

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**FILOSOFIA DO DIREITO**

**ALEXANDRE BERNARDINO COSTA**

**ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI**

**LEONARDO RABELO DE MATOS SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alexandre Bernardino Costa; Leonardo Rabelo de Matos Silva; Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-454-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Pensamento jurídico. 3. Justiça Social.

XXVI Encontro Nacional  
do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## FILOSOFIA DO DIREITO

---

### **Apresentação**

O XXVI Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sob o tema “DIREITO E DESIGUALDADES: O PAPEL DO DIREITO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS” realizado em Brasília-DF entre os dias 19 e 21 de julho promoveu o intercâmbio entre instituições e pesquisadores, a apresentação de pesquisas realizadas, em andamento, de inovações na área do conhecimento e em construção interdisciplinar.

Nessa publicação veiculam-se valorosas contribuições teóricas das mais relevantes inserções na realidade brasileira, e no campo teórico, com a reflexão trazida pelos pesquisadores, mestres, doutores e estudantes de todo Brasil, na abordagem da Filosofia do Direito.

Assim, a divulgação da produção científica socializa o conhecimento, com critérios rígidos de divulgação, oferecendo à comunidade acadêmica nacional e internacional o papel irradiador do pensamento jurídico aferido nos vários centros de excelência científica que contribuíram na presente publicação, demonstrando o avanço nos critérios qualitativos do evento.

Os artigos apresentados demonstraram um excelente nível acadêmico, como se demonstra a seguir: o trabalho “A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA: DO JUIZ BOCA DA LEI AO JUIZ CRIATIVO” de Pablo Lemos Carlos Sant' Anna, delinea a compreensão dos marcos teóricos da filosofia do direito e de suas respectivas influências nas decisões judiciais, bem como a tentativa de elucidar o atual momento da teoria da decisão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Em “A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES À PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE”, de Larissa de Oliveira Elsner analisa como o princípio da fraternidade, em sua concepção política e com aplicação prática jurídica, pode contribuir na forma de atuação de cada cidadão enquanto agente ativo de mudança na busca de maior igualdade de oportunidades à pessoa com deficiência, como uma proposta de ação a reduzir os índices de desigualdades sociais referente a esses brasileiros. O texto “A PRAGMÁTICA CONTEXTUAL DE DOIS FILÓSOFOS ATUAIS E A DESCONSTRUÇÃO DO DISCURSO RACIONAL”, de Marta Beatriz Tanaka Ferdinandi trata da questão da pragmática, da metodologia contextual utilizada e descrita por Bruno Latour e Marc Maeschalck, onde enquanto um visa o afastamento da questão científica para explicar os fatos, o outro enxerga uma necessidade de

agrupamento das teorias. Sandra Pio Viana e Mariana Tamara de Lima Oliveira apresentaram “A PRIVACIDADE, O PÚBLICO E O PRIVADO EM HANNAH ARENDT” defendendo que o direito à privacidade protege a intimidade, a vida privada, o domicílio, a correspondência, as comunicações e os dados pessoais de uma pessoa. Na atualidade da sociedade de informação intensifica-se o interesse tanto dos governos quanto da iniciativa privada na perspectiva de Hannah Arendt, demonstrando a originalidade da noção de espaço público e privado. “A SUPERACÃO DA FUNDAMENTAÇÃO KANTIANA DO DIREITO À DIGNIDADE NO PENSAMENTO CRÍTICO CONTEMPORÂNEO: PARA UMA COMPREENSÃO INTERCULTURAL DA IDEIA DE DIGNIDADE” de Diva Júlia Sousa Da Cunha Safe Coelho e Saulo De Oliveira Pinto Coelho, analisa criticamente a ideia de dignidade, partido da filosofia kantiana e passando por seu contraponto e complemento na filosofia hegeliana, para identificar, como problemática básica, suas insuficiências no formalismo criticista. O artigo “CONSIDERAÇÕES ANTROPOLÓGICAS SOBRE A TRIBUTAÇÃO: DO (NÃO) TRIBUTO NAS SOCIEDADES PRIMITIVAS À DEMOCRACIA GREGA, O REGRAMENTO NO DIREITO ROMANO E OS ESTADOS CONTEMPORÂNEOS DE DIREITO”, de Rafaela Barbosa de Brito e Juliana Cidrão Castelo Sales trata do surgimento do ente estatal nos moldes atualmente conhecidos, nas sociedades tidas como primitivas, utilizando-se do método dedutivo, buscando realizar uma abordagem crítica da evolução da ideia de tributação. José Marcos Miné Vanzella e Zeima da Costa Satim Mori apresentaram “DEMOCRACIA, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO HUMANO, INSTITUIÇÕES E GLOBALIZAÇÃO NO PENSAMENTO DE AMARTYA SEN”, em uma proposta de metodologia hermenêutica filosófica, abordando a questão de como democracia pode contribuir para um desenvolvimento econômico mais humano em resposta a globalização a partir do pensamento de Amartya Sen. Em “DIREITO À INFORMAÇÃO E EXCLUSIVIDADE DO INTERESSE PRIVADO: UM DIÁLOGO ENTRE STEFANO RODOTÀ E HANNAH ARENDT”, Daniel Machado Gomes e Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da Rocha anotam o direito à informação comportando os dados que interessam para a construção da esfera social, salvaguardando-se a intimidade dos indivíduos. Indicam Rodotà em uma ligação entre a vida privada e o direito à informação, na medida em que entende a privacidade como o direito de autodeterminação informativa confrontando o direito à informação e os interesses privados do cidadão. Unindo o pensamento de Hannah com Rodotà, toma o princípio da exclusividade do interesse privado como critério para definir o conteúdo do direito à informação. Luciano Gomes Dos Santos apresentou o tema “DIREITO, JUSTIÇA SOCIAL E RECONHECIMENTO INTERSUBJETIVO: CONTRIBUIÇÕES ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS E SUPERACÃO DAS PATOLOGIAS SOCIAIS”, analisando as relações entre direito, justiça social e reconhecimento intersubjetivo, investigando as contribuições às políticas públicas e superação das patologias sociais. O direito é apresentado como reconhecimento e libertação.

A justiça social é o reconhecimento da dignidade humana e sua participação nos bens da sociedade. “DITADURAS CONSTITUCIONAIS: UMA ANÁLISE DA DEMOCRACIA OCIDENTAL MODERNA, À LUZ DA TEORIA DO ESTADO DE EXCEÇÃO DE GIORGIO AGAMBEN” de Anna Laura Maneschy Fadel e Thiago Augusto Galeão De Azevedo apresentam o estudo entre o conceito de Estado de Exceção, relativo ao filósofo Giorgio Agamben, e a Democracia Ocidental. Em um segundo momento, analisou-se a figura do Homo Sacer, correlacionando-a, posteriormente, com o conceito de Estado de Exceção. O trabalho “INFLUÊNCIA DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NA POLÍTICA E NO DIREITO: ANÁLISES FILOSÓFICO-JURÍDICAS” de Juan Esteban Sanchez Cifuentes e Catalina Maria Gutierrez Gongora, mestrandos colombianos em intercâmbio na Brasil, refletem sobre a influência dos meios de comunicação na política e no direito, sob um viés filosófico-jurídico. Sob o entendimento de que a liberdade é condicionada, de uma forma muito considerável, pelos diferentes meios de comunicação, tanto os de massa como a Internet, podem-se gerar cenários que não têm sido muito estudados até o momento. “O PAPEL DO ESTADO NO CONCEITO DE THOMAS HOBBS, O CONCEITO DE JUSTIÇA PARA ARISTÓTELES E O LIBERALISMO HODIERNO” de Rodrigo Marcos Bedran propõe a abordar o papel do estado defendido por Thomas Hobbes e fazer um paralelo com o modelo Liberal, além de abordar o conceito de justiça social na ótica de Aristóteles e sob o prisma do modelo Liberal brasileiro nas demissões coletivas, bem como a democracia, que está em constante transformação. “O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E A CIÊNCIA JURÍDICA: CONSIDERAÇÕES E POSSIBILIDADES SOBRE ASSIMILAÇÃO TEÓRICA” de Luiz Mesquita de Almeida Neto aborda a relação entre o paradigma da complexidade e a Ciência Jurídica, traçando parâmetros de possibilidades de interação e assimilação, verificando a possibilidade de compatibilidade entre o paradigma epistemológico da complexidade e a ciência jurídica. A apresentação de “PLURALIDADE ÉTICA, MORAL E JURÍDICA: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE É. DURKHEIM” de Geraldo Ribeiro De Sá, traz a pluralidade de princípios éticos e de práticas morais e jurídicas está presente no passado e presente. Ela está na raiz da compreensão, reconhecimento e convivência pacífica ou conflituosa entre etnias, religiões, nações, línguas, costumes, Estados e povos diferentes. Resgata temas como a moralidade e a imoralidade, a ordem e a desordem, crises e sua superação, o conflito e a colaboração entre capital e trabalho, a igualdade de valores entre culturas e civilizações distintas. O trabalho “PRUDENCIA E RAZOABILIDADE NO CONHECIMENTO DOS DIREITOS NATURAIS: A PROPOSTA DE JAVIER HERVADA” de autoria de Antonio Jorge Pereira Júnior e Lucas Silva Machado, coloca uma problemática focada na compreensão do fenômeno jurídico, especificamente no que diz respeito aos direitos naturais. No esteio de Javier Hervada propõe que a ordem jurídica é composta por duas partes: uma natural e outra positiva. A percepção de cada uma dessas ordens se dá de forma distinta, precisamente por

conta de suas peculiaridades. Carlos Augusto Lima Campos apresenta “REVISITANDO O JUDICIÁRIO DE MONTESQUIEU” abordando o papel do judiciário na estrutura de separação de poderes, compreendendo o surgimento de seu protagonismo. Propõe-se uma releitura da obra “Do Espírito das Leis” de Montesquieu inserindo-a no contexto do sistema jurídico do antigo regime francês para demonstrar que a solução proposta no século XVIII correspondia ao contexto no qual o Judiciário era fonte de oposição ao poder político e legislativo. Em conclusão, tem-se que o atual protagonismo judicial não se opõe à clássica teoria da tripartição de poderes.

A Coordenação fez uma avaliação absolutamente positiva dos trabalhos, cuja relevância das atividades desenvolvidas no âmbito do GT está cristalizada no qualificado debate com abordagem interdisciplinar e sobre as múltiplas questões. As metas estabelecidas pelos pesquisadores, já consolidada nos vários Encontros e Congresso do CONPEDI, no sentido proporcionar um locus de debate acadêmico, e de ampliar a difusão do conhecimento foram , sem dúvida, alcançadas. O encontro interinstitucional transcorreu de forma ampla viabilizando também futuros diálogos. Os coordenadores agradecem a oportunidade da produtiva reunião acadêmica ressaltando a imprescindível e valiosa contribuição teórica de todos os pesquisadores participantes.

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa - Universidade de Brasília - UNB

Prof. Dr. Leonardo Rabelo, de Matos Silva - Universidade Veiga de Almeida – UVA/RJ

Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ / Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ

## **A BUSCA PELA SEGURANÇA JURÍDICA: DO JUIZ BOCA DA LEI AO JUIZ CRIATIVO**

### **THE SEARCH FOR LEGAL SECURITY: FROM THE MOUTH OF THE JUDGE TO THE CREATIVE JUDGE**

**Pablo Lemos Carlos Sant' Anna**

#### **Resumo**

No presente estudo, está delineada a compreensão dos marcos teóricos da filosofia do direito e de suas respectivas influências nas decisões judiciais, bem como a tentativa de elucidar o atual momento da teoria da decisão no Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015. Nesse sentido, tenta-se compreender uma confluência entre segurança jurídica e o grau de interpretação atribuída aos juízes a depender dos marcos teórico filosófico e jurídico.

**Palavras-chave:** Decisões judiciais, Interpretação, Segurança jurídica, Marcos teóricos filosóficos, Novo código de processo civil

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present study is outlined in the understanding of the theoretical frameworks of the philosophy of law and their respective influences on judicial decisions, as well as in the attempt to elucidate the current moment of decision theory in the New Code of Brazilian Civil Procedure of 2015. In this sense, We try to understand a confluence between legal certainty and the degree of interpretation attributed to the judges to depend on the theoretical philosophical legal framework.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial decisions, Interpretation, Legal security, Philosophical theory, New code of civil procedure

## Introdução

Previsibilidade e estabilidade. O indivíduo sempre buscou esses valores em por diferentes épocas, e por diversos meios, a fim de proteger a propriedade e até a própria vida. E, nesse sentido, precariamente, o direito emergiu, sendo percebido variavelmente a partir das concepções dicotômicas do direito natural e do direito positivo que permearam a vida ocidental. A necessidade de tutelar os bens relevantes para a sociedade sempre existiu, divergindo em relação a sua forma de conceber o direito.

Interessa observar que é possível extrair o sentido da dicotomia acima apresentada pela forma como o sujeito conhece o direito, ou seja, se imanente ao indivíduo tem-se o direito; natural, ao passo que se o conhecimento advém do exterior, caracteriza-se o direito positivo.

É a partir desse pensamento embrionário da filosofia do direito- e do positivismo jurídico- que restam as indagações sobre a função do juiz no direito brasileiro. Seria ele, ainda, vinculado a um processo de silogismo ao decidir? Caso contrário, o mesmo seria dotado de livre manifestação quanto às suas convicções pessoais nas decisões? E mais: na atual sistemática do Código de Processo Civil de 2015 e do ordenamento jurídico brasileiro, qual seria o parâmetro para aferir a legitimidade das decisões judiciais? Para tais problemáticas, socorre-se ao teórico do direito Norberto Bobbio, principalmente em sua obra “O positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito”, bem como a autores estrangeiros e brasileiros acerca dos limites da hermenêutica contemporânea.

### 1. O juiz na concepção dual e na monista do direito

Não se pode inferir que o direito sempre foi produzido pelo Estado. Igualmente, equivocada é a afirmação de que o direito positivo sempre foi superior ao natural eis que, na Idade Média, este figurou como protagonista das relações sociais:

Na Idade Média, ao contrário, a relação entre as duas espécies de direito se inverte; o direito natural é considerado superior ao positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na própria vontade de Deus e por este participada à razão humana ou, como diz São Paulo, como a lei escrita por Deus no coração dos homens. Esta concepção do direito natural encontra sua consagração oficial na definição que lhe é dada no *Decretum Gratiani* (que é a primeira grande recensão de direito canônico, e que constituirá posteriormente a primeira parte do *Corpus Juris Canonici*) (BOBBIO, 2006, p.25)



A sociedade medieval era caracterizada por uma massificação de agrupamentos sociais e cada qual com seu respectivo ordenamento jurídico próprio. O terceiro indicado para resolver eventual conflito no período medieval poderia invocar quaisquer fontes eis que todas estavam no mesmo nível hierárquico. Não havia, ainda, uma forte ingerência estatal para a produção de normas.

Assim, o juiz incumbido de resolver determinada controvérsia poderia se valer de critérios baseados tanto no direito natural quanto no direito positivo visto que vigorava a concepção dualista do direito. (BOBBIO, 2006, p.28)

A partir das crescentes crises na sociedade medieval, motivadas por guerras entre senhores feudais e guerras de religião que afetavam a Europa, em um estado quase permanente de anarquia, seria necessário monopolizar a criação jurídica de normas para um ente superior dotado de coercibilidade pois somente assim os indivíduos seriam reciprocamente respeitados. Nesse sentido, Norberto Bobbio explicita o pensamento de Thomas Hobbes como defensor da formação de um Estado forte a partir da incorporação ou supressão dos demais ordenamentos jurídicos. (BOBBIO, 2006, p.37)

Portanto a transformação da concepção dual de direito para monista teria, como consequência o estabelecimento do Estado Moderno com a decadência da era medieval, marcada por pluralidades de ordenamentos jurídicos. (BOBBIO, 1997, p.11-2).

## **2. A Onipotência do Poder Legislativo e o Estado Liberal: O jusnaturalismo racionalista**

A transição para o Estado moderno revelou características peculiares, quais sejam: a racionalidade política, a partir da substituição das autoridades descentralizadas do período medieval; o monopólio da violência, principalmente por forças militares permanentes; a administração burocrática racionalizada; e o monopólio da legislação pelo Estado.

Principalmente com relação ao monopólio da legislação pelo Estado, ocorre uma mudança de paradigma quanto ao limite e à fonte das decisões judiciais. Se antes, todas as fontes eram consideradas de igual hierarquia, o juiz, agora, deve ter como ponto de partida a norma posta pelo Estado. (BOBBIO, 2006, p.29)

O crescente dogma da onipotência do legislador- ou, em outros termos, da monopolização da produção jurídica pelo legislador- teve seu ápice na Revolução Francesa de 1789, bem como nos momentos das ulteriores codificações. Tais momentos emergiram pelo

triunfo da concepção liberal de estado, do iluminismo e da teoria da separação dos poderes, a fim de afastar os arbítrios dos juízes e do monarca, e, ao mesmo tempo, garantir os direitos imanentes ao homem, principalmente à propriedade tão valorizada pela burguesia.

Nessa seara, a segurança jurídica somente seria possível com a supremacia do legislativo ante as decisões judiciais, de modo que estas apenas fariam um silogismo da lei, ou melhor, a aplicação literal da lei sem margem à interpretação pelo juiz. (BOBBIO, 2006, p.40)

### **3. As lacunas da lei e a escola da exegese**

Sabe-se que o jusnaturalismo-racionalista e o iluminismo foram as principais correntes filosóficas que culminaram na derrocada do Estado Absolutista Francês ao mesmo tempo em que serviram de alicerce para as futuras codificações, em especial o Código de Napoleão cuja vigência se iniciou em 1804.

Com a redação definitiva do Código de Napoleão, um dos artigos que mais causou polêmica interpretativa foi o artigo 4º, a saber:

O juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada

Ora, diante de um contexto filosófico e histórico que pregava a onipotência do legislativo, ante a desconfiança que era atribuída ao juiz, o artigo acima poderia dar margem à interpretação criativa do juiz, ou seja, oferecendo critérios extralegais, quando a lei não fosse suficiente para a resolução do conflito no caso concreto. Como explicar este dispositivo paradoxal já que a lei deveria prever todos os eventuais conflitos na sociedade? Para responder a essa indagação, deve-se, primeiramente, compreender a escola da exegese para, então definir o sentido do artigo 4º do Código de Napoleão.

Pode-se analisar a filosofia da escola da exegese como um reforço radical ao discurso da onipotência do legislador, visto que é caracterizada essencialmente pelos seguintes aspectos: a completude da lei; a exclusividade do estado para a produção de normas; a interpretação fundada na intenção do legislador; o culto ao texto da lei e o respeito pelo princípio da autoridade do legislador.

Corroborando os aspectos acima, a escola da exegese, portanto, vislumbra como técnica a sistematização científica do Código de Napoleão, mediante o estudo de artigo por artigo deste.

Das características elencadas, aquela que mais justifica o sentido hermético que se deve atribuir ao artigo 4º do Código de Napoleão é a interpretação oriunda da intenção do legislador. Tal interpretação busca a vontade do legislador (concepção subjetiva da vontade da lei), no ato de elaboração da lei para assim entender a finalidade desta. Tem-se, portanto, uma interpretação mais conservadora, eis que prevalece o momento da elaboração da lei e, não, sua correspondência à realidade enfrentada, afastando-se, desse modo, o caráter evolutivo da interpretação da lei.

A partir das considerações acima, torna-se possível apreender o real alcance do artigo 4º previsto no Código de Napoleão, expurgando-se, desde já, a livre convicção do juiz para compor o conflito, com base na heterointegração do ordenamento jurídico, isto é, recorrendo-se ao sistema moral ou ao direito natural. O dispositivo, em comento, deve ser solucionado pela autointegração do ordenamento jurídico, porquanto o próprio sistema já seria suficiente, eis que dotado de mecanismos para compor o conflito, não necessitando o juiz de recorrer à equidade. (BOBBIO, 2006, p.74)

Norberto Bobbio conclui, portanto, que o artigo 4º conteria a previsibilidade de todas as situações da vida e de suas respectivas soluções dentro do ordenamento jurídico, à luz da intenção do legislador:

Os redatores do Código de Napoleão quiseram eliminar este inconveniente, ditando o art.4º, que impunha ao juiz decidir em cada caso, e o art.9º, que indicava os critérios com base nos quais decidir no silêncio, ou, de qualquer maneira, na incerteza da lei. Eliminando o segundo artigo, o primeiro- considerado isoladamente e prescindindo dos motivos históricos que o havia sugerido- é compreendido pelos primeiros interpretes do Código de modo completamente diverso; isto é, é interpretado assim, no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias. Tal artigo, de fato, tem sido um dos argumentos mais frequentemente citados pelos juspositivistas, para demonstrar que, do ponto de vista do legislador, a lei compreende a disciplina de todos os casos (isto é, para demonstrar assim chamada completitude da lei)

É nesse modo de entender o art.4º que se fundou a escola dos interpretes do Código Civil, conhecida como “ escola da exegese” (école de l’ exegese); esta foi acusada de fetichismo da lei, porque considerava o Código de Napoleão como se tivesse sepultado todo o direito precedente e contivessem em si as normas para todos os possíveis casos futuros, e pretendia fundar a resolução de quaisquer questões na intenção do legislador. (BOBBIO, 2006, p.77)

Quando Norberto Bobbio afirma, na passagem acima, que “os redatores do Código de Napoleão quiseram eliminar este inconveniente” (BOBBIO, 2006, p.77) quer esclarecer a necessidade de não politizar as decisões judiciais. O povo já estava exaurido pelos comportamentos arbitrários da Magistratura e do Rei, sendo, neste sentido, a escola da exegese um movimento filosófico reacionário.

Todavia, parece que os argumentos trazidos pela exegese- embora bem-intencionados- não foram suficientes para enfrentar os problemas surgidos ao longo do século XX, em especial com a emergência de que o próprio ordenamento jurídico, validado em si mesmo, acabou por fundamentar a barbárie das guerras mundiais. No ulterior tópico deve-se explorar como as decisões judiciais foram influenciadas pelo positivismo jurídico até a metade do século XX.

#### **4. O Positivismo Jurídico**

As ciências naturais foram o berço em que o positivismo jurídico repousou, objetivando encontrar o elemento fundamental para se qualificar como ciência, qual seja: a avaloratividade. O direito não é examinado sob aspectos axiológicos tampouco tenha por buscar a validade das normas na justiça. O direito, portanto no positivismo jurídico, aceita a os fatos como eles são e os incorpora ao ordenamento jurídico, reduzindo-os a juízos de fato:

Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto. O direito, objeto da ciência jurídica, é aquele que efetivamente se manifesta na realidade histórico-social; o juspositivista estuda tal direito real sem se perguntar se além deste existe também um direito ideal( como aquele natural), sem examinar se o primeiro corresponde ou não ao segundo e, sobretudo, sem fazer depender a validade do direito real da sua correspondência com o direito ideal; o romanista, por exemplo, considerará direito romano tudo o que a sociedade romana considerava como tal, sem fazer intervir um juízo de valor que distinga entre direito “justo” ou “verdadeiro” e direito “injusto” ou “aparente”. Assim a escravidão será considerada um instituto jurídico como qualquer outro, mesmo que dela se possa dar uma valoração negativa. (BOBBIO, 2006, p.136)

Ora, a partir da passagem acima, pode-se concluir- ainda que de forma prematura- que o contraponto ao direito positivista é a filosofia jusnaturalista. Esta define que a norma para ser válida deveria passar pelo campo da justiça, com base no direito ideal. Assim, enquanto o positivismo é qualificado pelo *ser*, o jusnaturalismo assume uma posição valorativa do *dever-ser*.

Nesse sentido, o positivismo se apresenta como definição ontológica do direito, ou seja, reduz-se o conhecimento empírico do direito sem lhe atribuir crítica. Já uma definição mais deontológica não se resume à recepção automática dos fatos pelo ordenamento jurídico. Tem-se, aqui, uma concepção mais valorativa, pertinente à filosofia do direito, como se pode ilustrar com o racionalista Immanuel Kant, acerca da necessidade de se valorar o ordenamento jurídico à luz da liberdade individual. (BOBBIO, 2006, p.140)

Deve-se ressaltar que assim como no jusnaturalismo há, também, no positivismo jurídico diversas concepções de direito, não é diferente no positivismo jurídico. Mas, para fins de delimitação do tema, o presente estudo limita-se a buscar as características mais homogêneas dentre as correntes do positivismo jurídico, para tentar compreender como são as possibilidades de interpretação das decisões judiciais no contexto do positivismo jurídico.

## **5. O juiz no Positivismo Jurídico**

Quais seriam os mecanismos de interpretação e de integração que o juiz poderia utilizar, para sua decisão, diante das lacunas da lei? E mais, tendo o positivismo jurídico como características a completude, a unidade e a coerência do ordenamento jurídico, seria possível existir tal problemática?

Para as respostas a tais indagações, faz-se necessária a investigação acerca das concepções das características acima mencionadas.

Quando o positivismo jurídico aborda que o ordenamento jurídico deve ter unidade, é preciso esclarecer o sentido de tal concepção. Diferentemente do jusnaturalismo, que trata da temática sob o ponto de vista do conteúdo das normas para que sejam válidas, o positivismo jurídico se preocupa com a primazia da forma, de modo que a norma seja válida apenas enquanto estiver de acordo com o modo pelo qual foi elaborada e posta. Ou seja, enquanto a obrigatoriedade da norma na visão juspositivista poderia ser contestada em relação ao órgão do qual foi emanada, o jusnaturalismo contestaria o conteúdo da norma, a partir de premissas tais como: a busca da felicidade, a liberdade do homem, a busca da conservação da sociedade, etc.

Para Hans Kelsen- um dos maiores expoentes do positivismo jurídico- haveria uma norma suposta que resolveria o eventual problema da unidade do ordenamento jurídico, porquanto obrigaria os cidadãos a cumprirem as normas na ordem jurídica. Percebe-se que Kelsen não quer que o fundamento de validade do ordenamento jurídico dependa de um fato social, por isso atribuiu à *norma fundamental* a força vinculante para que o próprio sistema jurídico seja autossuficiente. (BOBBIO, 2006, p.201)

A segunda característica é a coerência do ordenamento jurídico, de modo que não se possa falar em antinomias. O próprio juiz encontraria, no ordenamento jurídico, critérios para solucionar o caso concreto. (BOBBIO, 2006, p.203)

O positivismo jurídico relaciona os critérios de que o jurista poderia se valer diante de eventuais antinomias, a saber: a primazia da norma posterior ante a anterior; a da norma de grau superior em relação à de grau inferior; e da especial em detrimento da geral. Todavia, reconhecendo que tais critérios não seriam suficientes já que poderia surgir conflito entre eles, o positivismo jurídico aclara que o critério cronológico será o mais fraco, e que restará apenas como recurso para dirimir o conflito entre o critério hierárquico e o critério da especialidade. Assim, o juiz, ao se deparar com tal conflito, deverá observar a cronologia da norma para afirmar qual será a válida. (BOBBIO, 2006, p.204-206)

Mas, e se todos esses critérios não forem possíveis para compor o conflito? Para tanto, socorre-se o positivismo jurídico do critério da norma permissiva em desfavor da proibitiva, já que que o estado normal é a liberdade do indivíduo e a exceção seria a proibição. Em outros termos, tudo o que a lei não proíbe, é permitido ao cidadão fazer. (BOBBIO, 2006, p.206-207)

Buscada na escola da exegese- porém numa dimensão mais jusnaturalista- e, agora, tratada no positivismo jurídico como a espinha dorsal do ordenamento jurídico, a completude guardaria relação com a certeza do direito, porquanto o juiz não poderia criar o direito, ao mesmo tempo em que não poderia recusar qualquer controvérsia posta.

A fim de responder às indagações formuladas no início do tópico, à luz do pensamento positivista, as lacunas não poderiam existir, eis que o juiz é provido de mecanismos dentro do próprio ordenamento jurídico para autointegrar o direito, não necessitando socorrer-se a elementos externos a este.

Nesse sentido, o juiz tem ao seu dispor meios de interpretação textual e o meio de natureza extratextual integrativa, sendo este atribuído à analogia. Para os primeiros, elencam-

se os meios léxico, teleológico, sistemático e histórico, sempre todos tendo como base a vontade do legislador para dirimir conflitos. Norberto Bobbio explicita a impossibilidade de lacunas do ponto de vista do positivismo jurídico, no seguinte trecho:

Os juristas falam de lacunas da lei também num outro sentido, para indicar normas jurídicas nas quais se verifica um desajuste entre a letra e o espírito da lei (a mens legis), ou, em outros termos, entre a vontade expressa e a presumida do legislador, no sentido de que a formulação da norma não abrange todos os casos em que o legislador pretendia disciplinar (lex minus dixit quam voluit). O positivismo admite a existência desses casos, mas observa que não representam lacunas, visto que as normas podem se completar a partir do interior do sistema (auto-integração do direito) mediante recurso à analogia e aos princípios gerais do direito, recurso que não é um ato criativo, mas puramente interpretativo e, mais exatamente, integrativo do direito. (BOBBIO, 2006, p.210)

A decadência do positivismo jurídico ocorreu, principalmente, em relação as críticas que sofreu primordialmente quanto ao seu formalismo científico, porque atribuía primazia à forma em detrimento do conteúdo e da realidade social, que poderiam influenciar a interpretação das normas jurídicas. Coincidência, ou não, o positivismo jurídico teve sua significativa deterioração à medida que a Segunda Guerra Mundial chegava ao seu fim. (BARROSO, 2015, p.407)

## **6. O pós-positivismo: O juiz como criador do Direito**

Se até a Segunda Guerra Mundial, grandes atrocidades foram cometidas, em função do cumprimento da lei de acordo com a forma, o movimento seguinte restou preocupado com a interpretação da lei, à luz do seu conteúdo perante a Constituição, bem como com a aproximação entre Direito e Moral e a força normativa dos princípios, tendo a dignidade da pessoa humana como núcleo da hermenêutica. O juiz não mais estava subordinado cegamente à forma, mas, antes de tudo, deveria analisar o conteúdo da norma quanto à prestação jurisdicional. Para que toda essa transformação pudesse ocorrer, era necessário admitir que o ordenamento jurídico tinha lacunas.

A superação do paradigma positivista viria com a demonstração, pela experiência de que o ordenamento jurídico possuía lacunas e era insuficiente para solucionar todos os litígios, muitos deles sem expressa previsão legal, o que mostrava que a atuação criativa do intérprete era absolutamente necessária, para desempenhar uma função integrativa, por ocasião dos

juízos. O resgate do prestígio da atividade jurisdicional, pois, não tardaria a acontecer. O juiz revela o sentido da lei ao caso concreto, não sendo somente mero aplicador:

Nesse sentido, percebe-se uma diferença entre texto legal e norma, que deve ser compreendida a fim de avançar sobre a resposta que o pós-positivismo deu para a problemática da inflação de legislações, decorrente do movimento positivista.

Normas e textos são termos diferentes e que merecem cautela quanto a sua definição, não sendo totalmente interdependentes. Textos legais são o suporte físico que podem resultar em normas, isto é, aqueles são objetos da interpretação; e a norma, a consequência de tal processo. Pode-se ter textos (ou denominados também de dispositivos) sem que haja norma e o contrário também é possível, ou seja, norma sem dispositivo correspondente. Têm-se, ainda, também possibilidades em que o julgador pode extrair, de um dispositivo, diferentes normas, bem como, a partir de um conjunto de dispositivos, poder-se construir apenas uma norma. (ÁVILA, 2012, p.33-34)

O pós-positivismo não inovou, apenas, na diferenciação entre texto e norma, mas também na reflexão de que esta é composta por princípios e regras. É preciso, assim, pelo menos brevemente, explanar sobre as concepções de princípio e regra.

Para melhor compreensão dos conceitos de regra e princípios, podem ser extraídos critérios que permitem, ao menos, diferenciá-los para fins didáticos. Em resumo, as regras são aplicadas pelo julgador, ou não, quando suas premissas são preenchidas no plano fático. Em se tratando de regras, quando se tem antinomias, o critério *tudo ou nada* é disposto ao jurista, a fim de afastar a invalidade da norma incompatível com o ordenamento jurídico:

Assim, enquanto as regras são aplicadas e havendo antinomias, há invalidade de uma delas, a solução entre princípios está na ponderação, isto é, na dimensão que cada qual deve assumir diante do caso concreto. Não há, pois, a “extirpação” do princípio do ordenamento jurídico. Pode-se encontrar tal entendimento em razão de os princípios apresentarem uma concepção de otimização do sistema jurídico de modo que são vetores para aclarar ao julgador a eventual regra a ser aplicada. (ÁVILA, 2012, p.42-43)

## **7. Respostas ao Positivismo Jurídico: Conceitos Jurídicos Indeterminados e Cláusulas Gerais**

A mudança na concepção no que tange à elaboração de leis foi fruto das demandas sociais e da sociedade que clama por decisões mais ajustadas à realidade social. Não se pode compreender



todas as situações com previsões legislativas específicas e submeter o papel do judiciário a uma função meramente declaratória.

Diante desse cenário, essencialmente com o advento do pós-positivismo, o paradigma do juiz como mero executor da lei resta superado, e agora, o protagonista é o juiz enquanto sujeito dotado de capacidade criativa.

Para tanto, vários instrumentos foram editados com a finalidade de tentar harmonizar a lei com as necessidades sociais, e o juiz como o elemento essencial na construção da própria sociedade. Assim, para fins de delimitação do trabalho, serão abordados dois instrumentos legislativos, quais sejam: conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

Cláusula Geral é aplicada tanto ao direito substancial quanto ao direito processual, podendo ser compreendida como uma indeterminação legislativa, porquanto o antecedente do texto legislativo é vago, bem como seu respectivo efeito jurídico, ou seja, o consequente:

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Há várias concepções sobre cláusulas gerais. Optamos por essa para fins didáticos, além de a considerarmos a mais adequada, mas não se ignora a existência de outras

A técnica das “cláusulas gerais” contrapõe-se à técnica casuística. Não há sistema jurídico exclusivamente estruturado em cláusulas gerais (que causariam uma sensação perene de insegurança a todos) ou em regras casuísticas (que tornariam o sistema sobremaneira rígido e fechado, nada adequado à complexidade da vida contemporânea). Uma das principais características dos sistemas jurídicos contemporâneos é exatamente a harmonização de enunciados normativos de ambas as espécies. (JR, 2015,p.51)

Conforme mencionado no parágrafo anterior, a Cláusula Geral se encontra no direito material e no processual. Todavia, foi, primeiramente, no Direito Privado que emergiu a noção de cláusula geral, como se pode exemplificar com as cláusulas gerais de função social e de boa-fé objetiva advindas do Código Civil Brasileiro de 2002, objetivando equilibrar as partes no contrato, à luz da realidade social. (FACHIN, 2015, 67-68):

Atento à mudança de paradigma da técnica legislativa casuística, o Novo Código de Processo Civil de 2015 reforçou e inovou as cláusulas gerais, de forma que tal perspectiva deve ser observada, eis que aquela serve como instrumento ao direito material e as cláusulas gerais seriam, então, um dos principais meios para a efetividade das relações sociais. Têm-se como exemplos, os seguintes dispositivos:

O devido processo legal é o principal exemplo de cláusula geral processual. O CPC brasileiro contém outros vários exemplos de cláusulas gerais: a) cláusula geral de promoção pelo Estado da autocomposição(art.3§1); b) cláusula geral da boa-fé processual( art.5º); c) cláusula geral de cooperação ( art.6º); d) cláusula geral de negociação sobre o processo( art.190); e) poder geral de cautela( art.301); f) cláusulas gerais executivas( art. 297, caput e 536 §1); g) cláusula geral do abuso do direito pelo exequente( art.805); h) cláusula geral de adequação do processo e da decisão em jurisdição voluntária( art.723, par.ºn) (JR, 2015,p.53)

Resta, por ora, aclarar a técnica legislativa de conceito jurídico indeterminado. Este apenas difere da cláusula geral, já que esta não prevê uma consequência jurídica predeterminada no enunciado, ao passo que os conceitos jurídicos indeterminados estabelecem o efeito jurídico, mas não a hipótese sobre a qual recairá. Pode-se esclarecer, também, que a cláusula geral é mais abstrata por não conter os elementos da hipótese e da consequência jurídica da mesma e, dessa forma, o juiz terá mais discricionariedade para a concreção no caso concreto, ao mesmo tempo em que terá maior responsabilidade de fundamentação.

A cláusula geral distingue-se do conceito jurídico indeterminado. Na lição de Rosa Nery, preenchido o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicá-la, de modo que “ a lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas; já as cláusulas gerais, quando diagnosticadas pelo julgador, “ permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que lhe seja dada a solução que ao juiz parecer mais correta”. Ou seja: “ quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado; a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto” (SILVA, 2010, p.237)

Como exemplos de conceitos jurídicos indeterminados, pode-se ilustrar um no campo processual civil e outro na esfera do direito civil. Em relação ao primeiro, o conceito de “ repercussão geral” para admitir o recurso extraordinário é vago e entendendo o julgador que não tem esse requisito, o recurso não será admitido, conforme o Art.1035 do NCPC:

O Supremo tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo

No que tange à esfera substancial cível, o termo “boa-fé” é requisito para que o possuidor adquira a propriedade imóvel mediante usucapião, ou seja, preenchido o conceito legal o possuidor terá como consequência a aquisição originária da propriedade de acordo com o caput do artigo 1.242 do Código Civil Brasileiro de 2002:

Adquire também a propriedade imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

## **8. Segurança Jurídica e Decisões Criativas: É possível coexistirem?**

Sabe-se que o processo de interpretação para a formação da decisão judicial não mais pode ser concebido como um silogismo clássico, visto que a sociedade tem se tornado cada vez mais complexa, necessitando, assim, de respostas mais adequadas as suas demandas. Mas qual é o alcance das decisões criativas, no que se refere à estabilidade das relações sociais? Ademais, como legitimar tais decisões judiciais, uma vez que o Poder Judiciário não é composto por representantes eleitos pelo cidadão?

A estabilidade das relações sociais pode ser traduzida como o princípio da segurança jurídica que tem como núcleo a manutenção do Estado Democrático de Direito a partir da observância dos critérios da proporcionalidade e da razoabilidade por todos os poderes de um Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se encontrar a segurança jurídica, no preâmbulo da Constituição como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como no *caput* do artigo 5º que a consagra como direito fundamental do indivíduo.

Diante do raciocínio acima exposto, os órgãos jurisdicionais devem observar as disposições normativas, a fim de conferir estabilidade às relações jurídicas. Mas como atribuir segurança jurídica às decisões judiciais, diante de um contexto envolvendo juiz criativo e da existência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados?

Vários foram os instrumentos jurídicos positivados no ordenamento jurídico, em especial pelo Novo Código de Processo Civil de 2015, para suprir a instabilidade das decisões judiciais e, por fim, uniformizá-las, quais sejam: as súmulas vinculantes; julgamentos de

recursos repetitivos; incidentes de resolução de demandas repetitivas; embargos infringentes como técnica de julgamento; etc.

Porém, de nada adiantam os institutos acima mencionados, bem como as decisões proferidas em sede de 1º grau de jurisdição se não houver a fundamentação. Esta é um dos elementos da decisão. Todavia, não é abrangida pela coisa julgada, exceto em casos especiais como no do controle concentrado de constitucionalidade, em sendo a fundamentação estrita à parte do dispositivo. Talvez por isso, esta, ao longo dos anos, tenha sido preterida no ordenamento jurídico brasileiro e não compreendida como elemento essencial da decisão.

É a partir da fundamentação das decisões judiciais que se revela a efetividade do Estado Democrático de Direito, visto que todos os indivíduos podem controlar o conteúdo da decisão, sendo um canal de comunicação para aferir a eficácia social das leis. Isto é, o Poder legislativo edita as leis e o Poder Judiciário atesta a aceitação dessas mesmas leis, à medida que as demandas sociais emergem e são levadas a este.

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 encampou várias doutrinas e jurisprudências acerca da fundamentação- também prevista no inciso IX do art.93 da Constituição Federal de 1988- reforçando a necessidade de uma fundamentação mais analítica a par de harmonizar o indivíduo ao seu direito fundamental da inafastabilidade da função jurisdicional e para legitimar a atuação criativa do juiz.

O artigo 489, §1 do NCPC elenca, de forma exemplificativa, o que não se considera fundamentação, tendo como consequência jurídica a nulidade da decisão eis que viola o direito fundamental à motivação das decisões judiciais, segundo o art. 93, IX, CF/88.

Os incisos I, II e III do § 1 do artigo 489 do NCPC dão um norte ao julgador e conferem legitimidade a sua atuação criativa desde que revele os alcances do conceito jurídico indeterminado, bem como da cláusula geral. Isto é, não é mais considerada fundamentada a decisão que simplesmente venha a parafrasear o enunciado do texto legal sem correlação e sem explicitar o motivo de incidência no caso concreto.

Todavia, o que se pode melhor revelar da possível coexistência entre a segurança jurídica e a atividade criativa do juiz está nos incisos II e III do §1 do artigo 489 do NCPC, a respectivamente transcritos, a seguir, para melhor compreensão:

§1 Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acordão, que:

II- empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III- invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

Os dois incisos acima interagem pois ao juiz incumbe reforçar a sua fundamentação, de modo a propiciar clareza aos destinatários do processo e à sociedade que pautará seus comportamentos futuros de acordo com os enunciados esclarecidos pelo Poder Judiciário, formando-se, paulatinamente, precedentes a serem seguidos pelos magistrados, sendo certo que estes poderão não seguir aqueles, mas terão que fundamentar a superação do entendimento considerado majoritário, conforme estabelece o inciso VI do §1 do artigo 489 do NCPC:

VI-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

Nesse sentido, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais não devem restar ao mero arbítrio do magistrado, mas devem ser substancialmente fundamentados no caso concreto que lhe é submetido. Portanto, caberá ao juiz maior grau de responsabilidade, quando perquirir o sentido do dispositivo que contém elementos mais vagos, a fim de atribuir segurança jurídica endoprocessual e extraprocessual. Esta consiste na certeza do direito para toda a sociedade aquela está vinculada às partes envolvidas no processo, sendo a fundamentação o ponto em comum para os dois tipos de segurança jurídica. (JR,2015, p.315)

Percebe-se, assim, que o magistrado deve expor seus motivos, de modo racional e controlável, ainda que não se possa negar que o juiz é um sujeito cultural, dotado de pré-concepções e de valores que podem influir na sua decisão. A fundamentação aclara a racionalidade da decisão, de forma que o aplicador demonstre que as bases para essa são no mínimo aceitáveis socialmente, tendo por consequência o atributo da controlabilidade de modo que a decisão seja compreendida socialmente, não se fundando em uma linguagem hermética.

### **Considerações Finais:**

Desde o jusnaturalismo até o pós-positivismo, a sociedade sempre buscou a “certeza do direito”, ou, em outros termos, o princípio da segurança jurídica. Todavia os marcos teóricos da filosofia do direito tiveram diferentes concepções de como alcançar a segurança jurídica de modo a conciliar a função jurisdicional com a legislativa.

Num primeiro momento, o jusnaturalismo racionalista com vistas a delimitar o poder arbitrário do governante, resolveu separar as funções executiva, jurisdicional e legislativa, tendo como principal contexto histórico a Revolução Francesa de 1789.

Outrossim, diante também da desconfiança que atribuíam ao juiz, este restou restrito aos exatos limites da lei, realizando apenas uma função declaratória da mesma, sendo esta característica reforçada pela era das codificações e pela escola da exegese.

Continuando na seara da supremacia da lei, o positivismo jurídico quis aproximar o direito das ciências naturais, visto que concebia o direito sob um ponto de vista avalorativo, desprovido de quaisquer influências de outros conhecimentos tal como a ética. Para o juspositivismo a validade era simplesmente fundada na forma da lei. O papel do juiz, portanto, era limitado à aplicação da lei, sem argumentos axiológicos.

Todavia, com o tempo, o positivismo tornou-se anacrônico, uma vez que não estava atendendo, de forma adequada às demandas sociais, pois estava arraigado às características do formalismo científico. Este foi o principal motivo para uma nova concepção do direito já que a validade da norma deveria ser revista por seu conteúdo e, não somente, por sua forma.

O pós-positivismo, tendo como marco histórico o término da Segunda Guerra Mundial, reaproximou o Direito e a Ética, atribuindo força normativa aos princípios e colocou, como epicentro dos ordenamentos jurídicos ocidentais, a dignidade da pessoa humana. À medida que o pós-positivismo foi ganhando força, o papel do juiz foi sendo reformulado para uma função mais criativa ante diversos fenômenos, quais sejam: a complexidade das relações sociais; a inflação legislativa que impulsionou uma postura mais ativa do juiz para a interpretação de leis editadas; a criação de enunciados vagos como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais etc. Resta, portanto, a seguinte indagação: a segurança jurídica ficará prejudicada, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro, ante uma função jurisdicional mais criativa?

O Novo Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 parece apontar que o caminho para a harmonia entre a segurança jurídica e a decisão criativa do juiz está na observância cirúrgica da fundamentação. É, a partir desta que se pode observar os parâmetros que o julgador utilizou para decidir os conflitos, necessitando sempre do processo de concreção para a legitimidade das decisões judiciais.

A fundamentação é a pedra de toque do Estado Democrático de Direito e é necessária para a atuação legítima do Poder Judiciário, eis que o controle das decisões judiciais se torna possível mediante a motivação, revelando se o poder judiciário está extrapolando uma das funções típicas do Poder Legislativo, qual seja: a criação de enunciados primários, isto é, a função preponderante de regular as relações sociais.

Faz-se necessário que o tempo amadureça a necessidade de que os magistrados realizem uma fundamentação mais analítica. Entretanto, o tempo poderia ser abreviado, se os juízes compreendessem a fundamentação de suas decisões integralmente como o direito fundamental à segurança jurídica dos jurisdicionados.

## **Referências**

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Nini, Carlos E. Rodrigues. – São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. **Locke e o direito natural**. Trad. Sérgio Bath. – Brasília: UnB, 1997.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

JR, Fredie Didier. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**: Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10 ed. Salvador: Juspodvm, 2015.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Estudo da Motivação das Decisões Judiciais**: uma reavaliação do momento jurisprudencial do Direito. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.