentença, mas existe um caminho que se percorre até alcançá-la, são os prosseguimentos jurídicos, conhecido como processo de

conhecimento, toda decisão judicial, portanto deve ter como fundamento a lei, porém a sua interpretação é de fundamental importância para que a injustiça não prolifere.

Em um grande número de casos, a decisão judicial que põe fim a uma disputa judicial, expressa em um enunciado normativo singular, não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que supõem vigentes, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.

Para tanto, há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do direito, (2) a possibilidade de conflitos entre normas, (3) a possibilidade de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente, bem como (4) possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria a literalidade da lei. (ALEXY, 2008, p. 33-34)

Neste sentido, submeter à norma de forma integral e inquestionável, a um caso concreto, seria não observar todas as ponderações mencionados por Alexy, seria não considerar as peculiaridades que envolvem cada caso concreto, seria acreditar que nosso ordenamento não possui lacunas prevendo todos os possíveis conflitos humanos, o sabemos que não é verdade. A interpretação, portanto, é fundamental para o alcance de uma solução justa.

4.1.4 Provas no Processo

O termo prova no processo, da mesma forma que em outras ciências, pode assumir para o Direito inúmeras conotações, conceitos distintos para o senso comum e para as utilizações técnicas trazidas pelos juristas. Para as Ciências jurídicas, prova é tudo aquilo utilizado no processo para alcançar o convencimento do juiz sobre a verdade de um fato que ele é o destinatário final.

As provas apresentam ao juiz situações e elementos constitutivos de determinado fato, para que este forme seu convencimento sobre os dados importantes para o processo, objeto de controvérsias.

BURGARELLI, 2000, p. 53, assim define a palavra prova:

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova, assim, é meio, é instrumento utilizado para a demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. Prova judiciária, por seu turno, é o meio demonstrativo de veracidade entre o fato material (fato constitutivo do direito) e o fundamento jurídico do pedido. Vale dizer é o meio pelo qual se estabelece relação de veracidade e adequação entre a causa próxima e a causa remota, elementos da causa de pedir. Estabelecida a relação, por meio da prova, ao juiz é dada a tarefa de aplicar a lei, a hipótese normativa de incidência fática, em regra, a norma de direito material.

Inicialmente, com o surgimento do direito atrelado à religião, as provas tinham uma forte ligação com o divino, ao passo que a sociedade foi se desenvolvendo, a religião foi perdendo sua força e o Estado se fortalecia, e outras formas de controle social iam surgindo, a religião aos poucos foi deixando de ser a base da sociedade e excluída como mecanismo de solução de conflitos.

Neste contexto, a figura dos árbitros mediadores e interlocutores de conflitos, surge com a finalidade de intermediar a solução de litígios, e a argumentação passou a ser imprescindível para que os fatos relatados pelas partes fossem julgados como verdadeiros ou não. Neste sentido, para que uma pretensão fosse vitoriosa era preciso provar e convencer, através dos meios legais admitidos.

O que podemos observar diante tais evidências é que a prova surge como forma de convencimento do juiz, e tem como finalidade alcançar a decisão mais justa possível, concedendo o provimento jurisdicional para quem realmente o mereça, uma vez que os sujeitos do processo buscam ter suas razões e pretensões acolhidas.

A prova é instrumento essencial ao processo e para as partes. Destaca-se que as relações processuais veem sofrendo expressivas modificações no que tange aos meios utilizados para o alcance de uma decisão que diga a verdade no processo.

Neste sentido por ser um importante instrumento de convencimento, a prova tem um papel de tal importância que não pode estar de forma alguma viciada, o

artigo 5º, inciso LVI, da CF de 1988, estabelece (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 10): “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Vejamos o que o Código de Processo Penal Brasileiro fala a respeito das provas ilícitas no processo:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhada do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras [...] (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 601)

Na busca pela verdade, seja no processo judicial ou administrativo, não há espaço para produção de provas ilícitas, com fulcro no entendimento doutrinário que essas afrontam o direito material, sendo consideradas ilegítimas quando afrontarem direito processual.

Entende-se, portanto, que mesmo diante a busca pela justiça, existem limites para a liberdade no que tange a produção de provas, sendo assim não se busca o direito a todo custo, devendo-se respeitar garantias fundamentais que são à base de nosso direito pátrio.

A prova não oferece a verdade nem certeza dos fatos ao juiz, apenas lhe atribui meios de identificar de maneira provável qual das versões apresentadas mais se aproxima com o que efetivamente ocorreu.

4.1.5 Decisão Judicial e o Livre Convencimento

Em relação à avaliação das provas, o direito processual brasileiro, optou pelo princípio do livre convencimento também chamado de persuasão racional, vejamos o que diz o artigo 131 Código de Processo Civil:

O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 366)

Neste sentido, ao julgar, aqui no Brasil, o julgador não está adstrito à lei no que se refere à valoração da prova, nem possui liberdade total para apreciá-la, porque existem limitações, observando os elementos probatórios pertencentes ao processo, consagrado no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

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

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; (EDITORA SARAIVA, 012, p. 36)

Vejamos o que Nery Junior fala desse princípio:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula pleno jure (CF 93, IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. (2004, p.218)

Como um dos princípios norteadores do direito processual, o livre convencimento motivado, tem como finalidade primordial dar liberdade ao juiz na sua atuação jurisdicional. Este princípio permite não apenas que o juiz forme seu convencimento de forma livre, mas também lhe autoriza impedir a produção de

provas que tenham como única finalidade protelar o andamento do processo, possibilitando assim uma justiça mais célere.

De acordo com os ensinamentos de PORTA NOVA (1999, p. 246), “o juiz não está adstrito, sequer, a considerar verdadeiros os fatos sobre cujas proposições estão de acordo as partes”. Neste sentido a liberdade de apreciação das provas se entende tanto a valoração quanto a produção de provas.

O livre convencimento do magistrado também funciona no processo como uma forma de impedir a entrada de provas ilícitas, uma vez que o próprio pode rejeitá-las quando entender necessário.

Sobre esse tema devemos ter certo cuidado, a independência do juiz no uso de seu livre convencimento juntamente com a livre apreciação das provas não são absolutas, devendo o magistrado se adaptar às constantes mudanças sociais para embasar suas decisões, trazendo esses fatos para o mundo jurídico, no intuito de alcançar decisões cada vez mais justas.

4.1.6 A Importância da Oralidade

Diante o visto até aqui, e em detrimento o papel do juiz de orientar a marcha processual, para que o magistrado possa realizar essa tarefa o discurso no processo é de fundamental importância. Trazer as alegações ao juiz de forma oral permite um julgamento mais paritário tratando as partes sem distinção, Baptista nos faz uma ponderação muito coerente a respeito da importância da oralidade:

A prevalência da palavra falada como meio de expressão é uma proposição que, em si mesma, nada representa, tendo apenas relevância para o processo à medida que, sendo empregada como instrumento para a comunicação entre o juiz e as partes, força necessariamente um contato pessoal entre o julgador e os litigantes, tornando possível ao juiz uma apreensão imediata do litígio, em sua versão original e autêntica, que lhes transmitem de viva voz os próprios contendores, dando-lhes, igualmente, o ensejo de presidir a coleta do material probatório com base no qual haverá de fundamentar a futura decisão, tendo um contato direto e pessoal com as partes e com as testemunhas, podendo, assim avaliar-lhes a credibilidade das informações prestadas em juízo. (2013, p. 66-67)

Dizer que a oralidade permite ao juiz decidir com maior convicção, não significa desvalorar as provas ou alegações escritas, essas devem sempre ser

juntadas ao processo, uma vez que tudo que se materializa no processo deve ser registrado.

As provas apresentadas de forma oral atuam de forma a complementar todo o resto apresentado no processo:

Art. 336. Salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.

[...]

Art. 452. As provas serão produzidas na audiência nesta ordem: I – o perito e os assistentes técnicos responderão aos quesitos de esclarecimentos, requeridos no prazo e na forma do art. 43;

II – o juiz tomará os depoimentos pessoais, primeiro do autor e depois do réu;

III – finalmente, serão inquiridas as testemunhas arroladas pelo autor e pelo réu.

Art. 454. Finda a instrução, o juiz dará a palavra ao advogado do autor e ao do réu, bem como ao órgão do Ministério Público, sucessivamente, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um prorrogável por 10 (dez), a critério do juiz. (EDITORA SARAIVA, 2012, p. 382 e 389)

Essa proximidade que a comunicação oral traz ao processo, diferente da distância possibilitada pelas alegações escritas, permite que o magistrado e os litigantes tenham um contato mais direto. Essa aproximação deixa o julgador com uma maior percepção dos fatos narrados, pois este fica diante não só da palavra, mais de todo corpo gestual, que responde indagações por si só, o que permite maior conforto para formular suas convicções.

4.1.7 A interpretação do Juiz e o Discurso no Processo

A interpretação feita pelo juiz diante os fatos que lhe são apresentados e instruídos no processo, na defesa de interesses divergentes, é o momento mais importante de uma relação processual, uma vez que como sujeito social, o juiz também possui inúmeras concepções pessoais que por vezes podem influenciar no processo, e ele deve evitá-las.

Em sociedades pluralistas cada um tem sua concepção de vida e, naturalmente o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilham. É comum isso ocorrer tanto na doutrina como na vida judicial, porque o jurista

se converteu em um militante de verdades parciais, o que é razoável se não tiver de tomar decisões que envolvam partes com convicções diferentes.

(LORENZETI, 2011, p. 184)

Neste diapasão, a principal finalidade das partes em um processo é convencer o juiz de que possui a versão verdadeira dos fatos, e isso só pode ser alcançado através das provas e do próprio discurso apresentado pelas partes e, sobretudo pelo advogado em sua atuação de defesa ou acusação.

O discurso jurídico tem servido como um exemplo da linguagem desse poder e da ordem nas análises dos discursos já realizadas. Cada sujeito do discurso jurídico, ao se manifestar, aciona certas convenções reguladoras das relações entre os vários sujeitos, que produzem mudanças nas atividades da linguagem. A tomada da palavra concede a cada sujeito certo lugar complementar ao outro, exigindo que esse outro se mantenha ali e saiba exatamente o lugar ocupado pelo “eu” que fala de seu próprio lugar. No discurso em tela, há uma posição de poder ocupada pelo juiz que coloca o acusado na condição de obedecer, sem que se questione essa competência. É o discurso autoritário, incontestável, que leva a supor que desfaz quaisquer ambigüidades, cristalizando-se numa verdade única. (Brito, 2009, p. 3)

Resta claro neste ponto à extrema relação que é possível estabelecer entre o direito e o discurso, que aqui se mostra também como um instrumento de poder. Se pensar na linguagem discursiva como um mecanismo de domínio é nítido, fica muito mais claro visualizar isto na linguagem jurídica que tem a finalidade de convencer.

O discurso jurídico se desenvolve por meio dos raciocínios, ou seja, ele interage não se esgota em si mesmo, uma vez que se baseia na lógica argumentativa, onde o melhor argumento vence diante a dialeticidade das provas apresentadas, que tem a finalidade de convencer o juiz no caso específico.

O direito como uma ciência baseada no diálogo não pode ser construído a partir de verdades universais, e muito menos incontestáveis, a possibilidade de argumentar e contestar premissas vistas como verdadeiras, permite inúmeras decisões distintas diante situações idênticas, pois a principal preocupação é alcançar a melhor decisão possível para um caso concreto.

A **dialética** pode ser descrita como a arte do diálogo. Uma discussão na qual há contraposição de idéias, onde uma tese é defendida e contradita logo em seguida; uma espécie de debate. Sendo ao mesmo tempo, uma discussão onde é possível divisar e defender com clareza os conceitos envolvidos.

[...]

Para Platão a dialética é o único caminho que leva ao verdadeiro conhecimento. Pois a partir do método dialético de perguntas e respostas é possível iniciar o processo de busca da verdade.

[...]

Em Hegel, a dialética se movimenta da seguinte forma: primeiro existe a TESE, que é a idéia, gerando uma ANTÍTESE, que se contrapõe à TESE, surgindo assim a SÍNTESE, que é a superação das anteriores.

[...]

A dialética materialista une pensamento e realidade, mostrando que a realidade é contraditória ao pensamento dialético. Contradições estas, que é preciso compreender para então, transpô-las através da dialética. Marx fala da dialética sempre em um contexto de luta de classes, diferentes interesses, que geram a contradição. Sendo assim, o materialismo dialético é uma das bases do pensamento marxista. (Borges, 2011)

Vejamos o que diz Marx, sobre as diferenças existentes entre sua teoria e a de Hegel:

Meu método dialético, por seu fundamento, difere do método hegeliano, sendo a ele inteiramente oposto. Para Hegel, o processo do pensamento, - que ele transforma em sujeito autônomo sob o nome de idéia, - é o criador do real, e o real é apenas sua manifestação externa. Para mim, ao contrário, o ideal não é mais do que o material transposto para a cabeça do ser humano e por ela interpretado. (MARX, 1 982, p. 16)

O discurso jurídico é construído sobre várias facetas, onde os advogados apresentam suas teses, e os sujeitos parciais defendem suas versões, cruzando assim, vários discursos, que se complementam, e ao mesmo tempo se contradizem, cada interlocutor tenta desempenhar seu papel da forma mais eficiente, onde o melhor discurso convence, finalizando-se com a sentença decisória.

O Advogado, no exercício de sua atividade profissional defende seu cliente, utilizando do discurso para falar em nome deste, que por sua vez está representado no processo. Como defesa, o advogado argumenta na tentativa de convencer a autoridade julgadora, neste sentido seu papel converge com o Promotor de Justiça

que é quem elabora a denúncia nas situações que julgar necessário e aguarda que a mesma seja recebida pelo Juiz, para que sua pretensão seja efetivada. Fica nítida posição do juiz como interlocutor do discurso que emerge nesta relação jurídica.

Para que o Discurso jurídico se complete, o núcleo é a interação existente entre os interlocutores, enfim a relação acima só se solidifica com relação triangular completada com a intermediação do Juiz.

O discurso jurídico é uma forte arma de manipulação de poder, e como sua principal finalidade é o convencimento, o discurso aqui apresentado deve ser direcionado a uma situação específica e, organizado com a linguagem adequada para seu fim.

Todo discurso é construído socialmente, apesar de ser elaborado individualmente caso a caso. Por este motivo sua interpretação e sua aplicação deve levar em conta o contexto social em que ele surgiu. Deve o discurso ser analisado e entendido dentro do contexto social que está inserido.

O discurso jurídico estabelece uma relação íntima e coerente entre o a ciência do direito e suas instituições legais, sendo assim, quanto mais bem elaborado, mais força possuirá o discurso sob a sociedade onde vigorar, ou melhor, sobre o seu auditório, aquele que se pretende convencer, mas eficaz ele se torna, vejamos o que ALEXY, nos traz em uma de suas obras, ao analisar a obra de Perelman:

O conceito básico da teoria de Perelman é o do auditório (auditoire). Este é o conjunto daqueles sobre os quais o orador que influir por meio de sua argumentação. Para determinar o auditório ao qual se dirige um orador, é necessário entender as intenções deste [...]
A finalidade de toda argumentação é alcançar ou fortalecer a adesão do auditório. Para consegui-lo, o orador deve adaptar seu discurso ao auditório. PERELMAN (apud A LEXY, 2006, p. 163, 164)

A retórica surge junto com a própria exaustão do discurso jurídico, e todos os indivíduos que contribuem para a sua construção. O que hoje podemos observar na prática, é que o que as partes mais desejam das decisões judiciais, não é justiça, e sim, ver a sua satisfação pessoal contemplada. E o juiz surge nessa conjuntura

como o profissional capaz de enxergar a justiça, optando por um dos argumentos confrontados.

5 UMA TEORIA SOBRE AS CONSTRUÇÕES DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Neste capítulo, fundamentaremos pressupostos que devem alicerçar todas as decisões judiciais, enveredando para mecanismos que creditam maior eficiência e clareza às decisões.

5.1 A DECISÃO JUDICIAL E SUAS NORMAS REGULAMENTADORAS.

De todas as decisões existentes no mundo social, as decisões judiciais são as únicas que são oriundas de uma autoridade competente, uma vez que precisam ser norteadas pela exatidão e eficiência. O responsável por proferir decisões de cunho jurídico inquestionavelmente são os juízes de direito, divididos em vários graus de jurisdição, justiça especializadas e comuns. Monteiro conceitua muito bem o que é uma decisão judicial:

A decisão judicial diferencia-se dos demais tipos de decisão por um fator muito preciso, ela é produzida por uma autoridade especialmente designada para o exercício dessa função qual seja o juiz em sentido amplo - em qualquer grau hierárquico ou de especialidade de um sistema judiciário de Estado. Uma decisão que não provenha de tal autoridade pode ser até de grande valia e importância no terreno dos novos esforços democratizadores e descentralizadores da resolução de conflitos e da realização da justiça; contudo, estas últimas não podem ser consideradas *judiciais* neste seu sentido específico: como oriunda de um funcionário público do Estado destacado para o exercício da função jurisdicional. (MONTEIRO, 2009, p. 11)

As normas que regulamentam toda e qualquer decisão judicial permeiam questionamentos sobre a própria atividade privativa do juiz. Durante toda a história da humanidade, as decisões judiciais sempre nasceram envolvidas de ideologias a respeito da função do Estado Juiz, e até mesmo das relações de poder, política e controle social, como já visto no decorrer da análise. Vejamos o que Monteiro nos traz sobre o aspecto histórico da decisão judicial:

A janela da História possibilita a metódica divisão da experiência da produção judicial do Direito em três grandes períodos característicos. O primeiro momento evidencia as funções sacerdotais do agente da decisão judicial orientadas para a realização de alguma forma divinatória de justiça nas sociedades primitivas. A seguir, as primeiras instituições decisórias são desenvolvidas na vigência das organizações das sociedades antigas como a greco-romana e persistem diferenciando-se até o nascimento do Estado de Direito. A partir daí, apresenta-se e aperfeiçoa-se o modelo de decisão judicial implementado e desenvolvido pelo paradigma liberal do Direito. (MONTEIRO, 2009, p. 12)

O pensamento atual sobre a aplicação de princípios gerais de direito e da própria hermenêutica associando decisões judiciais a um aspecto interpretativo e elucidativo, é relativamente recente. A lógica encontrada no próprio desenvolver do raciocínio jurídico, que surgiu com essa nova perspectiva de decidir, é verificada de forma constante na justiça emergente, mas divergências sobre essa perspectiva de julgamento não são poucas.

A ideia de uma decisão consolidada não só no conceito de legalidade, mas também no justo e na própria segurança da ordem jurídica, aproxima o direito do próprio raciocínio, percebendo que ambas as matérias não podem se dissociar, uma vez que o juiz não só reproduz a lei em seu caráter legalista, mas também interpreta, trás maior segurança ao alcance para as decisões proferidas.

Uma teoria da decisão judicial para se iniciar não pode se afastar da ideia de discurso e argumentação jurídica, uma vez que ao decidir, o juiz realiza um emaranhado de elucidações deliberativas apresentadas em audiência, que se finda com o alcance de uma decisão.

A Teoria da Argumentação Jurídica é o principal ponto de partida na tarefa de delimitação da Teoria da Decisão Judicial, e exige a distinção entre o processo de elaboração e tomada da decisão, também denominado deliberação, cujo resultado é a própria decisão. Embora sejam aspectos conexos, é importante salientar que a fundamentação entra em cena na etapa final do procedimento deliberativo. Enquanto os elementos cruciais para o resultado são concernentes ao plano da decisão; no plano da argumentação, enfocam-se os próprios critérios jurídicos de discussão e de fundamentação. (MONTEIRO, 2009, p. 14)

A decisão judicial e a argumentação jurídica embora se completem, uma vez que toda decisão resulta de argumentos convincentes, devem ser observados de forma claramente distintas, uma vez que o primeiro se fundamenta no resultado, enquanto o segundo se lastreia em argumentos e discussões a cerca do direito ali pleiteado.

Decidir incontestavelmente é atividade complexa, e uma decisão coerente deve levar em consideração inúmeros elementos cruciais para que uma escolha possa ser suficientemente coerente, como observar a extensão do caso a ser decidido, sua relação com o meio a sua volta e com as diversas concepções de certo e errado.

Saber relacionar esses elementos de forma complementar e, por fim cotejar todas as informações obtidas, escolhendo a melhor forma de decidir e fazê-lo conforme o método mais eficaz ao caso concreto é importante.

5.2 DEVERES DO JUIZ

O papel assumido pelo juiz ao longo do tempo passou a ser fundamental no conduzir dos processos judiciais, antes conhecidos como “boca da lei”, o papel do juiz era de tão somente dizer o direito, ou seja, aplicar uma norma ao caso concreto, como já discutido em capítulos anteriores.

Pensar o juiz como mero aplicador da lei não faz mais sentido, uma vez que é incompatível com a realidade, já que a legislação é incapaz de conseguir normatizar todas as condutas humanas em um código legislativo. Neste sentido,

para a compreensão do litígio e para o alcance da solução mais adequada, requer-se um processo hermenêutico, e essa tarefa não é fácil:

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente (KELSEN, 1998, p. 396).

A constitucionalização e a própria publicidade que se atribuiu aos processos, permitiu e contribuiu para que a atuação do juiz tomasse uma maior proporção, seja ao apreciar as provas seja no próprio conduzir do processo.

Os poderes do juiz, que foram inegavelmente fortalecidos, assim o foram justamente para que se alcance a verdade substancial, e não meramente formal. Atualmente o julgador vai em busca da prova, o que não ocorria antigamente. Tal acontece, mais intensamente, como se viu, em ações que versam sobre direitos indisponíveis, em que pese a idéia de afastar o juiz da inércia se faça cada vez mais presente também nas demandas que tratam de direitos disponíveis. E não poderia ser diferente. A verdade deve sempre ser buscada, independentemente da natureza do direito em litígio. (BRIÃO, p. 07, 2000)

A amplitude dos poderes do juiz, tão logo, não veio para suprimir as partes na instrução processual, mas sim, para permitir a atuação do magistrado, de forma mais efetiva na busca pela verdade real, ampliando sua possibilidade de investigação, usando para isso mecanismos que lhe foram atribuídos, como a produção de ofício de provas, indeferindo de provas vistas puramente como protelatórias.

Por certo que o juiz não deve, e nem pode, substituir as partes quando da instrução probatória, mas pode e deve, quando entender necessário, partir em busca da verdade real, mediante a produção de ofício de provas, ou até mesmo indeferindo prova inútil ou desnecessária, na medida em que é o Julgador o destinatário da prova. Vale dizer, o juiz deve somar-se às partes na produção das provas, e não substituí-las, visando sempre alcançar a verdade material. Dizer que o juiz não pode produzir prova de ofício quando esta se mostra imprescindível para que se atinja a verdade real dos fatos, significa aceitar um juiz parcial, voltado apenas para a

prestação da jurisdição, modo formal. Prestar-se-á, se assim for, sem dúvida a jurisdição, mas não a justa prestação jurisdicional. (BRIÃO, 2000, p.7)

Segundo LOPES (apud BRIÃO, 2000, p.7), “o fortalecimento dos poderes do juiz é tendência universal justificada pela necessidade de restabelecer o equilíbrio processual quebrado pela desigualdade econômica e pelo individualismo materialista”.

No entanto, não devemos confundir a maior liberdade de atuação atribuída ao juiz, com displicência e muito menos, permitir o cometimento de ilegalidades, vejamos: “A busca da verdade real possui limitações. E um exemplo disto é a proibição das provas ilícitas – princípio constitucional previsto no inciso LVI do art. 5º, que também é uma exceção ao princípio da ampla liberdade probatória. (BRIÃO, 2000, p. 7)

O fortalecimento dos poderes do juiz, com certeza foi de fundamental importância para que se possibilitasse uma maior justiça às decisões judiciais. Para o profissional que atua em meio a dúvidas, e com a responsabilidade de decidir conforme a própria dignidade da pessoa humana, em um estado democrático que visa o bem estar social, uma atuação efetiva é fundamental, com a finalidade de alcançar a verdade real, tentando equilibrar as desigualdes sociais que por vezes reflete de forma decisiva no próprio resultado do processo. Completando este raciocínio, (BRIÃO, 2000, p. 10) diz:

O juiz deve ser imparcial, é verdade, mas tal não significa permanecer inerte, aguardando a provocação das partes. Ser imparcial, num Estado Democrático de Direito, significa proporcionar igualdade de condições aos litigantes, e isso só se atinge com um juiz atuante e efetivo. Um juiz que não se conforme com a verdade tal qual lhe é apresentada, mas que busque incessantemente a verdade real. Às partes é aceitável que apresentem apenas uma verdade que lhes dê êxito, ganho de causa; mas ao juiz não é dado esse direito. É seu dever perseguir a verdade que fará com que se atinja a justiça. Não basta a Constituição Federal prever a garantia do direito de ação. Direito que tal há de vir acompanhado do devido processo legal e da justiça prestação da jurisdição. E isso só se atinge se a verdade substancial for alcançada

5.3 HERMENÊUTICA INTERPRETATIVA

Diante tudo que foi exposto, é difícil diante tantas ponderações consideráveis encontrar quem ainda defenda que não há nenhum tipo de interpretação no momento de aplicar a lei.

A jurisdição para que funcione plenamente necessita da aplicação da hermenêutica jurídica, seja para identificar qual o texto legal a ser aplicado ou para dar um sentido mais coerente a cada realidade única que existe. Vejamos o que diz Gadamer a respeito desta importante tarefa: “a tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, ou seja, é a tarefa da aplicação. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz” (GADAMER, 2005, p. 452).

Neste sentido, a atuação do magistrado é de complementar o sentido das normas, que não se bastam em si.

A função do juiz, ao exercer sua atividade jurisdicional, é antes de tudo interpretativa, ele deve buscar resolver os conflitos da forma mais criativa possível, enveredando conclusões possíveis diante os fatos e provas arroladas, dando sua interpretação à lei, diante o que lhe é apresentado, com o finto de dizer o direito da forma mais justa possível.

“tanto para a hermenêutica jurídica quanto para a teleológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou do anúncio – e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na pregação. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (...) se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar” (GADAMER, 2005, p. 407-408).

A interpretação assume aqui um papel único a cada caso e a cada sentença proferida, onde o principal papel do magistrado é por meio da hermenêutica

pacificação dos conflitos sociais. Vejamos o que professor CAÊ MATOS TEIXEIRA DE ALMEIDA fala sobre esse papel do juiz no processo:

É relativamente pacífico na doutrina e jurisprudência que cabe às partes “dizer os fatos” no processo. A petição inicial seria o veículo, por excelência, utilizado por um demandante para discorrer, por escrito, a respeito dos fatos fundamentadores de sua demanda. Cada parte tem o ônus de provar tudo aquilo que alega. Ao magistrado cabe aplicar, ao caso concreto, o previsto abstratamente na lei. Este fenômeno é conhecido como subsunção. Desta forma se dividem as funções processuais: alegar situação que configure um direito (partes) e dizer o direito (Juiz). Para aplicar ou dizer o direito o julgador necessariamente precisa compreendê-lo, identificar os sentidos das leis. Este sentido, via de regra, não é concorde entre os operadores do direito. Muitas vezes as palavras contidas nas legislações são usadas em sentido diferentes, oscilando inclusive entre sentido técnico e vulgar. . Esta divergência semântica traz consequências jurídicas. (ALMEIDA, 2010, p. 12)

Com a finalidade de alcançar à verdade dos fatos, o juiz pode buscar a melhor forma de interpretação que lhe for possível. A interpretação aqui referida deve levar em consideração não só o sentido semântico da linguagem, mas toda a relação processual envolvida na atividade jurisdicional. Seja na coleta das provas, na instrução processual, na análise dos discursos apresentados pelos sujeitos do processo (parciais e imparciais), na própria identificação da norma mais adequada a ser aplicada.

Primeiro, interpretar quer dizer tentar entender algo – uma afirmação, um gesto, um texto, um poema ou uma pintura, por exemplo – de maneira particular e especial. Significa tentar descobrir os motivos o as intenções do autor a falar, representar, escrever ou pintar como o fez. [...]. Em segundo lugar, a interpretação tenta mostrar o objeto da interpretação – o comportamento, o poema, a pintura ou o texto em questão – com exatidão, exatamente como ele é, e não como você sugere, visto através de uma lente cor-de-rosa ou em sua melhor luz. Isso significa recuperar as verdadeiras intenções históricas de seus autores, e não impingir os valores do intérprete àquilo que foi criado pelos autores. DWORKING (apud ALMEIDA, 2010, p.13)

A atividade interpretativa não é fácil, cada julgador pode chegar a conclusões diferentes diante um mesmo fato, isso se dá pelas amplas

possibilidades de se nortear a atividade interpretativa e pela contínua mutabilidade do direito. Isso ocorre, sobretudo, nas interpretações dadas às leis. Há de salientar aqui, que as opiniões podem ser revistas, e as conclusões reformuladas. Diante disto, se estabelece o instável mundo das interpretações.

“A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação “correta”. Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vistas da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente (KELSEN, 1998, p. 396).

Diante este campo de incertezas, um método para dar mais certezas às interpretações nos núcleos das decisões judiciais teria a finalidade de alcançar uma solução o mais próximo possível da solução adequada.

5.4 ESQUEMA PARA UM RACIOCÍNIO JUDICIAL

Neste capítulo, será apresentado um esquema com o fulcro de nortear a atividade do juiz. Por meio de raciocínios que devem estar presente em toda e qualquer atuação do magistrado, será demonstrado que pode haver maior segurança ao decidir.

5.4.1 Casos Fáceis

O 1º passo a ser tomado, antes de iniciar a atividade jurisdicional e optar pela interpretação mais adequada, ou em seu não cabimento, o juiz deve observar se está diante de um caso fácil ou de difícil solução. Os casos mais fáceis devem ser resolvidos por meio do raciocínio dedutivo, irá o magistrado deduzir o fato apresentado a uma regra preexistente e formalmente válida.

Se for observado que a dedução não é possível, deve-se recorrer à argumentação. Podemos observar que mesmo diante fatos que inicialmente são de fácil solução, a argumentação não deixa de ser uma opção.

O primeiro passo é aplicar o método dedutivo. O modelo é um juiz no estilo “Sherlock Holmes”

Este passo apresenta uma prioridade argumentativa porque, sendo a regra, deve começar intentar resolver um caso mediante dedução, e, se ela não for possível, recorrer à argumentação. [...] deve-se começar pela validade formal, e, se não for possível resolver dessa maneira, avançar para a validade material (LORENZETTI, 2009, p. 159)

Sendo assim, no caso de existir uma regra válida que possa ser aplicada a um caso a ser resolvido judicialmente sem maiores dificuldades de adequação, este deve ser o primeiro passo a ser tomado, Lorenzetti, afirma que “a consequência de omiti-lo seria uma sentença *contra legem*”.(LORENZETTI, 2009, p. 159)

No método dedutivo o juiz ao analisar os fatos apresentados, não deixará de observar se a conduta merece amparo judicial, após tal análise, irá identificar qual a norma deverá ser aplicado para solucionar o conflito, e por fim, realizará a dedução aplicando a norma adequada ao caso concreto. Vejamos o que Lorenzetti fala sobre esses três passos para a dedução:

Os passos do modo dedutivo são os seguintes:

1) Delimitar os fatos (elemento fático): delimitar um suporte fático relevante por aplicações das regras processuais (elemento fático-premissa menor). O elemento fático requer que seja determinada a existência de um fato em sentido jurídico, ou seja, que não é qualquer um senão aquele que foi provado conforme fontes e meios probatórios admitidos.

2) Processualmente. E essa importância é tal que o desconhecimento dos fatos do caso pelo juiz, seja que ignore os que foram provados na causa ou que tenha como provados os que não foram provados, constitui uma típica situação que se enquadra na doutrina da arbitrariedade de sentenças elaboradas pela Corte Suprema.

3) Identificar a norma (elemento normativo): Identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral (elemento normativo premissa maior). Isso requer a identificação de uma norma válida conforme o critério hierárquico, especialidade e temporalidade (juízo de aplicação) e determinar o seu sentido (interpretação). Essa identificação é relevante ao extremo de que, se não há invocação de normas ou se forem invocadas normas derogadas

ou não aplicáveis, ou se faz mera transcrição de normas, a sentença pode ser desqualificada com base na doutrina da arbitrariedade das sentenças. É denominada pela doutrina como arbitrariedade normativa.

4) Deduzir a solução do caso (elemento dedutivo): o juiz deve analisar os elementos fáticos e sua correspondência com a norma aplicável, dando a solução ao caso pela via da dedução. (2009, p. 160)

É importante observar, que mesmo no modelo dedutivo a atividade interpretativa do juiz não é deixada de lado, no momento de identificar a norma (passo 2), o julgador deve atuar de forma integradora, devendo este reconhecer a norma a ser aplicada e reconstruir o significado a ser atribuído a ela, diante um ordenamento jurídico que precisa de segurança jurídica, sendo esta tarefa fundamental para que se possa analisar o contexto em que o texto fora produzido e no qual deverá ser aplicado.

O 2º passo, após ser encontrada a solução dedutiva, seria observar as consequências que aquela aplicação poderá trazer ao processo e fora dele, e se realmente alcançou o seu objetivo. Esta tarefa é essencial, uma vez que a eficácia da decisão é fundamental, e se a tarefa não for corretamente executada a solução não será alcançada.

O julgador, após fundamentar sua decisão deve está convencido de que baseou sua decisão em precedentes verdadeiros que garantem a igualdade a todos, uma vez que em situações idênticas poderá ser usada a mesma fundamentação, trazendo assim estabilidade e segurança jurídica às relações judiciais.

O que se coloca em jogo aqui é tanto a garantia de igualdade perante a lei, que obriga a dar igual solução nos casos análogos, como a segurança jurídica, que favorece a certeza e estabilidade do direito. (LORENZETTI, 2009, p. 161)

O magistrado também não pode deixar de observar se a sua decisão é coerente com o ordenamento jurídico que integra isso porque o método dedutivo surge de uma norma juridicamente válida, o que pressupõe coerência em sua aplicação, vejamos a ponderação que LORENZETTI faz a respeito desse elemento da coerência:

Isso é assim porque a solução dedutiva parte de uma norma identificada como válida, mas no sistema atual, onde há pluralidade de fontes, pode se dar o caso frequente de normas válidas que podem ter soluções diferentes. Portanto, é necessário verificar se existe um princípio geral que compreenda um conjunto de normas diferentes. [...] É necessário assinalar que a coerência se presume, de maneira que existe o encargo argumentativo de provar o contrário. (LORENZETTI, 2009, p. 161)

Não podemos deixar também de frisar as consequências sociais trazidas por toda decisão judicial. Neste sentido o magistrado também deve observar as consequências econômicas e sociais que a decisão poderá trazer para a sociedade, uma vez que as decisões produzem efeitos dentro e fora do processo, inclusive influenciando no comportamento das pessoas em geral. Vejamos as consequências que toda e qualquer decisão judicial é capaz trazer para a sociedade:

Gerais: uma decisão produz efeito para o caso, mas quando se fala de “consequências” é feita alusão às que excedem o âmbito das partes envolvidas e repercutem sobre a sociedade;
Jurídicas: a partir deste termo entendemos que a decisão adotada é um incentivo para as futuras condutas das partes não envolvidas no pleito [...];
Econômico-sociais: este vocábulo significa que se deve analisar o impacto na área econômica e na organização social [...];
Função de controle: a análise consequencialista cumpre uma função de controle ou de alarme quanto à justiça da decisão que os provoca; [...]
(LORENZETTI, 2009, p. 162-163)

Como o direito é uma ciência em constante construção, existem situações em que as decisões não irão propiciar as consequências esperadas, nesses casos que são os considerados de difícil solução, alguns outros métodos devem ser considerados, para que a decisão alcance sua finalidade, a justiça.

5.4.2 Casos Difíceis

Se as etapas supracitadas tiverem sido alcançadas, a decisão estará pronta para cumprir seus efeitos, porém quando não for possível aplicar o método dedutivo, por dificuldade em encontrar a norma aplicável, ou em interpretá-la ao caso concreto, ou quando a única lei a ser aplicada ferir a legalidade e ir de encontro com as normas constitucionais, nesses casos o julgador poderá tomar duas posturas.

O juiz poderá decidir de forma discricionária uma vez que não existe uma forma adequada para julgar, mas sempre deverá primar pela razoabilidade, justificando suas decisões.

Nos caso difíceis há uma discricionariiedade: Hart sustenta que “não há uma única resposta correta nos casos difíceis”, pelo que se produz uma “indeterminação normativa”. Isso exige do juiz que exerça um “*discrimen forte*”, porque exige uma escolha entre alternativas. Os limites dessa atividade discricionária são parâmetros de razoabilidade que guiam e controlam a atuação dos juízes como legisladores intersticiais e não como órgãos de aplicação do direito. (LORENZETTI, 2009, p. 163)

Outra possibilidade seria o juiz nesses casos utilizar dos princípios, devendo este aferir cada princípio, com o intuito de ver qual o melhor a ser aplicado ao caso concreto.

Nos casos difíceis há uma forma correta de decidir nos casos difíceis o juiz não pode decidir como quiser, senão que deve ser guiado pelos princípios e aplicar o juízo de ponderação, justificando a decisão em termos de correção [...] (LORENZETTI, 2009, p. 163)

As regras e a própria aplicação dos princípios, são modelos que orientam um raciocínio jurídico coerente, uma vez que diante conflitos, o primeiro passo é tentar submeter o caso concreto a uma regra preexistente e fazer um juízo de ponderação com os princípios. Neste diapasão se faz necessário também analisarmos a figura do paradigma, que permite a utilização de mesmos princípios e regras de formas diversa, vejamos o que LORENZETTI fala sobre o paradigma:

O paradigma atua com anterioridade a tudo isso, ao ponto que as mesmas regras e princípios serão aplicadas de maneiras distintas por pessoas que aderiram a modelos díspares.

O paradigma pré-condiciona a decisão e se comporta com um objetivo a alcançar por quem toma a decisão. Assim:

- proteger débeis (paradigma protetor), os excluídos (paradigma do acesso), os bens coletivo (paradigma coletivo);
- organizar a sociedade (consequencialista), fazer respeitar os procedimentos antes de se obterem os fins de qualquer modo (paradigma do Estado de Direito).(2009, p. 163-164)

Podemos observar que a aplicação dos paradigmas é uma tarefa difícil, sobretudo porque interpretar de forma tão subjetiva pode comprometer a própria imparcialidade do julgador, que em seu juízo de ponderação poderia utilizar valores pessoais.

Por isso o próprio Lorenzetti, em sua obra apresenta dois passos para que o paradigma seja aplicado de forma harmônica e explicativa:

Explicação: é necessário expor o paradigma e qual o objetivo a ser alcançado, assim como a tensão que provoca com outro paradigma competitivo;

Harmonização: a tensão deve ser resolvida mediante uma harmonização que leve em conta o modelo de democracia deliberativa. (2009, p. 164)

5.4.3 Conflitos Entre as Formas de Julgar

Parece-nos nítido, que por vezes podem surgir conflitos nas formas de julgar, seja entre os passos distintos, seja na verificação dos casos fáceis e difíceis. Porém não se pretende aqui definir uma forma perfeita de julgar, como podemos observar nas etapas acima, o juízo de valor sempre estará presente de forma imprevisível.

Quando afirmamos que o primeiro passo deve ser o método dedutivo, podemos nos deparar com situações em que a mera aplicação da lei, não faz justiça no caso concreto, ocorre que, ignorar uma regra sempre leva a uma decisão *contra legem*, o que configura uma arbitragem, vejamos o posicionamento do autor quanto essas decisões:

Expusemos nossa opinião assinalando que se deve começar pelo método dedutivo (prioridade argumentativa), aplicando uma regra formalmente válida ao suporte fático que ela descreve. Falhar contra uma regra deste tipo é decidir *contra legem* e omitir os seus passos pode dar lugar à arbitrariedade da sentença. (Lorenzetti, 2009, p. 164)

Nestes casos, as decisões que não se enquadrem com lei de forma fática, deverão ser fundamentadas em precedentes normativos de mesma solução, no caso de serem precedentes com soluções diferentes, se faz necessária à argumentação como forma de fundamentar, sob pena de também esta agindo *contra legem*.

Essa solução deve ser controlada com os precedentes (elementos de consistência) e, se o precedente assinala uma solução diferente, deverá ser assumido o ônus de argumentação justificativa da mudança- se isso não for feito, a sentença poderá ser arbitrária. Em casos em que a mudança puder afetar o direito das partes que trabalharam levando em conta a regra anterior, poderá ser razoável deixar dita a solução advertindo a mudança para o futuro. (Lorenzetti, 2009, p. 164)

Não podemos esquecer ainda, que qualquer decisão que venha a ser tomada pelo julgador, deverá está em sintonia como todo o ordenamento jurídico que integra, uma eventual dissonância deverá vir lastreada de fundamentos que a justifiquem.

Não se deve esquecer ainda, que toda decisão deve ter como fim maior alcançar a sociedade, neste sentido tais decisões não devem deixar de analisar as consequências não só jurídicas, mas sociais, econômicas e financeiras, não se permitindo decisões que conduzam a um estado de instabilidade institucional.

Diante a ocorrência de conflitos na interpretação normativa ou na própria dedução, verificamos a existência de um caso com difícil solução, nestes casos a argumentação jurídica é fundamentada na aplicação de princípios. Decisões com essa motivação permitem que a razoabilidade e discussões em volta da própria democracia judicial lastreie sua fundamentação.

Mas tal solução pode ter sua finalidade distorcida quando os paradigmas são os meios mais adequados para a solução do conflito. Isso ocorre porque nessas situações, o julgador tem uma margem de atuação interpretativa muito grande, e o paradigma por permitir diversas interpretações e conclusões acaba trazendo insegurança para tais decisões. Por isso temos aqui certa preocupação no momento em que o julgador deve utilizar os paradigmas para nortear seus julgados, vejamos:

Este objetivo pode ser obscurecido com a utilização dos paradigmas, porque a interpretação das mesmas regras e princípios pode levar a conclusões diferentes pela “ideologia” de quem toma a decisão. Estamos aqui diante de um caso de forte discriminação, que, em nossa opinião, deveria ser pelo menos exposto para o seu conhecimento e debate. (Lorenzetti, 2009, p. 165)

Mas, é importante frisarmos, que nem sempre a lei é sinônimo de justiça, sendo assim, às vezes contrariá-la é fazer justiça:

Temos dito que um dos pressupostos para a justiça formal é a neutralidade moral: não importa o mérito ou o demérito da norma, só temos de aplicá-la. A crise mais evidente chegou com as leis do regime nazista, que eram válidas e aplicáveis, mas injustas, o que obrigou a recorrer a um controle externo baseado nos princípios do direito natural para corrigir a insensatez do legislador. (Lorenzetti, 2009, p. 174)

5.4.4 A Decisão Baseada na Argumentação

A partir da consciência de que “a lógica formal é insuficiente para a justificação de enunciados jurídicos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 59), surge a necessidade de uma teoria que fundamentasse as decisões judiciais na própria argumentação jurídica, com o fim de reduzir a subjetividade, que envolvia a decisões dos magistrados diante situações em que a lei por si não bastava.

A possibilidade de um amplo campo de interpretação para o aplicador do direito lhe permitiu uma importante tarefa, a de realizar sua atividade de maneira mais ativa, deixando para trás aquele juiz ultrapassado e inerte.

Neste sentido sua tarefa hoje, é interpretar diante os casos apresentados e os argumentos confrontados, usando a norma como um instrumento a seu favor, de forma complementar.

As principais características dessa tese são as seguintes:
O direito é uma ciência de problemas e não meramente especulativa;
A tarefa do juiz é o exercício da prudência e não da especulação;
A prudência é baseada no raciocínio argumentativo;
Argumentar é convencer um auditório imaginário, ou seja, a quem se destina a decisão;
A argumentação é baseada na experiência prévia acumulada (tópicos), ou na capacidade do argumento para persuadir a um auditório universal utilizado como modelo. (Lorenzetti, 2009, p. 176)

A argumentação tem como principal finalidade, persuadir um auditório, com a finalidade de que este se convença da relevância de seu discurso. Para isso, o orador pode se valer de discursos específicos, que se enquadrem ao caso concreto, ou gerais que se adequem a qualquer caso no intuito de gerar uma maior comoção.

A argumentação baseada em argumentos generalizáveis e não baseados em um interesse específico, é eficaz e constitui o controle final de toda decisão. O jurista é, então, quem elabora argumentos levando em conta a sua capacidade para convencer a sociedade acerca de sua razoabilidade. Logicamente, é um modelo que permite que o juiz desenvolva as razões para uma decisão particular e as controle com referência na sua capacidade para convencer o auditório universal. Isso expõe uma importante diferença a respeito do raciocínio dedutivo tradicional, que busca a verdade no sentido da norma verdadeiramente aplicável de acordo com os critérios formais vigentes no ordenamento; a retórica, no entanto, não diz a verdade, senão a paz social. (Lorenzetti, 2009, p. 177)

Diante disso, podemos observar que o raciocínio jurídico integra o próprio discurso, além de ter uma forte interferência dialógica, uma vez que o objetivo não

é encontrar a verdade, mas sim solucionar o problema. E neste contexto do método argumentativo retórico, o método dedutivo vai perdendo lugar, de forma parcial, sendo mais adequada a sua aplicação nos caso de solução fácil.

Os discursos no processo devem ser confrontados, para que possam fundamentar a decisão do julgador. O confronto dos discursos para ensejar uma decisão judicial justa e por conseguinte verdadeira não se baseia no consenso entre os discursos apresentados, mas num consenso fundado, que apresente o melhor argumento.

O sentido de verdade não está no fato de que algum consenso seja atingido, mas antes nisto: que a qualquer hora e em qualquer lugar, se entramos num discurso, pode ser obtido um consenso sob certas condições que o tornem um consenso fundado. Um consenso fundado é um consenso que se baseia “na força do melhor argumento.” HABERMAS (apud ALEXY, 2008, p. 127)

Mas afinal, o que tornaria um argumento melhor que outro? ALEXY, 2008, p.207, diz que é crucial que exista lógica no discurso e no próprio contexto da argumentação. O fato de que os contextos de argumentação estejam compostos não de enunciado, mas de atos de fala, é decisivo, uma vez que a lógica do discurso é uma lógica pragmática.

O argumento, é sem dúvida o centro da lógica do discurso, vejamos o que HARBEMAS (apud ALEXY, 2008, p. 127) fala sobre isso: “Um argumento é a fundamentação que nos motiva a reconhecer a pretensão válida de uma afirmação, ordem ou valoração”.

A força de um argumento depende não apenas da forma de expressão, mas das oportunidades dadas aos oradores para se manifestar no processo, ou seja, de situações ideais de fala. HABERMAS (apud ALEXY, 2008, p. 134) diz que a situação de fala é ideal quando a “comunicação não pode ser impedida nem por fatores contingentes externos, nem por coações internas da própria estrutura de comunicação”. A comunicação permanece livre de “coações apenas se ocorreres uma

distribuição simétrica de oportunidades para todos de escolher e efetuar atos de fala”.

Para que haja essa simetria, é imprescindível para a existência de paridade de armas, ou seja, que as partes sejam tratadas de forma igual na apresentação dos discursos a serem confrontados, HABERMAS (apud ALEXY, 2008, p. 134), criou quatro condições correspondentes às quatro classes de atos de fala que ele distingue, vejamos:

1. Todos potenciais participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possam a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e trélicas, perguntas e respostas.
2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de se tematizada e criticada.
3. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar sua opiniões, sentimento e intenções...
4. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos isto é, de ordenar e opor-se, de permitir e proibir, prometer e retirar promessas, a prestar ou pedir contas, etc.

O discurso jurídico tem sido o mais completo modo de montar uma decisão judicial de forma coerente e fundamentada, baseando-se, sobretudo na linguagem. Cada sujeito que participa do discurso jurídico, ao se manifestar, aciona certas convenções reguladoras das relações entre os vários sujeitos, que produzem mudanças nas atividades da linguagem. Com o atributo da fala, o sujeito passa a ter seu lugar no curso de um processo, que por sua vez complementa a atuação do outro sujeito participante.

Em detrimento, das funções sociais abrangidas pelas ciências jurídicas, o discurso para o direito, reveste-se de características particulares, quais sejam o poder de persuadir e as ideologias pessoais de cada sujeito do processo.

O Discurso jurídico é altamente persuasivo e essa é a sua principal finalidade, pois possui sempre como destinatário direto ou indireto um indivíduo que, supostamente, veio a infringir o ordenamento jurídico vigente. Neste sentido, o

magistrado atua, com o propósito de mediar relações de força e poder, que existem entre os sujeitos, que no meio de uma relação de ideologias ali posta em discussão, são analisados pelo Estado juiz como indivíduos socialmente adaptados, que utilizam determinados argumentos de “verdade” que lhes servem de sustento, em defesa de sua ideologia.

5.4.5 Racionalidade: Como 1º Fundamento de uma Decisão Judicial

Diante os procedimento e etapas supracitadas para que seja alcançada uma decisão judicial dentro da coerência e da legalidade, devemos ter em mente alguns de seus pressupostos fundamentais de validade que devem está presentes em todo raciocínio jurídico do julgador de forma automática, quais sejam a Matemática que garante sua exatidão, a Filosofia que empresta seu caráter racional e por fim o direito por meio de seus dogmas e da sua hermenêutica interpretativa. Existe uma verdadeira correlação entre as decisões e esse alicerce triangular composto de certezas e incertezas, possibilidades e mecanismos racionais.

A Teoria da Decisão opera com a colaboração de investigações provenientes de diversas disciplinas como a Matemática, a Economia, a Estatística, a Lógica, a Filosofia e as Ciências Sociais e foi transmitida em sua maior parte por especialistas em Estatística, em Economia e em Gestão, levando, evidentemente, em consideração os interesses específicos de suas respectivas áreas. Mas, somente o viés matemático não esgota a base necessária, apesar de realmente a formalização da incerteza e a solução dos jogos terem sido determinantes para a construção deste espaço de conhecimento no século XX, focado no campo das Matemáticas e da Meta matemática. Por este motivo, a teorização sobre o comportamento racional tem tomado hoje a frente nas pesquisas mais atuais na área. (MONTEIRO, 2009, p. 11)

O mais importante de toda e qualquer decisão judicial independente de ser ou não cumprida às etapas apresentadas e de serem respeitadas as peculiaridades de cada caso, sendo ele difícil ou fácil, é o vínculo que ela cria com quem as proferiu, e com a própria fundamentação utilizada, uma vez que existe um fato e um relevante

valor moral a ser observado que em hipótese alguma deve ser desconsiderado. Neste sentido, quando as decisões são o espelho daquilo que deveria ser, ela pode vir associada a uma sensação de dever cumprido, caso contrário às consequências atreladas a elas podem elucidar remorsos insuportáveis.

O essencial racional de uma decisão pertence a um território em que as regras jamais abandonam o seu agente, no qual, de fato, a Moral não há como silenciar. A decisão permanece em um mundo de direitos e deveres em que a consciência racional pode trazer determinado consolo tanto quanto pode sobrecarregar de remorsos. O sujeito que decide, com intenção de preservar e observar a razão, o faz dominando os raciocínios e orientando-os para uma outra ação final, vive assim em um ritmo circular e tomado por uma ambígua subjetividade. (MONTEIRO, 2009, p. 3)

O profissional responsável por proferir decisões judiciais desenvolve essa tarefa de forma contínua numa teia de raciocínios lógicos enveredados e, sobretudo orientados pela própria razão, com a finalidade de alcançar um resultado final. Nessa função ora deve-se deixar guiar pelas próprias deliberações sem deixar de apoiar-se e fundamento sólidos, buscando a todo instante não envolver-se de incertezas nem tão poucos de suas próprias convicções pessoais, porém inevitável realizar juízo de valor.

Para que se estabeleça uma relação de confiança nas autoridades, é necessário, desse modo, que as decisões sejam justificadas. A justificação é o índice de racionalidade que aquela decisão possui. São muitas as razões que podem estar incluídas em uma justificação, o emprego das razões justificadoras remete à questão axiológica. Para se justificar o Direito, ele deve estar articulado com o plano das valorações e também da moralidade. A compreensão do vínculo entre o fenômeno jurídico e o plano da moralidade é precondição de estruturação de uma **Teoria da Decisão racional. (grifo nosso)** (MONTEIRO, 2009, p. 15)

A responsabilidade por traz das decisões judiciais, não permite que os raciocínios e fundamentos que as legitimam sejam falaciosos, nem se contradigam, uma vez que cada raciocínio é construído om base na moral, em princípios gerais do direito e na própria ideia de justiça, um emaranhado de fundamentações e

justificativas que buscam sustentar os raciocínios utilizados para formar uma conclusão.

E é aqui que emerge uma das maiores contraditas das decisões judiciais. Na busca de alcançar decisões mais justas, o binômio, razão e sentimento entram diversas vezes em conflito, tentar equalizá-los seria a solução desse problema. A respeito da responsabilidade inerente a todas as decisões judiciais, MONTEIRO afirma:

A atividade jurisdicional democrática nos Estados constitucionais revela a importância do controle de racionalidade das decisões judiciais, tomando como critério a sua razoabilidade. Ao decidir, o agente deve inexoravelmente apontar suas justificações, quais sejam, as boas razões que o sustentam. (MONTEIRO, 2009, p. 21)

A racionalidade das decisões judiciais baseia-se em um modelo fechado e, sobretudo extremamente positivista, neste sentido, as decisões e a própria atividade judicial funcional como uma mera reprodução da lei.

A ideia de racionalidade judicial como único meio de alcançar a melhor solução para litígios, uma vez que sentimentos e anseios pessoais podem vir carregados de valores pessoais extremamente perigosos para quem deve julgar com convicção, porém de forma impessoal. Tal posicionamento é questionável, uma vez que o emocional influencia de forma inevitável qualquer decisão, o importante nesta posição é saber ponderar.

5.4.6 A decisão Judicial Justa

Diante tudo que nos foi demonstrado, concluímos de forma construída que a atividade do juiz se inicia com o processo, o magistrado tem a obrigação funcional de participar e de conduzi-lo, desde o recebimento da petição inicial, orientando a produção de provas, todo o caminhar do processo até o momento de proferir sua decisão, que deverá ser norteada pelas regras de nosso ordenamento jurídico, e, sobretudo pelo discurso jurídico apresentado.

Não deixando de observar o tratamento igualitário das partes, o juiz irá confrontar as regras do discurso e norteando-se pelas regras de justificação dentro e fora do processo (consequências sociais), ou seja, observando a argumentação jurídica, não deixando de observar também as normas constitucionais e os próprios princípios que norteiam a atividade jurisdicional.

Podemos concluir diante todo o exposto que o ponto inicial para se alcançar uma decisão judicial pautada na justiça e com fulcro na verdade sempre será submeter o caso a norma, e fundamentar o motivo de tal adequação. Em seguida deverá demonstrar a existência de liame subjetivo entre a norma e o pedido que esta sendo apreciado.

As decisões do órgão julgador, principalmente no que diz respeito ao mérito, devem necessariamente demonstrar a relação ou a ausência de relação entre o Direito e os pedidos formulados.

Após iniciar sua atuação, com as posturas supracitadas, o julgador não pode eximir-se da justificativa externa e interna de sua decisão final. A justificação interna coincide com a proposta prevista no silogismo jurídico (ALEXY, 2008, p. 218), já “o objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna” (ALEXY, 2008, p. 218).

O devido processo legal, que antecede a próprio juízo de mérito do julgador, também não deve deixar de ser respeitado, como maneira de tornar todo o procedimento ilegítimo. Os precedentes também funcionam como norteadores das decisões, uma vez que traz homogeneidade a todo ordenamento, quando se conclui que em regra casos iguais serão resolvidos de maneira idênticos, trazendo segurança jurídica e igualdade. ALEXY, 2008, p.264, diz: “Uma teoria da argumentação jurídica que não considere o papel dos precedentes omitiria seus aspectos essenciais”.

Sendo assim, podemos observar que o julgador, além de conhecer a lei, deve utilizar de todos os meios disponíveis para alcançar uma decisão justa, sejam as normas legais os princípios, e, sobretudo os próprios argumentos apresentados.

O sistema atual abre um amplo campo para o interprete, que deve “reconstruir” o direito do caso mediante um processo de seleção de leis,

costumes, normas administrativas, normas constitucionais, princípios e valores. (LORENZETTI, 2009, p. 35)

As diversas concepções de mundo, e as inúmeras realidades são incontestes, em meio a tantas disparidades, o julgador deve tentar encontrar um meio termo, não o eximindo da responsabilidade de observar a lei, porém lhe dando margem a sentir o que o caso concreto quer, e ouvir o que as partes podem revelar.

O pluralismo e a diversidade constituem um fato incontestável, e por essa razão é necessário assumir critérios compreensivos das diferentes posições para que seja alcançado um consenso entrecruzado, que, ao mesmo tempo que não será o que cada um deseja, permitirá o que todos desejam: uma sociedade ordenada com base em um critério mais realista e justo. (LORENZETTI, 2009, p. 27-28)

Este é o papel do discurso no processo, demonstrar uma solução além dos limites instituídos pela lei, e até mesmo ultrapassar os limites que a lei fechada não pode alcançar. Neste sentido, independente do método decisivo utilizado pelo juiz, dentre aqueles que já apresentamos anteriormente, a argumentação, sem dúvida é imprescindível para formar o seu convencimento.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A decisão judicial perfeita, ainda continua permeada de inúmeras dúvidas, uma vez que ela envolve a existência imperfeita dos seres humanos, mas o que tentamos mostrar aqui foi uma maneira mais clara de raciocinar uma decisão,

utilizando para isso de mecanismos que permitem que o julgador dialogue com o seu auditório, buscando soluções para situações, em que as normas jurídicas silenciam ou quando essas se manifestam, não é da forma mais coerente.

Existe um confronto de decisões no que tange ao próprio ordenamento e aos critérios adotados, uma vez que existem outras leis que por sua vez mostram-se ambíguas, incertas e até mesmo difíceis. Mas tais dificuldades, de maneira alguma exime o julgador da responsabilidade de suportar as consequências de suas decisões.

Pensar em mecanismos que ajudem a alcançar decisões judiciais justas requer um amadurecimento sobre o papel do próprio julgador, este, revestido de imparcialidade deve superar a função de subjugador do fato a norma.

De fato, não é uma tarefa estanque, e sim construída a cada caso concreto, onde conhecer a origem do direito, seu desenvolvimento e, sobretudo os altos e baixos de sua existência são imprescindíveis para que se possa compreender o papel do julgador, e da decisão judicial que lhe vincula intrinsecamente.

Toda uma geração de juristas foi educada durante uma “era de ordem”, fundada em uma única concepção formal do direito, inspirada na tradição filosófica inglesa do empirismo lógico e na dogmática Kelseniana. A lógica deontológica, própria do jurídico, a dedução como base do raciocínio fundante, e os princípios de hierarquia, temporalidade e especialidade, foram base de um sistema formal cujo propósito foi a coerência. De tal modo, o direito é concebido como um sistema formal de coerência lógica apriorística, ou seja, uma obra de legislador e da dogmática que produz o modo de raciocínio. (LORENZENTTI, 2009, p. 359)

Mudar tal concepção não é tarefa fácil, sobretudo diante uma geração de juristas que foram condicionados a utilizar métodos cartesianos para a solução de conflitos distintos que necessitavam soluções distintas. Porém essa teoria apresentada tem a finalidade de mostra que existem outros meios para alcançar a solução de conflitos, o direito não é uma ciência estanque, podemos utilizar de outras fontes na tentativa de alcançar respostas. A argumentação é fundamental, mas a lei não é de forma alguma descartada, saber ponderar é preciso, a solução

está no diálogo entre as diversas formas de julgar, de forma a complementar os pontos falhos existentes em cada um.

Toda uma geração de juristas vive agora em uma “era da desordem”, na qual é produzido um fenômeno de “materialização do direito”. O sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidos através de princípios, valores, conceitos indeterminados. (LORENZETTI, 2009, p. 359)

Quem é responsável por decidir e solucionar conflitos de terceiros, deve ter a consciência de que existem inúmeras formas de valorar uma mesma situação, com a finalidade de alcançar um ambiente social mais inclusivo. O juiz deve, portanto adotar uma atitude baseada no problema, e antes disso a busca da pacificação, em detrimento a imposição de uma verdade pré-constituída ou de sua própria verdade.

Enfim, diante tudo posto, podemos concluir que o que se objetivou com este trabalho monográfico, foi apresentar uma teoria que garantisse maior força às decisões judiciais, atribuindo maior autoridade a elas, uma vez que o direito se concretiza não quando se profere uma sentença, mas quando as partes sentem-se alcançadas pelos seus reflexos de forma positiva, seja fora ou dentro da relação processual.

A busca por uma decisão que seja justa torna-se neste sentido, um espelho de uma sociedade revestida de consenso social, por se sentir representada pela autoridade coatora, pois o conceito de direito, e a ideia de justiça não se esgotam na figura do juiz. O julgador é membro de uma sociedade, e é como integrante desta estrutura social que ele realiza sua atividade jurisdicional. Sendo assim, o magistrado não possui resposta para tudo, e muito menos possui todas as verdades, por isso nem sempre uma decisão proferida por ele ensejará a melhor solução possível, por este motivo sua tarefa não pode de forma alguma rejeitar os argumentos existentes e possíveis de serem confrontados, e nem eximir-se de uma fundamentação que lastreie sua decisão.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: A Teoria do Discurso Racional com Teoria da Fundamentação Jurídica**. Landy Editora, 2008.

ALMEIDA, Caê Matos Teixeira de. **HERMENÊUTICA E APLICABILIDADE DO AFORISMO IURA NOVIT CURIA**. Apresentado em mestrado em direito público na UFB, 2010.

AQUINO, Tomás. **Verdade e conhecimento. Tradução, estudos introdutórios e notas de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero**, 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BACHA, Maria de Lourdes. **Realismo e verdade – Temas de Peirce**. São Paulo: Legmar Informática; 2003.

BASTOS, C.R. & MARTINS, I. G. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988.

Bíblia Sagrada: tradução Reina - Valera. Rio de Janeiro: **Sociedade Bíblica Intercontinental do Brasil**, 2011. 1ª Edição.

BÍBLIA. Bíblia Ave- Maria. **Tradução pelos Monges de Maredsous**. São Paulo: editora Ave Maria, 1999. 22ª Ed.

BORGES, Carlos José. **A ESSÊNCIA DO DIREITO**
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?pagina=215&idarea=54&id_dh=5331>
Acesso em 24/01/2014.

BORGES, Caroline. **Dialética**. Disponível em:
<http://www.infoescola.com/filosofia/dialetica/>. Acesso: 26/01/2014.
BRIÃO, Roberta Fussieger. **OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E A BUSCA DA VERDADE REAL NOPROCESSO CIVIL MODERNO**. Disponível em:
<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/PODERES%20INSTRUTORIOS%20DO%20JUIZ%20E%20A%20BUSCA%20DA%20VERDADE%20REAL%20-%20Roberta%20Fussieger%20Bri%C3%A3o.pdf>> acesso em 04/03/2014.

BRITO, Diná Tereza de. **LINGUAGEM: O PODER NO DISCURSO JURÍDICO**. Disponível em: <http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos14.pdf>. Acesso: 25/01/2014.

BURGARELLI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra Legem: A teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo. Editora Lejus, 1999.

COSTA, Helder Lisboa Ferreira da. **HISTÓRIA DO DIREITO DE ROMA À HISTÓRIA DO POVO HEBREU E MUÇULMANO**. *A Evolução do Direito Antigo à Compreensão do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. Disponível em :<<http://www.unama.br/editoraunama/images/stories/livro/historia-do-direito.pdf>> Acesso em 22/01/2014.

COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do advogado**. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris, 1999.

DINUCCI, Aldo. **NOTAS SOBRE A TEORIA ARISTOTÉLICA DA LINGUAGEM**. Disponível em: http://200.17.141.110/periodicos/cadernos_ufs_filosofia/revistas/ARQ_cadernos_5/aldo.pdf> Acesso em: 24/02/2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EDITORA SARAIVA. **Vade Mecum Saraiva**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Editora Saraiva, 13 ed., 2012
IBASE –

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRAGA, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado: Lei nº 6.815 de 1980, alterada pela lei nº 6.964 de 1981**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FULCOLTQUE, Michel. **Microfísica do Poder**. Disponível em: http://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foulcault.pdf> Acesso em: 27/02/2014.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 7. ed.. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação**. Tradução: Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HUBRIS, Lisandro. **Como se justificam as semelhanças entre o chimpanzé e o homem?** Disponível em: <<http://evolucionismo.org/forum/topics/como-se-justificam-as-semelhan-as-entre-o-chimpanz-e-o-homem>> Acesso em 22/01/2014.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. trad. J. Cretella Jr. E AgnerCretella. 2.ed. São Paulo : RT, 2001.

JUNIOR, Nelson Nery. **PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. 5ª. ed., São Paulo: RT, 1999.

KANASHIRO, Michele. **Logos verdadeiros e logos falso no Crátilo de Platão.** Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/FILOGENES E/MicheleKanashiro.pdf>> acesso em 24/02/2014.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed.. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial, Fundamentos de Direito.** 2ª Edição. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes, in Garantias constitucionais do processo civil.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Foucault: o poder e o direito. **Tempo Social**; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, **2**(1): 151-176, 1.sem.1990. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v021/foucault.pdf> > acesso em 26/02/2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Uma Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Dialética. 2000.

MACHADO, Roberto. **Nietzsche e a verdade.** 2. ed., Rio de Janeiro: Graal, 2002.

MARX, Kal. **O Capital: crítica da economia política.** São Paulo, livro primeiro, vl. I, ed. 8, Ed. DIFEL, 1982.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A jurisdição no estado contemporâneo.** São Paulo: Rt, 2005.

MINI VADE MECUM PENAL, **Legislação Selecionada para OAB e concursos.** Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2013.

MINUZZI, Crislaine e FACHIN, Paulo Cesar. **Estudo Sobre Língua e Linguagem: Considerações.** Disponível em: http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/marco2012/portugues_artigos/linguagem.pdf> acesso em 28/03/2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETO, Antônio Augusto Machado de Campos. **O JUDAÍSMO. O DIREITO TALMÚDICO.** Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67797/70405>> acesso em 14/02/2014.

NETO, José Querino Tavares. LOPES, Anderson Fernandes. **LEGITIMIDADE DO DIREITO E DO ESTADO: DO CONTRATO CONSENSUAL AO CONSENSO NÃO-CONTRATUAL**. Disponível em:
<<https://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12072/8030>> Acesso: 25/01/2014.

NÓBREGA , Rafael Estrela. **Breve Reflexão da Competência do Foro do Domicílio do Consumidor**. Disponível em:
http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista52/Revista52_174.pdf> Acesso em 19/04/2014.

PARSONNS, Talcott. **Política e Sociedade**. Editora Nacional, 1979.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

RADAELLI, Samuel Mânica. **O Operado do Direito e seu Papel de Interpretar da Lei**. Disponível<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/781/502> > acesso em 18/03/2014.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 19ª. ed., 3ª tiragem. 2002.

PAIVA. Maria Jacinta A. Ferreira d'Almeida. Evolução e Linguagem: como, quando e porquê? Em Disponível<<http://nautilus.fis.uc.pt/wwwantr/areas/paleontologia/encefal/textos/html/origem%20e%20evolucao%20da%20linguagem.htm>. Acesso em 22/02/2014.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TERRA, Rosane Barcellos. **Fontes do Direito**. Disponível em:
<http://www.unifra.br/professores/arquivos/25583/88638/ENVIO%207%20FONTES%20DO%20DIREITO.pdf>> acesso em 01/03/2014.

WEBER, M. - **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. vol. 1. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.