

POR UMA TEORIA DA DECISÃO EM PERSPECTIVA GARANTISTA⁸³⁹

FOR A THEORY OF DECISION FROM A GARANTIST PERSPECTIVE

Marcelo Pereira de Almeida

Pós- Doutor em Direito Processual pela UERJ. Pós- Doutor em Direito pela Universidade de Burgos (Espanha). Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF. Professor Adjunto de Direito Processual da UFF (graduação e Doutorado/PPGDIN), Professor de Direito Processual Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente do PPGD (mestrado) da UCP. Coordenador da Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil do Unilasalle/RJ; Coordenador adjunto do Curso de Direito do Unilasalle/RJ; Professor de Teoria Geral do Processo e Direito Processual do Unilasalle/RJ. Líder do grupo interinstitucional de pesquisa “Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas” (UFF, Unilasalle/RJ e UCP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil (IBDP), da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro) e do Instituto Carioca de Processo Civil - ICPC. Advogado. E-mail: mpalmeida04@yahoo.com.br

Lilia Nunes Silva

Doutoranda no Programa de Pós-Graduação Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (PPGDIN/UFF) – bolsista CAPES. Mestra em Direito (Universidade Católica de Petrópolis), Especialista em Direito Processual (Universidade Federal de Juiz de Fora/UFJF e Salamanca/USAL) e Direito Material e Processual do Trabalho (Faculdade Damásio de Jesus). Professora de Direito Processual e Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica no Centro Universitário Estácio Juiz de Fora. Pesquisadora no grupo interinstitucional de pesquisa “Observatório das Reformas processuais destinadas a solução de demandas seriais e ações coletivas” (UFF, Unilasalle/RJ e UCP) – linha de pesquisa “Processos estruturais e devido processo legal”. Advogada. E-mail: lilianuness@hotmail.com

RESUMO: Diante das reformas da legislação processual em busca do reforço de garantias processuais de natureza constitucional, certamente realizadas para a concretização do devido processo legal, percebe-se que todos os atos procedimentais precisam estar adequados a tal realidade e, especialmente, a decisão proveniente

do debate entre os sujeitos processuais, razão da relevância de refletir criticamente sobre qual suporte teórico há de ampará-la. Neste sentido, o presente estudo busca desenvolver discussões que permeiam as bases de uma teoria de decisão judicial sob a óptica garantista. Para tanto, serão analisadas duas dimensões importantes

⁸³⁹ Artigo recebido em 05/09/2024 e aprovado em 04/02/2025.

e que fazem parte do constitucionalismo contemporâneo, a primeira no plano substancial – o constitucionalismo garantista – e a segunda no plano procedimental – o garantismo processual. Ambas apresentam como característica comum a estrutura de contenção de arbítrios estatais, especialmente a contenção do arbítrio judicial, permitindo a construção de uma teoria de decisão mais alinhada aos modelos de Estado Democrático de Direito. As reflexões realizadas a partir da pesquisa permitiram inferir que, no contexto da teorização da decisão judicial nos Estados Contemporâneos, a única que parece ser capaz de conter o arbítrio estatal seria a permeada pelo garantismo, todavia, a assunção das duas dimensões do garantismo, constitucionalismo garantista e o garantismo processual, não são capazes por si só de coibir o arbítrio configurado pela discricionariedade judicial, mas permitem um maior controle dos atos praticados pelos magistrados e detém potencial limitador de comportamento voluntarista. A estrutura normativa infraconstitucional e respectiva aplicação, a despeito da indicação expressa de ordenação, disciplina e interpretação em obediência às normas fundamentais da Constituição, direcionam o comportamento decisório e desenham uma teoria da decisão incapaz de impedir atuações discricionárias, ainda que possam servir de balizadores para o aprimoramento do conteúdo da decisão. A pesquisa se desenvolveu pelo método dedutivo, parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, investigação analítico-

legislativa de âmbito nacional e estrangeiro, principalmente utilizando o marco teórico *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, além da legislação processual brasileira, sobretudo o Código de Processo Civil.

PALAVRAS-CHAVE: teoria da decisão; constituição; devido processo; constitucionalismo garantista; garantismo processual.

ABSTRACT: In view of the reforms to procedural legislation aimed at reinforcing procedural guarantees of a constitutional nature, which have certainly been carried out in order to achieve due process of law, it is clear that all procedural acts need to be adapted to this reality, and especially the decision arising from the debate between the procedural subjects, which is why it is important to critically reflect on what theoretical support there is to support it. In this sense, this study seeks to develop discussions that permeate the foundations of a theory of judicial decision-making from a garantist perspective. To this end, two important dimensions that are part of contemporary constitutionalism will be analyzed, the first on a substantial level - garantist constitutionalism - and the second on a procedural level - procedural garantism. Both have as a common characteristic the structure of containment of state arbitrariness, especially the containment of judicial arbitrariness, allowing the construction of a theory of decision more in line with the models of the Democratic Rule of Law. The reflections made from the research allowed us to infer that, in the

context of the theorization of judicial decision-making in contemporary states, the only one that seems to be able to contain state arbitrariness would be the one permeated by garantism. However, this assumption is not sufficient to guarantee the absence of arbitrary decisions. The two dimensions of garantism—garantist constitutionalism and procedural garantism — are not, in and of themselves, capable of curbing the arbitrariness configured by judicial discretion. However, they do allow for greater control of the acts practiced by judges and have the potential to limit voluntarist behavior. The infra-constitutional normative structure and respective application, despite the express indication of ordering, discipline, and interpretation in obedience to the fundamental norms of the Constitution, direct decision-making behavior and design a theory of decision that is incapable of preventing discretionary actions. However, these guidelines can serve as a means of improving the content of the decision. The research was carried out using the deductive method, partially exploratory, with a bibliographic and documentary survey, analytical-legislative research at home and abroad, mainly using Luigi Ferrajoli's *Principia Iuris* theoretical framework, as well as Brazilian procedural legislation, especially the Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Decision Theory; Constitution; Due Process; Garantist Constitutionalism; Procedural Garantism.

INTRODUÇÃO

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 procurou reforçar as garantias processuais de natureza constitucional ao positivizar, dentre as normas fundamentais do processo, o Princípio da Demanda (art. 2º e 3º); a celeridade e duração razoável do processo (art. 4º); o direito ao amplo contraditório, defesa e paridade de armas (art. 7º e 9º), este último robustecido no Princípio da não-surpresa (art. 10). Portanto, se percebe que o *due process of law*, supra garantia também expressa no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (inciso LIV), e pela qual todas as demais garantias decorrem, há de ser respeitado na integralidade pelos sujeitos processuais.

Neste sentido que, ao se pensar em uma teoria da decisão, o julgador deve obedecer aos parâmetros constitucionais postos pelo ordenamento jurídico para que a sua atuação seja legítima.

O art. 489, §1º do CPC/15, aparentemente pelo mesmo caminho, passou a considerar não fundamentada a decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: não explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, limitando-se a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo; empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada; se

limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos ou; deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O Código de Processo Penal, incorporou previsão legal nos mesmos termos do artigo art. 489, §1º do CPC/15, ao incluir o parágrafo 2º no artigo 315 – por meio da lei n. 13.964/19.

Os enunciados normativos acima referidos procuraram estabelecer padrão mínimo ao agir decisório, colaborando para a formação de decisão passível de controle pelos destinatários e que tem aptidão para integrar os objetivos das normas fundamentais de natureza processual, uma vez que o dever de fundamentação também é essencial à consagração do devido processo.

Apresentado o ambiente normativo atual, para a concretização do devido processo legal, todos os atos procedimentais precisam estar adequados a tal realidade e, especialmente, a decisão proveniente do debate entre os sujeitos processuais, razão da relevância de refletir criticamente sobre qual suporte teórico há de ampará-la.

Dessa forma, o presente estudo busca desenvolver discussões que permeiam as bases de uma teoria de decisão judicial sob a óptica garantista, demonstrando como este pensamento pode conformar a decisão aos parâmetros constitucionais presentes

na ordem jurídica contemporânea, respeitando a liberdade e igualdade dos que a ela se encontrarem submetidos, e não sob um ideário inalcançável de justiça e sem limites.

Para tanto, serão analisadas duas dimensões importantes que podem revelar formas de conter o arbítrio judicial e permitir a construção de uma teoria de decisão mais alinhada aos modelos de Estado Democrático de Direito, e são identificadas pelo constitucionalismo garantista e o garantismo processual. Ambas são facetas do constitucionalismo contemporâneo e que apresentam como característica comum a estrutura de contenção de arbítrios estatais, a primeira no plano substancial e a segunda no plano procedimental, e serão tratadas, respectivamente, em seção própria na pesquisa.

A metodologia da pesquisa que resultou no texto, se desenvolveu de forma dedutiva, parcialmente exploratória, com levantamento bibliográfico e documental, investigação analítico-legislativa de âmbito nacional e estrangeiro, principalmente utilizando o marco teórico *Principia Iuris* de Luigi Ferrajoli, além das disposições constantes na legislação processual brasileira, sobretudo o Código de Processo Civil.

1.0 GARANTISMO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO NÚCLEO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PLANO SUBSTANCIAL

A primeira dimensão do garantismo a ser abordada consiste no constitucionalismo garantista e, como

norte teórico, utilizar-se-á a teoria desenvolvida pelo jurista Luigi Ferrajoli.

A concepção garantista de constitucionalismo seria uma corrente das teorias do Estado de Direito e da Justiça Constitucional que se dedicam a defender o exercício dos poderes públicos dentro do respeito aos direitos fundamentais. Tal concepção surgiu a partir da necessidade de se entender melhor a Constituição como instrumento de proteção dos direitos do cidadão e de limitação da soberania do Estado.⁸⁴⁰

O autor defende que a Constituição é a principal fonte de garantia dos direitos e liberdades individuais, ainda mais importante do que a lei. Ao compreender que, em um Estado Democrático de Direito, as leis devem estar em conformidade com a Constituição e serem interpretadas de acordo com seus princípios, se conduz na perspectiva de uma codificação legal mais restritiva, que reflète a busca de se limitar o poder estatal.⁸⁴¹

O exercício do poder estatal deve se desenvolver com base em três princípios fundamentais da Constituição: igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana. Esses princípios servem para limitar a vontade dos governantes, garantindo um alto grau de respeito aos direitos

fundamentais. Ou seja, a Constituição deve tanto limitar o poder estatal quanto garantir os direitos individuais.⁸⁴²

O constitucionalismo garantista de Ferrajoli enfatiza que as disposições constitucionais necessitam de clareza e precisão e, desse modo, a Constituição não deve ser vaga ou abstrata, mas sim cláusulas objetivas e precisas, de forma a limitar a interferência do Estado na vida pessoal dos indivíduos, pois, do contrário, abriria espaço para interpretações arbitrárias e manipulações do Estado.⁸⁴³

Por outro lado, o autor reconhece que a Constituição não é capaz de prever todas as eventualidades, o que permite interpretações subjetivas de suas disposições. Para essas situações, o poder judicial deve ser o agente responsável por interpretar a Constituição e decidir sobre os casos concretos, apresentando-se como o guardião da Constituição e dos direitos humanos ao aplicar as leis em conformidade com os princípios constitucionais.⁸⁴⁴

A justiça constitucional há de ser vista como um meio de assegurar a primazia da Constituição e dos direitos fundamentais, demonstrando a importância da independência dos juízes, de forma que possam tomar decisões com base na Constituição,

⁸⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p.7.

⁸⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p.126.

⁸⁴² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 220.

⁸⁴³ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 690.

⁸⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 291.

mesmo que isso signifique contrariar a vontade do Estado. Uma observação relevante de Ferrajoli neste ponto é que a violação dos direitos fundamentais é um problema comum em muitos países, e a justiça constitucional seria a forma de se evitar os eventuais abusos do poder estatal.⁸⁴⁵

O constitucionalismo garantista promove a primazia dos direitos fundamentais na aplicação da lei, defendendo a limitação da atuação do Estado a fim de garantir a proteção dos direitos das pessoas e o concebendo como agente que deve trabalhar em prol da sociedade, e não o contrário. Para isso, o instrumento assegurador da proteção da liberdade, da igualdade e da dignidade humana é a Constituição, propondo um modelo de Estado que seja respeitoso com o cidadão e que se preocupe em assegurar a proteção dos direitos básicos das pessoas.⁸⁴⁶

Todavia, a referida teoria sofreu vários questionamentos, a exemplo do livro “Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia”, em que Ferrajoli procura responder às críticas constantes no texto organizado por Miguel Carbonell e Pedro Salazar, intitulado “Garantismo: estudios sobre

el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”.⁸⁴⁷ A crítica foi respondida por Ferrajoli de forma estruturada, por seis vetores, sendo três deles de caráter metateórico: i) a relação entre positivismo jurídico e constitucionalismo, além da tese da separação entre direito e moral; ii) o estatuto epistemológico da teoria do direito e as interpretações que lhes conferem a ciência jurídica, a filosofia política e a sociologia do direito e; iii) a dimensão pragmática da teoria do direito e a função crítica e normativa da ciência do direito – e as outras três de caráter teórico; iv) o conflito entre direitos fundamentais e a separação de poderes; v) a relação entre princípio da maioria, direitos fundamentais e democracia constitucional e; vi) as possíveis ampliações do clássico paradigma do estado de direito.⁸⁴⁸

No texto, antes de responder aos questionamentos, o jurista apresenta as premissas do debate, mantendo a característica analítica das suas abordagens.

Ressalte-se que, na perspectiva de Ferrajoli, a dupla distinção entre dever ser e ser do direito é que caracterizaria o garantismo.⁸⁴⁹

⁸⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 64-65.

⁸⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 690.

⁸⁴⁷ CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207.

⁸⁴⁸ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1230.

⁸⁴⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. Principia iuris: Caracterización de una teoría jurídica. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 31. ISSN: 0214-8676, p. 233-244, dez, 2008.

Apresenta, primeiramente, a distinção entre o dever ser externo (ou político) e o ser dos sistemas jurídicos, equivalendo à conhecida separação (positivista) entre direito (validade) e moral (justiça) e, embora não negue que o direito tenha incorporado valores ou princípios morais, alinha-se a sugestão de García Figuerola, reconhecendo uma relação conceitual necessária com a moral.⁸⁵⁰

O garantismo designa uma filosofia política que demanda do Direito e do Estado o ônus de justificação externa, arrimada nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último aspecto, pressupõe doutrina laica entre validade e justiça e direito e moral; entre o ponto de vista externo e interno na valoração; ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito, o que equivale à assunção, para os fins da legitimação ético-política do direito e do Estado.⁸⁵¹

A segunda distinção se identifica entre dever ser interno (ou no direito) e o ser das normas jurídicas, equivalendo à diferença entre validade e vigência,

decorrente da própria estrutura do estado constitucional de direito.⁸⁵²

Na perspectiva de Ferrajoli, o paradigma constitucional ou garantista seria uma concepção formal, revelando-se, no contexto teórico, como um sistema de limites e vínculos substanciais, quer sejam eles impostos a todos os poderes públicos através de normas hierarquicamente superiores, quer sejam àquelas produzidas durante seu exercício. E mais do que isto: é precisamente no seu caráter formal que residiria a inegável força vinculante, visto que uma tese como a da relação conceitual com a moral resulta, ao final, na redução do constitucionalismo a uma ideologia, debilitando, assim, seu valor teórico.⁸⁵³

O primeiro ponto de debate, que parece ser aquele que gera mais críticas ao pensamento de Ferrajoli, se refere ao diálogo entre positivismo jurídico e constitucionalismo e a marcação sobre o fundamento da separação entre direito e moral. Apesar dessas críticas serem identificadas em planos de discussões distintos, percebe-se que, de alguma forma, tentam convencer Ferrajoli a afastar-se do positivismo jurídico ou,

⁸⁵⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. El pensamiento general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico e Luigi Ferrajoli. 2. Ed., p. 21 – 39, Madrid: Trotta, 2009.

⁸⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁸⁵² TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e

Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acesso em 21 de set. de 2023.

⁸⁵³ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica, acesso em 21 de set. de 2023.

talvez, reconhecer que haveria uma relação conceitual entre direito e moral – como premissa presente nos núcleos das democracias constitucionais.⁸⁵⁴

O segundo ponto de tensão se apresenta como elemento nuclear do pensamento de Ferrajoli, e que gera o maior número de divergências e erros de compreensão. Consiste no eixo epistemológico da teoria do direito, firmada por um paradigma meramente formal de cariz ontológico e a sua importância prática.⁸⁵⁵

A visão de Ferrajoli sobre o paradigma constitucional ou garantista seria referente a representatividade formal que ele representa, estabelecendo limites e restrições substanciais para todos os poderes públicos, através do uso de normas hierarquicamente superiores às que são produzidas durante o seu exercício.⁸⁵⁶ Em outras palavras, o paradigma constitucional seria o sistema de regras que restringe o poder do Estado, garantindo os direitos e as liberdades individuais. É importante ressaltar que a força deste paradigma reside no seu caráter formal, já que a relação conceitual com a moral pode levar a uma redução do constitucionalismo a

uma ideologia, enfraquecendo seu valor teórico.⁸⁵⁷

Na terceira questão, discute-se a função normativa da ciência jurídica no paradigma garantista, que implica a distinção entre vigência e validade do direito, pois Ferrajoli entende que a teoria do direito não exclui a função crítica e normativa da ciência jurídica, apesar de ser uma teoria formal.⁸⁵⁸

Na quarta questão, Luis Prieto Sanchís critica a concepção garantista coerentista dos direitos fundamentais em relação à separação de poderes, argumentando que o sistema jurídico é marcado por conflitos.⁸⁵⁹

Na quinta questão, discute-se a concepção de democracia constitucional de Ferrajoli, que não defenderia um modelo específico, mas identificaria as diferentes dimensões da democracia constitucional.⁸⁶⁰

Na sexta questão, Carbonell, Córdova Vianello, Vitale, Pisarello e de Cabo ampliam o paradigma garantista para além da proteção dos direitos de liberdade, incluindo também a proteção dos direitos sociais e fundamentais frente aos poderes privados. Além disso, a garantia dos direitos fundamentais deve ser estendida não apenas dentro

⁸⁵⁴ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1233.

⁸⁵⁵ TRINDADE, André Karam. Discutindo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto

Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1236.

⁸⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta, 2006, p. 40.

⁸⁵⁷ Ibid.

⁸⁵⁸ Ibid, pp. 63-81.

⁸⁵⁹ Ibid, pp. 83-84;

⁸⁶⁰ Ibid, pp. 99-112;

do estado nacional, mas também em âmbito internacional.⁸⁶¹

Ferrajoli desenvolve de forma mais aprofundada as concepções ontológicas do constitucionalismo garantista na obra *Principia iuris* e, na sua visão, seria ele um dos principais conceitos de seu pensamento, estando estritamente ligado ao constitucionalismo garantista proposto. O princípio seria a tentativa de estabelecer um conjunto fundamental de valores mínimos e objetivos, que são essenciais para que exista justiça em uma sociedade.⁸⁶²

O *principia iuris* estabelece as condições necessárias para que a realização da justiça possa ser possível, sendo formado por três princípios fundamentais: universalidade, necessidade e razoabilidade.

O primeiro é o princípio da universalidade, que estabelece a necessidade de se aplicar as leis e os direitos de forma igualitária para todos os indivíduos, sem exceções. Isso significa que o Estado deve garantir igualdade de tratamento e

oportunidades para todos, sem discriminação.⁸⁶³

Na obra *Manifesto per l'uguaglianza*, Ferrajoli discorre com especificidade em relação à compreensão multifacetada do significado do princípio da igualdade, na qual aborda a razão de ser do princípio a diversidade de identidades pessoais e as desigualdades, sob o viés de desequilíbrio nas condições materiais de vida, sendo uma necessidade da razão, um dever moral e de obrigação política que o Estado leve a sério o princípio da igualdade, não só a nível local, mas internacional. A justificativa é que a paz, a democracia e a segurança geral dependeriam dele⁸⁶⁴.

O princípio da necessidade, segundo princípio destacado em *principia iuris*, determina que as normas e os direitos estabelecidos pelo Estado devem ser estritamente necessários para a realização do bem-estar coletivo. O Estado deve agir somente quando necessário e com base em argumentos objetivos, evitando a interferência do poder estatal arbitrário ou abusivo. Este

⁸⁶¹ Cf. CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 171-207; CÓRDOVA VIANELLO, op. cit.; VITALE, Ermanno. Ciudadanía, ¿último privilegio? In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009. pp. 463-480; PISARELLO, Gerardo; DE CABO, Antonio. Guerra y derecho. El pacifismo jurídico de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. 2. ed. Madrid: Trotta,

2009. pp. 481-492 apud TRINDADE, André Karan. Discutiendo o garantismo de luigi ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 de set. de 2023, p. 1246.

⁸⁶² FERRAJOLI, Luigi. Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013, p. 6;

⁸⁶³ Ibidem, p. 219-222;

⁸⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. Manifesto per l'uguaglianza. Roma: Editori Laterza, 2018. P. 11.

princípio é fundamental para limitar a utilização desmedida do poder pelo Estado, evitar a sua concentração excessiva e proteger a autonomia individual.⁸⁶⁵

O terceiro princípio, o da razoabilidade, aponta que os atos do poder estatal devem ser coerentes com a razão e a lógica, sem contradições ou ilogicidade, revelando, assim, que as normas e as decisões do Estado devem ser coerentes entre si e em conformidade com a Constituição, sem violar os direitos fundamentais e os limites impostos pelas leis.⁸⁶⁶

A obra *Principia iuris* forma o núcleo do pensamento jurídico de Ferrajoli e representa uma evolução do conceito de Estado de Direito, pois sinaliza que o poder estatal pode ser necessário para a realização do bem-estar coletivo, mas deve operar dentro de limites estabelecidos pela lei e pelos direitos fundamentais. Também estabelece que essas limitações são fundamentais para assegurar tanto o bem-estar da sociedade em geral, como para proteger a liberdade, a igualdade e a dignidade dos indivíduos.⁸⁶⁷

É importante notar que *principia iuris* também implica uma concepção diferente de justiça em relação à tradição utilitarista predominante no direito anglo-saxão. A justiça não pode ser vista como um mero equilíbrio dos interesses ou um cálculo utilitário do bem-estar coletivo. E, neste sentido, argumenta que justiça seria um conceito

baseado em valores objetivos e universais, como a igualdade e a liberdade, devendo ser aplicados de forma equânime para todos os indivíduos.⁸⁶⁸

Portanto, *principia iuris* constitui uma base normativa para o constitucionalismo garantista, uma vez que implica no dever do Estado em respeitar as leis e garantir o bem-estar coletivo sem violar o Estado de Direito; as regras da justiça e os direitos dos indivíduos. Esses princípios formam a base de uma teoria do direito que revela visão crítica do Estado e busca garantir a primazia dos direitos dos indivíduos em relação ao poder estatal.⁸⁶⁹

Ainda pode ser considerada a tentativa de estabelecer um conjunto fundamental de valores e princípios que são essenciais para a realização da justiça em uma sociedade democrática, representando uma concepção crítica do Estado e do Direito, e que busca garantir a primazia dos direitos fundamentais e limitar a ação do poder estatal. Destaca-se, no contexto, o argumento de Ferrajoli que o respeito aos direitos dos cidadãos é fundamental para a realização do bem-estar coletivo e assegurar uma sociedade justa e livre.⁸⁷⁰

Um contraponto importante em relação ao constitucionalismo garantista é o constitucionalismo principialista, que encontra em Gustavo Zagrebelsky uma de suas principais vozes. As bases epistemológicas dessa

⁸⁶⁵ Ibidem, p. 12;

⁸⁶⁶ Ibidem, p. 663;

⁸⁶⁷ Ibidem, p. 778;

⁸⁶⁸ Ibidem, p. 778;

⁸⁶⁹ Ibidem, p. 779;

⁸⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. P. 156 . Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

teoria revelam que os princípios teriam a mesma importância que as regras no sistema de normas constitucionais, pois seriam compreendidas como normas que não possuem uma forma fixa, mas que orientam a interpretação das demais normas constitucionais.⁸⁷¹

A compreensão dos princípios na ótica do constitucionalismo principialista é a de que os princípios de cunho político e ético, que advêm do direito natural, foram positivados e incorporados às leis e Constituições, transmutando-se em princípios jurídicos internos e em forma de legitimação do ordenamento jurídico, sendo objeto de ponderação e, em contrapartida, às normas constitucionais de subsunção⁸⁷².

Segundo Paulo Bonavides, esses princípios são "normas imprecisas, que funcionam como critérios de valoração dos fatos, dos fenômenos e das normas do ordenamento jurídico".⁸⁷³ Dessa forma, quando há uma colisão entre um princípio e uma regra, é dever do intérprete escolher qual das normas deve prevalecer, de acordo com a situação concreta em que se encontra.

As principais críticas ao constitucionalismo principialista são: a falta de clareza na definição de quais princípios teriam a mesma importância que as regras e; ser considerada subjetiva demais, uma vez que a escolha de um princípio em detrimento de outro pode depender do ponto de vista do intérprete, alimentando posturas discricionárias que geram voluntarismo judicial.⁸⁷⁴

Conforme destacado, Gustavo Zagrebelsky é um dos principais defensores do constitucionalismo principialista e, em sua obra "El derecho dúctil", desenvolve a concepção de constituição dúctil. Essa teoria aponta que a Constituição deve ser uma norma adaptável, capaz de evoluir conforme as mudanças sociais e políticas.⁸⁷⁵ Segundo o autor, a Constituição seria formada por princípios que devem ser interpretados de maneira flexível, de modo a permitir que a norma se adapte à evolução da sociedade. No entanto, ressalta que essa flexibilidade contém limites, o que permitiria garantir a estabilidade e a segurança jurídica do sistema normativo, entretanto, não

⁸⁷¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. P. 210. Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

⁸⁷² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 17; 28.

⁸⁷³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 30. Ed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 260.

⁸⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56

⁸⁷⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. Título original: Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia.

apresenta critérios que possam coibir o arbítrio judicial na aplicação dos princípios.⁸⁷⁶

E mais uma vez, as principais críticas à concepção de constituição dúctil é a falta de clareza na definição de quais seriam esses limites, permitindo-se inferir que a adaptabilidade da Constituição pode levar a uma desvalorização da norma, ao permitir certa banalização da sua importância.

O autor afirma que os princípios constitucionais não possuem hierarquia de valores, pois seria incompatível com uma sociedade pluralista. Como resultado, a interpretação desses princípios deveria ser ponderada e guiada pelo princípio da proporcionalidade, a fim de garantir a concordância prática e o equilíbrio entre os bens jurídicos.⁸⁷⁷ Além disso, os princípios não poderiam ser considerados absolutos, devendo ser relativizados e conciliados reciprocamente para evitar que se tornem tiranos uns dos outros.

O processo de interpretação do direito serviria, segundo Zagrebelsky, como impulso ao intérprete a estabelecer um direcionamento, mas sem se limitar exclusivamente à vontade legislativa ou às demandas do caso concreto.⁸⁷⁸ Por meio da interpretação busca-se a norma adequada tanto ao caso concreto quanto ao ordenamento como um todo e, neste sentido, o intérprete teria autonomia diante de cada uma dessas tendências, podendo,

em alguns casos, até invalidar a vontade legislativa casuisticamente.⁸⁷⁹

Destaca, ainda, que as possibilidades de interpretação dependem da discricionariedade do intérprete para conciliar as exigências do caso concreto, não apenas por meio de métodos de interpretação, mas também da própria estrutura da lei. As normas “elásticas” ou “abertas” permitiriam, segundo ele, que os casos e suas exigências obtenham o devido reconhecimento diante da incapacidade do próprio legislador de prever sua concreta aplicação.⁸⁸⁰

A interpretação dos princípios constitucionais, portanto, seria guiada pela ponderação, proporcionalidade e concordância prática, levando em consideração tanto a vontade legislativa quanto as demandas do caso concreto. Ao fazê-lo, o intérprete teria autonomia para tomar decisões que garantam a adequação da norma tanto ao caso concreto quanto ao ordenamento como um todo, mesmo que isso significasse a invalidação da vontade legislativa em alguns casos, o que potencializaria, de forma manifesta, a discricionariedade judicial.

Percebe-se, claramente, que o constitucionalismo principialista fortalece a discricionariedade judicial, por não apresentar critérios objetivos capazes de coibir juízos de escolhas. Assim, permite-se inferir ser o constitucionalismo garantista, descrito por Ferrajoli, com tendência a possibilitar maior estrutura de

⁸⁷⁶ Ibidem.

⁸⁷⁷ Ibidem.

⁸⁷⁸ Ibidem.

⁸⁷⁹ Ibidem.

⁸⁸⁰ Idem.

contenção de arbítrios judiciais, uma vez que exige do intérprete uma postura de respeito à lei e um ônus discursivo denso na aplicação do ordenamento jurídico nos casos concretos, sobretudo os preceitos descritos no texto constitucional.

2.0 GARANTISMO COMO ELEMENTO LEGITIMADOR DO NÚCLEO DA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: PLANO PROCEDIMENTAL

A segunda dimensão do garantismo a ser analisada consiste no garantismo processual. A abordagem se funda na concepção do processo como instituição de garantia, de caráter contrajurisdicional, ponderando-o como limitador objetivo do poder estatal, especialmente o Poder Judiciário no contexto atual e, dessa maneira, a estrutura processual detém aptidão para legitimar uma teoria da decisão.

Para tanto, a compreensão de como se chegou um modelo processual garantista, o seu estado da arte, é deveras pertinente.

O surgimento dos influxos publicistas e socializantes no processo teve grande impulso na Itália, particularmente a partir das ideias de Giuseppe Chiovenda, uma figura central do processualismo científico naquele país. Com Chiovenda, o direito processual começou a se consolidar como uma vertente do direito público, fundamentada na estrutura da jurisdição, ação e processo. Inspirando-

se no pensamento de Klein, Chiovenda defendia uma reforma na forma de entender o processo: como a administração da justiça é uma função da soberania estatal, o juiz deveria adotar uma postura mais ativa, em contraste com o modelo passivo característico do liberalismo. Isso refletia a visão de que o Estado tinha um interesse direto na resolução dos conflitos, impulsionando a necessidade de ampliar os poderes judiciais para adaptar o processo às demandas sociais.⁸⁸¹

Aliado ao movimento de socialização do processo descrito, de viés publicista, há outra concepção importante e que marca as características de atuação dos atores nos ambientes jurisdicionais, os modelos processuais denominados inquisitivo e adversarial, a serem descritos em breve síntese. No modelo inquisitivo, os procedimentos são regidos por leis escritas, em regra; o juiz detém amplos poderes instrutórios, inclusive para produção de provas e alteração de regras procedimentais, se necessário à consecução dos objetivos do processo – valores como verdade e justiça podem ser argumentos jurídicos para tal atuação; alinha-se à ideia de processo como instrumento da jurisdição. Já o modelo adversarial é mais conectado à oralidade; o juiz atua como mero diretor do debate, zelando pelo cumprimento das regras processuais e, ao final do procedimento, deve decidir de acordo com os elementos existentes (fundamentos

⁸⁸¹ PEDRON, Flavio Quinoud; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Teoria Geral do Processo. Com

comentários a virada tecnológica no direito processual. Salvador: Juspodivm. 2020, p. 100.

fáticos e jurídicos e provas produzidas), uma vez que os protagonistas do processo são as partes.

Atualmente foi instituído no Brasil – no Código de Processo Civil de 2015 – o modelo processual cooperativo, pautado na distribuição de funções entre os sujeitos do processo, como estratégia de concretização dos mandamentos constitucionais de ordem processual (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, celeridade). Foi dado maior protagonismo às partes nos procedimentos, como a possibilidade de consensualmente ajustar o procedimento (negócios jurídicos processuais), contudo, mantiveram-se os amplos poderes instrutórios do juiz, como a possibilidade de inversão do ônus da prova e produção de provas de maneira oficiosa, ou seja, o modelo revela a nova face do instrumentalismo processual.

A menção aos modelos processuais contemporâneos evidencia ainda estar a legislação procedimental dominada pelo publicismo, mesmo tendo a base do processo cristalizada como direito fundamental na Constituição.

Numa democracia, o magistrado exerce o papel de servidor indispensável e qualificado, a quem fora deferida a complexa tarefa de garantir um máximo de segurança para os integrantes do

grupo social na avaliação das consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo delineou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nesta tarefa⁸⁸². Para cumpri-lo nestes termos, a atuação dos julgadores na resolução dos conflitos apresentados, pela via do processo, fica restrita ao que previamente as normas materiais e processuais permitam.

O jurista argentino Alvarado Velloso define o processo como um método de discussão pacífica, dialogal e argumentativa, para que duas pessoas claramente desiguais na realidade não lutem fisicamente ou se matem para chegar ao objetivo final de suas respectivas pretensões, senão que discutam antagonicamente com argumentos tendentes a convencer um terceiro, que atua como diretor do debate e que, eventualmente, o resolve, quando não há autocomposição prévia dos próprios interessados.⁸⁸³

Na finalidade de consolidar tal concepção de processo, o Instituto Pan-americano de Direito Processual propõe um “Código processual geral modelo para a justiça não penal da Latino-América”, o qual sugere a sua positivação conceitual como norte interpretativo:

⁸⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. José Garcia Medina et al (Coord.). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 223.

⁸⁸³ ALVARADO VELLOSO, Adolfo. El fracaso de la justicia - la incoherencia normativa y el decisionismo judicial en América Latina y una deuda aún pendiente: el proceso adversarial puro en todos los fueros judiciales (Colección textos jurídicos). 1. Ed. Rosario (Argentina): Ediciones AVI, 2023, p. 34.

ARTÍCULO 3 — CONCEPTO DE PROCESO QUE RIGE PARA INTERPRETAR ESTE CÓDIGO

Este código define al proceso como a un medio metódico y pacífico de debate dialogal y argumentativo efectuado entre dos partes antagónicas, dirigidas durante su desarrollo por un juez que les asegura, con su propia imparcialidad, un trato jurídicamente igualitario en el otorgamiento de una constante audiencia recíproca.⁸⁸⁴

O artigo ainda contém, em nota, observações importantes sobre o conceito de processo, a exemplo de considerar imperativo ao juiz o respeito irrestrito aos princípios processuais e às regras de procedimento estabelecidas pela legislação; a consideração do diálogo como prática entre duas ou mais pessoas que alternativamente manifestam suas ideias ou pretensões, do que se exige motivação para tanto; que a atividade do julgador seja dotada de imparcialidade, o que é a essência do processo; que o trato igualitário às partes tenha carácter jurídico-processual, traduzido na paridade de oportunidades e de audiência, sem vantagem ou privilégio; que a audiência é recíproca no sentido que todo o afirmado por uma das partes deve ser posto em conhecimento da outra, concedendo-lhe a oportunidade de

negá-lo, de afirmar outra coisa e, nesse caso, prová-lo.

Nesta linha de pensamento, o processo ocupa campo próprio de reflexão, o que está distante da concepção de que seja um mero instrumento da jurisdição, constituindo-se como uma garantia essencial para que os jurisdicionados assegurem o acesso legítimo às suas pretensões.

Logo, no plano processual, o garantismo se apresenta pela dimensão do devido processo legal e seus consectários estruturais, no intuito de dificultar condutas arbitrárias na arena processual com a observância da imparcialidade do julgador, dialogicidade das partes e impedimento ao voluntarismo, que muitas vezes tenta se implantar a partir de uma lógica publicista de cariz socializante, fortalecida pela ideia instrumental de processo.

A perspectiva aqui desenvolvida considera que o desenho processual representa fator determinante para a construção legítima de uma teoria de decisão judicial, na medida em que os modelos processuais de cariz publicista/socializantes possibilitam a mitigação da dialogicidade entre os atores e fomenta posturas mais autoritárias dos magistrados. Já o modelos processuais de perfil garantista, potencializam diálogo e são capazes esvaziar as arbitrariedades, na medida em que se apresentam como instituição de garantia⁸⁸⁵. Pluralidade,

⁸⁸⁴https://www.institutopanamericanoderechopocesal.org/archivos/1183_1707220655_CodigoModeloIPDP_2.pdf (p. 6).

⁸⁸⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. *Empório do Direito*, 4 jul. 2018.

Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: 28 ago.2024.

debates entre os atores e diminuição dos espaços de arbítrio, tendem a estruturar uma teoria de decisão mais alinhada ao Estado Democrático de Direito.

O eixo estruturante do modelo processual, tendente a legitimar uma teoria de decisão alinhada ao Estado Democrático de Direito, se funda no contraditório, na fundamentação analítica e na imparcialidade do juiz.

Quanto ao primeiro eixo, a cláusula do devido processo legal, na dimensão do contraditório efetivo, se mostra como elemento fundamental para que ocorra de forma legítima a atuação jurisdicional em Estados Democráticos, principalmente diante da projeção cada vez mais larga da norma jurídica presente no preceito decisório.

Neste contexto, o contraditório seria a expressão processual do princípio político da participação democrática, que disciplina as relações entre o Estado e os cidadãos na Democracia contemporânea. Seria um princípio tradicional do processo judicial com embrião na antiguidade e que apresentou evoluções da sua concepção clássica até o processo contemporâneo.⁸⁸⁶

O referido princípio como corolário do princípio político de participação democrática pressupõe ciência do processo e dos atos processuais, com vistas a dar às partes a oportunidade de manifestação e defesa, caracterizando-se pela

adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais, por meio de comunicações eficientes, possibilitando a impugnação do que se mostrar contrário aos seus interesses, de forma a não se decidir qualquer questão sem que os interessados possam se manifestar.

Essa dimensão do princípio do contraditório se transformou com a transição do processo comum pelos influxos da socialização processual, que se caracterizou nesse viés, pela modificação de seu caráter isonômico entre os sujeitos processuais para uma ordem assimétrica, com predominância do protagonismo judicial e a hierarquização dos julgadores em relação às partes do processo.⁸⁸⁷

Esse movimento revelou uma gradual fragmentação e enfraquecimento do espaço de diálogo no processo, devido ao esvaziamento das suas bases, sobretudo o contraditório, em razão do fortalecimento do protagonismo judicial na matriz socializante de processo.⁸⁸⁸

O princípio do contraditório, neste ambiente, foi relegado a uma mecânica contraposição de direitos e obrigações, sendo comumente disposto como um direito de bilateralidade de audiência, que possibilitava às partes a ciência dos atos processuais e a oportuna manifestação.

Num primeiro momento tratado como princípio basilar do processo, que asseguraria influência e compensação

⁸⁸⁶ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v. 1. p. 527.

⁸⁸⁷ PICARDI, Nicola. “Audiat et altera pars” le matrici storico- culturali del contraddittorio.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano: Giuffrè. 2003, p. 18.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 19.

das desigualdades entre as partes, foi reduzido a uma concepção formal, numa lógica de direitos e obrigações, que sequer teria influência na elaboração da decisão judicial devido à manifesta posição hierarquicamente superior do julgador, desobrigado a enfrentar os argumentos trazidos pelas partes.⁸⁸⁹

A configuração meramente formal do contraditório foi evoluindo para um modelo que se identifica com a possibilidade das partes de apresentar alegações, propor e produzir provas, e efetivamente contradizer o que foi apresentado pela parte contrária.

Esse redirecionamento começou a ser revelado no Pós-Segunda Guerra, com os movimentos escorados na ampla constitucionalização de garantias processuais, na investigação a respeito dessas garantias e no interesse pela colaboração das partes, permitindo novas perspectivas de análise para o princípio do contraditório.⁸⁹⁰

A concepção isonômica do princípio do contraditório, começa a ganhar eco a partir do momento em que a doutrina processual germânica constatou que este princípio não poderia mais ser examinado apenas num contexto formal de bilateralidade da audiência, mas como uma possibilidade de influência na construção do provimento, de modo a evitar, também, que as partes fossem

surpreendidas com fundamentos que não foram submetidos ao debate.⁸⁹¹

Essa mudança de paradigma na concepção do contraditório, faz surgir um verdadeiro dever de consulta do magistrado, que deveria promover o debate preventivo e, ainda realizar uma avaliação de todos os fundamentos da decisão a ser proferida a partir do contraditório, assegurando um ambiente de igualdade entre os atores.⁸⁹²

O princípio do contraditório, então, se concretizaria em perspectiva constitucional, com a observância de três relevantes dimensões, reconhecidas com a ciência dos atos processuais praticados; a possibilidade ampla de defesa, posicionando-se sobre cada questão relevante posta para o resultado; e o poder de influência caracterizado pela possibilidade de exigir do julgador que enfrente seus argumentos e provas ao elaborar a decisão.⁸⁹³

O fortalecimento do princípio do contraditório a partir desses três pilares, revela uma tendência de consolidação do seu núcleo como garantia de influência no desenvolvimento e construção das decisões judiciais, sendo considerado um dos principais pilares estruturais da cláusula do devido processo e elemento indissociável de uma Teoria Constitucional da Decisão.

⁸⁸⁹ CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori dele parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. Le prove nel processo civile. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè. 2007, p. 269.

⁸⁹⁰ Ibidem.

⁸⁹¹ BENDER, Rolf. STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè. 1978. v. I. Livro II, p. 530.

⁸⁹² BENDER; STRECKER. Op. cit., p. 532.

⁸⁹³ COMOGLIO. Op. cit., p. 2.

Infere-se assim, que o princípio do contraditório ultrapassa a mera ciência dos atos praticados no processo para possibilitar reação e defesa, consolidando-se como verdadeiro poder de influenciar os resultados obtidos para a construção do provimento judicial.⁸⁹⁴

Essa dimensão do contraditório se configura pela possibilidade de os interessados efetuarem intervenções eficientes no processo e exercerem amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa, preservando o direito de discutir os efeitos da sentença que tenha sido produzida sem sua plena participação, constituindo-se, assim, como uma verdadeira garantia da não surpresa, que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive aquelas que o ordenamento jurídico permite que se conheça de ofício, impedindo que, de modo arbitrário, apliquem-se normas ou embase-se a decisão sobre fatos completamente estranhos às questões postas pelas partes envolvidas e eventuais afetados pela decisão.

Diante do contexto apresentado, é possível afirmar que a observância do contraditório na dimensão influente afeta diretamente o problema da fundamentação e a consequente legitimidade da decisão judicial, sobretudo, nos espaços e modelos

processuais cujas decisões tendem a adquirir projeção normativa mais larga, como àquelas que formarão um precedente vinculante ou as proferidas em processos de natureza coletiva. Por este motivo, o contraditório efetivo configura-se como núcleo estrutural da teoria da decisão em perspectiva democrática.

A fundamentação analítica e a imparcialidade, segundo e terceiro eixos estruturantes, serão tratados conjuntamente, uma vez que são elementos precedentes e consequentes reciprocamente e, estando presentes, permitem o controle das decisões pelas partes envolvidas e também pela própria sociedade.

A imparcialidade judicial é assegurada por normas internacionais⁸⁹⁵ e, de forma indireta, nos dispositivos constitucionais, para cingir a atividade dos julgadores e o processo com várias garantias em busca do exercício isento dos órgãos na análise e julgamento dos casos concretos⁸⁹⁶.

É relevante mencionar a indicação de Isabel Huertas Martín⁸⁹⁷ sobre a distinção em dois aspectos da imparcialidade judicial realizadas em julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), sendo a primeira sob o aspecto subjetivo, que trata de averiguar a convicção do juiz em determinado caso (foro interno ou

⁸⁹⁴ ALMEIDA, Marcelo Pereira de. *Precedente Judicial: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa*. 2. Ed. Curitiba: Juruá. 2022. p. 261.

⁸⁹⁵ Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de

1966; artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 1969 e; artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

⁸⁹⁶ Vide artigos 5º, 93 e 95 CF/88.

⁸⁹⁷ MARTIN, Isabel Huertas. *Garantías de la imparcialidad judicial: las causas de excusa y recusación*. RBD, n. 10, julio 2010, p. 259.

interesse em dado assunto particular), observada a presunção relativa da imparcialidade. E no aspecto objetivo, se o órgão judicial oferece suficientes garantias para excluir qualquer dúvida razoável ou legítima a esse respeito (aparência da imparcialidade).

Ordinariamente, a legislação processual disciplina as situações clássicas que impedem a condução imparcial dos feitos pelos julgadores, as chamadas causas de impedimento e suspeição⁸⁹⁸. As hipóteses estão relacionadas às partes (parentesco, amizade íntima ou inimizade capital, relação de trabalho, dentre outros) ou ao processo (testemunha ou mandatário de uma das partes, já ter proferido decisão em primeira instância, dentre outros).

Para além das situações positivadas, importa avaliar acerca da concepção ideológica típica dos seres humanos em geral, mas que, na ocorrência de viés ideológico acentuado do julgador, pode inviabilizar a condução imparcial do processo, o que deve ser analisado de forma objetiva no caso concreto⁸⁹⁹. Neste sentido, as causas ordinárias de impedimento e suspeição contida na legislação são insuficientes para filtrar o exercício da atividade judicante, sendo mais um fator a considerar para garantir a imparcialidade.

A imparcialidade, na dinâmica entre os sujeitos processuais, no caso, as partes e o juiz, para desenvolver-se conforme exposto, deve se basear

fundamentalmente na conduta imparcial e obediente à lei do juiz, tanto do ponto de vista subjetivo como objetivo.

No campo subjetivo, está vinculada à intimidade dos juízes, sendo as hipóteses de impedimento e suspeição do juízo, como já comentado. De uma perspectiva objetiva, é vital delimitar os critérios das funções processuais judicantes, protegendo outras garantias como o contraditório e a igualdade, ou seja, a proteção da imparcialidade vai além da esfera pessoal do juiz, culminando no dever de observar as normas processuais prévias e a manutenção da necessária equidistância quanto ao papel típico das partes, tal como a impropriedade da produção de provas de ofício.

A imparcialidade objetiva se dá pelo esforço por neutralidade judicial em relação ao objeto do processo. Da concepção do processo como garantia constitucional contrajurisdicional de liberdade, as partes detêm autonomia de constituírem para si o objeto do seu debate, apresentando seus fundamentos de fato, fundamentos de direito, pedidos, argumentos e provas. Por outro lado, ao juiz é defeso apresentar adições, alterações ou supressões a esse conjunto dialético, em atenção à força da primazia da liberdade sobre a autoridade, isto é, as partes têm liberdade e poder, ao passo que o juiz apenas o poder.⁹⁰⁰

⁸⁹⁸ Artigo 144-148 do Código de Processo Civil, lei n. 13.105 de 16 de março de 2015.

⁸⁹⁹ FENOLL, Jordi Nieva. El sesgo ideológico como causa de recusación. Revista Ius et Praxis, Año 18, n. 2, 2012, pp. 295 – 308.

⁹⁰⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. Empório do Direito, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/42->

A constatação implica em ser a imparcialidade objetiva uma repartição clara, equilibrada e precisa de funções entre juiz e partes, não se tratando de repartição aleatória. A função exclusiva do juiz se encontra em decidir sobre todo o conjunto dialético que as partes, no exercício das suas respectivas e igualmente exclusivas funções, têm de: invocar os fundamentos de fato e de direito; construir seus argumentos mediante a articulação entre fundamentos de fato e de direito; deduzir pedidos desde esses argumentos e confirmá-los mediante provas.⁹⁰¹

Desta forma se concebe um verdadeiro dever de (esforço por) imparcialidade ou neutralidade, um dever jurídico de não tomar parte na realidade do processo, de não participar dela, de não lhe ser proprietário, respeitando-lhe a externalidade. O dever se cumpre de acordo com o grau de objetividade com a qual atua o sujeito judicante, numa atuação judicial que não deforme os cinco aspectos fundamentais do processo - a atuação dos sujeitos do processo, o objeto do processo, a força das provas, o procedimento da lei e o direito aplicável -, com a internalização de serem eles partes constituintes de uma realidade externa impassível de intervenção.⁹⁰²

O desenvolvimento do processo pelas vias da neutralidade configura ponto inicial para garantir o

cumprimento de direitos processuais fundamentais, e assim, outro enfoque se destaca, a fundamentação/motivação das decisões judiciais.

A fundamentação, que inclui a motivação, é um direito fundamental do cidadão e exigência própria do Estado Democrático de Direito, não se limitando à mera indicação do fundamento legal e constitucional na decisão, mas deverá conter razões e argumentos de caráter jurídico que a justifiquem. Dada a impossibilidade das normas positivas preverem todas as situações relevantes com repercussão no sistema jurídico, haja vista o dinamismo inerente à sociedade, age a fundamentação como método de controle das decisões judiciais, garantindo sua legitimidade.

O ônus discursivo analítico na teoria da decisão judicial consiste na obrigação que o juiz tem de fundamentar sua decisão de forma clara e precisa, explicando os motivos pelos quais chegou à determinada conclusão.⁹⁰³ Isto inclui a análise dos fatos apresentados, a aplicação das normas jurídicas adequadas e a justificativa para a escolha de determinada interpretação ou solução para o caso. O objetivo desse ônus é garantir transparência e legitimidade ao processo decisório judicial.

Decidir fora destes parâmetros implica em atuação discricionária. A discricionariedade judicial é identificada como um dos fatores mais perniciosos

imparcialidade-como-esforco. Acesso em: 29 ago.2024.

⁹⁰¹ Ibidem.

⁹⁰² Ibidem.

⁹⁰³ ALMEIDA, Marcelo Pereira. Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de Demandas em Massa. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2022. p. 86.

que afetam a atuação do Poder Jurisdicional nos Estados Contemporâneos, comprometendo intensamente a segurança jurídica. Segundo Lenio Streck, a segurança jurídica serve como uma proteção contra a arbitrariedade judicial. No entanto, ele também enfatiza que deve haver limites na busca pela fundamentação decisória, uma vez que não existe um método absoluto ou critério universal que possa fornecer a última palavra do processo interpretativo-hermenêutico.⁹⁰⁴

Embora não existam métodos infalíveis para a interpretação das normas constitucionais, é essencial seguir princípios básicos, como a busca pela resposta constitucional adequada e a coerência doutrinária, normativa e principiológica. A contextualização do caso concreto é um elemento crucial na hermenêutica, evitando a robotização de sentenças e garantindo a fidelidade doutrinária.⁹⁰⁵

Nesta perspectiva, o processo decisório deve estar ancorado em uma coerência doutrinária, principiológica e normativa para garantir a adequação das decisões. O papel da hermenêutica é crucial para o alcance de critérios e métodos adequados para a solução de conflitos, sendo o voluntarismo judicial, pautado em pragmatismo exacerbado, fator que fortalece o ativismo e fragiliza a segurança jurídica.⁹⁰⁶ Georges Abboud e Júlio Rossi, a respeito da discricionariedade judicial, se

posicionam na defesa de que não seria possível admitir qualquer tipo de discricionariedade judicial em um contexto democrático, argumentando que a discricionariedade pode levar a decisões baseadas na vontade do julgador, ao invés de seguir a lei de forma justa e imparcial.⁹⁰⁷

Nesta perspectiva, constata-se que a previsão de um dever de fundamentação pautado nas diretrizes normativas previstas na legislação processual permite um exercício analítico que, uma vez observado, mostra-se capaz de afastar a excessiva criatividade e discricionariedade, tão perniciosas e que esvaziam a cláusula do devido processo legal.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

As reflexões realizadas a partir dos vetores pesquisados, permitiram inferir que, no contexto da teorização da decisão judicial nos Estados Contemporâneos, a única que parece ser capaz de conter o arbítrio estatal seria a permeada pelo garantismo. A assunção das duas dimensões do garantismo, constitucionalismo garantista e o garantismo processual, não são capazes por si só de coibir o arbítrio configurado pela discricionariedade judicial, mas permitem um maior controle dos atos praticados pelos magistrados, servindo, assim, como núcleo essencial para a

⁹⁰⁴ STRECK, L. L. ; MORAIS, J. L. B. . Ciência Política e Teoria do Estado. 8. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014. p. 37.

⁹⁰⁵ Ibidem, p. 39.

⁹⁰⁶ Ibidem, p. 39.

⁹⁰⁷ ABOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. Revista de Processo, vol. 269, p. 109 – 138, Jul de 2017.

estruturação de uma teoria de decisão judicial alinhada ao Estado Democrático de Direito.

No plano substancial, constatou-se que, no contexto de contenção de atuação jurisdicional discricionária, Ferrajoli desenvolveu a ideia de constitucionalismo garantista, que defende a necessidade de clareza e objetividade constitucional, uma vez que tais medidas limitariam os espaços interpretativos e passíveis de autoritarismo. Admite o viés negativo, quanto a não interferência estatal, enquanto meio de assegurar o Estado Democrático de Direito e de igual forma, defende balizadores positivos de políticas governamentais, como a preservação da igualdade. *Principia iuris* buscou demonstrar o conjunto fundamental de valores mínimos e objetivos para o exercício de justiça, sinalizando que o poder estatal pode ser necessário para a realização do bem-estar coletivo, mas deve operar dentro de limites estabelecidos pela lei e pelos direitos fundamentais, o que rechaçada a discricionariedade que possui viés elástico e extra ordenamento jurídico, estando além dos limites constitucionais.

No plano procedimental, constatou-se, no que diz respeito ao garantismo processual, que o desenho processual representa fator determinante para a construção legítima de uma teoria de decisão judicial, na medida em que os modelos processuais de cariz publicista/socializantes tendem a mitigar a dialogicidade entre os atores e fomentar posturas mais autoritárias dos magistrados e, o modelo processual de perfil garantista, potencializa diálogo

e é capaz de esvaziar as arbitrariedades. Na medida em que apresenta o processo como instituição de garantia, de caráter contrajurisdicional, o assegura como espaço de liberdade e poder para as partes, e somente de poder limitado pela ordem jurídica ao juiz, sob os eixos estruturantes do contraditório, da fundamentação analítica e da imparcialidade judicial.

A lei processual civil avançou ao positivizar como normas fundamentais garantias processuais de nível constitucional, sendo um contrassenso a manutenção de amplos poderes ao juiz, os quais permitem atuação além do exercício do poder decisório de resolução dos conflitos nos termos e limites propostos pelas partes. Exemplo disso é o estabelecimento de parâmetros objetivos de fundamentação das decisões (art. 489, §1º, CPC), mas logo em seguida a possibilidade de ponderação entre normas (art. 489, §2º, CPC), o que, ao invés de limitar o poder judicial, contribui para o arbítrio e o decisionismo, que podem ser utilizadas como um alibi para permitir a discricionariedade na produção da decisão judicial. Isso enfraquece as pilastras do Código de Processo Civil, que busca por decisões íntegras e coerentes, podendo levar à proliferação de decisões genéricas, não fundamentadas e afastadas dos aspectos fáticos do caso concreto.

A estrutura normativa infraconstitucional e respectiva aplicação, a despeito da indicação expressa de ordenação, disciplina e interpretação em obediência às normas fundamentais da Constituição – e aqui se inclui o devido processo legal e todos

os seus consectários -, direcionam o comportamento decisório e desenham uma teoria da decisão na contemporaneidade que não se revela capaz de impedir atuações discricionárias, mas, ainda assim, podem servir de balizadores para o aprimoramento do conteúdo da decisão.

O que se pôde concluir no estudo é serem as duas dimensões do garantismo as únicas que se mostram capazes de promover algum traço de contenção ao arbítrio e à discricionariedade judicial, tanto o substancialista, presente na teoria do constitucionalismo garantista, quanto na estrutura do garantismo processual, presente na cláusula do devido processo legal, haja vista o potencial limitador de comportamento voluntarista que elas apresentam.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; ROSSI, Júlio César. Riscos da ponderação à brasileira. *Revista de Processo*, vol. 269, p. 109 – 138, Jul de 2017.
- ABELLÁN, Marina Gascón. Principia Iuris: Caracterización de una teoría jurídica. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31. ISSN: 0214-8676, p. 233-244, dez, 2008.
- ABELLÁN, Marina Gascón. *La pensam general del garantismo: rasgos principales*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudos sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. Ed., p. 21 – 39, Madrid: Trotta, 2009.
- ALMEIDA, Marcelo Pereira. *Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de Demandas em Massa*. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2022.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *El fracaso de la justicia - la incoherencia normativa y el decisionismo judicial en América Latina y una deuda aún pendiente: el proceso adversarial puro en todos los fueros judiciales* (Colección textos jurídicos). 1. Ed. Rosario (Argentina): Ediciones AVI, 2023.
- BENDER, Rolf. STRECKER, Christoph. Access to justice in the Federal Republic of Germany. In CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Access to justice – a world survey*. Milano: Giuffrè. 1978. v. I. Livro II.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros. 2015.
- CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori dele parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. *Le prove nel processo civile. Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè. 2007.
- CARBONELL, Miguel. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli*. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (Eds.). *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. 2. ed., p. 171-207, Madrid: Trotta, 2009.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e giusto processo (Modelli a confronto)*. *Revista de*

- Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 23, n. 90.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Imparcialidade como esforço. *Empório do Direito*, 9 dez. 2019. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/42-imparcialidade-como-esforco>. Acesso em: 29 ago.2024.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Notas para uma garantística. *Empório do Direito. Coluna ABDPRO*, 4 jul. 2018. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-40-notas-para-uma-garantistica>. Acesso em: 13 jun. 2021.
- FENOLL, Jordi Nieva. El sesgo ideológico como causa de recusación. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, n. 2, 2012, pp. 295 – 308.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Manifesto per l'uguaglianza*. Roma: Editori Laterza, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*. Edición electrónica. Madrid: Trotta, 2013
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense. 2009. v. 1.
- Instituto Panamericano de Derecho Procesal. *PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL GENERAL MODELO PARA LA JUSTICIA NO PENAL DE LATINOAMÉRICA*. Disponible en: https://www.institutopanamericanoderechoprocesal.org/archivos/1183_1707220655_CodigoModeloIPDP_2.pdf. Acesso em 23 feb.2024.
- MARTIN, Isabel Huertas. Garantías de la imparcialidad judicial: las causas de excusa y recusación (en la ley del órgano judicial de 24 de junio de 2010 del Estado Plurinacional de Bolivia). *RBD*, n. 10, julio 2010, p. 255-276.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_american.a.htm. Acesso em 29. ago. 2024.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. José Garcia Medina et al (Coord.). 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218-223.
- PICARDI, Nicola. “Audiatur et altera pars” le matrici storico- culturali del contraddittorio. *Rivista*

- Trimestrale di Diritto e Procedurta Civile*. Milano: Giuffrè. 2003.
- STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2014.
- TRINDADE, André Karan. Discutindo o garantismo de Luigi Ferrajoli: seis questões sobre direito e democracia. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em*
- Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v.6, n.3, p. 1228 – 1250, 3º quadrimestre de 2011. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-779, consulta realizada em 21 ago. 2024.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002. Título original: *Il Diritto mitte. Legge diritti giustizia*.