

MICHELE TARUFFO

A MOTIVAÇÃO
DA SENTENÇA CIVIL

Tradução

DANIEL MITIDIERO

RAFAEL ABREU

VITOR DE PAULA RAMOS

Apresentação da edição brasileira por
LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO

Marcial Pons

MADRI | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO BRASILEIRA, por LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO	7
INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA, por MICHELE TARUFFO	11

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL

1. A) Incertezas nas formulações doutrinárias dominantes do problema	33
B) A motivação e a crise da doutrina do silogismo do Juízo	40
C) A motivação e a aproximação sociológico-política do Juízo	47
2. Natureza da motivação e problemas definidores	51
3. A) A motivação como “discurso”	53
B) A motivação como conjunto ordenado de proposições.....	57
4. Perfis de análise semiológica da motivação.....	60
A) As situações interpretativas.....	62
B) A motivação como signo linguístico em sentido próprio.....	66
C) A motivação como fonte de indícios.....	69
D) Situações interpretativas e significados da motivação	72
5. Natureza da motivação e método da pesquisa	75

CAPÍTULO II

A MOTIVAÇÃO COMO FONTE DE INDÍCIOS

1. A motivação como conjunto de fatos significantes.....	79
2. A interpretação indiciária do significado da motivação.....	82
A) Tipos de situações interpretativas	83
B) Exemplos de pesquisas sobre a motivação como fonte de indícios	92
3. A interpretação indiciária das características estruturais da motivação	96
4. A motivação como fato não-significante	102
A) A aproximação realista.....	103
B) A aproximação psicológica	105
C) A aproximação irracional	106
5. Êxito e relevância geral da interpretação da motivação como fonte de indícios	109

CAPÍTULO III

A MOTIVAÇÃO COMO DISCURSO JUSTIFICATIVO

1. A interpretação da motivação como signo em sentido próprio.....	113
A) Significado e estrutura do discurso	116
B) Fatores lógicos e retóricos no contexto da motivação.....	117
2. Motivação e razões reais da decisão	122
A) A motivação como discurso de significado mais amplo	123
B) A motivação como discurso de significado menos amplo	124
C) O raciocínio justificativo como significado próprio da motivação	126
3. Logicidade do Juízo e da motivação.....	128
A) Logicismo e antilogicismo nas concepções do Juízo	133
B) Sobre os sofismas logicistas e antilogicistas	137
C) O papel da lógica no raciocínio do Juiz	139
D) A distinção entre lógica do Juízo e lógica da motivação	142
E) Logicidade e valoratividade do raciocínio do Juiz	143

CAPÍTULO IV

SOBRE ALGUMAS TEORIAS DO JUÍZO E DA MOTIVAÇÃO

1. A teoria do silogismo judicial	147
A) Falsidade e incompletude da teoria silogística.....	149
B) Limites das críticas à teoria silogística.....	152
C) O emprego do silogismo por parte do Juiz.....	153
D) As implicações ideológicas da teoria silogística.....	157
2. A teoria tópica do raciocínio jurídico	163
A) Acenos críticos sobre a teoria tópica da decisão.....	164
B) Tópica e lógica na motivação.....	170
C) O papel do raciocínio tópico na motivação.....	176
3. A teoria retórica da argumentação jurídica.....	179
A) Retórica e tipos de raciocínio jurídico	184
B) O problema do “auditório universal”	186
C) O papel da argumentação retórica na motivação.....	188

CAPÍTULO V

A ESTRUTURA RACIONAL DO JUÍZO E DA MOTIVAÇÃO

1. Premissas para análise do raciocínio do Juiz	191
A) Descontinuidade qualitativa do raciocínio	194
B) Raciocínio decisório e discurso justificativo.....	196
C) O conceito de escolha na estrutura do Juízo.....	198
2. Características gerais do raciocínio decisório.....	202
A) A individualização da <i>ratio decidendi</i>	203
B) A individualização da norma.....	208
C) A apuração dos fatos	214
D) A qualificação jurídica do suporte fático	222
E) A decisão	226
F) A racionalidade do raciocínio decisório	229
3. A estrutura da motivação	234

A) O primeiro nível de justificação: a estrutura lógica da decisão.....	237
B) O segundo nível de justificação.....	242
C) Os dois graus de justificação	243
D) Os conceitos de racionalidade da justificação.....	247
E) Tipos e estruturas de justificação racional.....	252
F) Estilo e estrutura da motivação.....	258
G) Pluralidade de <i>rationes decidendi</i> e <i>obiter dicta</i>	266

CAPÍTULO VI

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL

1. Perfis históricos.....	276
A) O dever de motivação nas reformas do século XVIII na Europa..	280
B) Evolução do problema nas codificações oitocentistas.....	288
C) Acenos sobre a motivação na história dos ordenamentos de <i>common law</i>	295
2. Perfis comparados	300
A) Ordenamentos de <i>civil law</i>	301
B) Ordenamentos dos países socialistas	307
C) Ordenamentos de <i>common law</i>	309
3. O dever de motivação na legislação ordinária: artigo 132, n. 4, do <i>Codice di Procedura Civile</i>	314
A) A <i>ratio</i> do dever diante das partes.....	317
B) A <i>ratio</i> do dever perante o Tribunal.....	322
C) Dever de motivação e função da <i>Cassazione</i>	324
D) Limites da concepção endoprocessual da motivação.....	329
4. O princípio constitucional de obrigatoriedade da motivação: artigo 111, primeira parte da Constituição	330
A) Incidência do princípio sobre a legislação ordinária: o problema do decreto	331
B) O princípio no sistema dos princípios constitucionais sobre a jurisdição	335

C) Significado ideológico do princípio: a exigência de controlabilidade difusa da administração da Justiça.....	340
5. Problemas de aplicação do princípio da obrigatoriedade dos motivos	347
A) Crítica do critério geral proposto pela jurisprudência.....	349
B) O problema da motivação <i>per relationem</i>	353
C) O problema da motivação implícita	359
D) Questões em tema de motivação do juízo de fato	364
E) O princípio da completude da motivação	374
6. Efeitos da violação do dever de motivação.....	377
A) A motivação como requisito estruturante do provimento jurisdicional	378
B) Nulidade e inexistência da sentença sem motivação.....	383
C) O “conteúdo mínimo necessário” da motivação	386
 BIBLIOGRAFIA	 391
 APÊNDICE – A REFORMA DAS NORMAS SOBRE A MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA	 419

APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO BRASILEIRA

A Motivação da Sentença Civil, de Michele Taruffo, reconhecidamente um dos maiores processualistas da tradição ocidental, é sem dúvida um clássico da cultura processual civil. É uma grande alegria poder apresentar a sua versão em nossa língua à comunidade jurídica. Trata-se de um livro de imenso valor e que marca um momento importantíssimo da história da cultura processual civil e do seu desenvolvimento, cuja publicação em português certamente enriquece sobremaneira a bibliografia jurídica nacional.

Michele Taruffo escreveu este livro em meados da década de setenta do século passado e com ele conquistou a cátedra de direito processual civil da Università degli Studi di Pavia. Naquele momento, vivia-se o rescaldo da crise do positivismo jurídico, bem como a construção das bases das teorias da interpretação, argumentação e justificação das decisões judiciais, temas que obviamente incidem sobre a temática da motivação da sentença. Cuida-se de contexto já bem salientado pelo nosso próprio Autor em sua Introdução à Edição Brasileira. É preciso perceber, porém, que a própria cultura processual civil atravessava um momento muito rico nesse mesmo período, sendo a obra de Taruffo inquestionavelmente responsável pela incorporação de novas perspectivas de análise do processo civil.

Na Itália, o aparecimento da sistemática processual civil no início de Novecentos decorre da superação do método exegético francês, em voga nos Oitocentos, cujo principal difusor é Giuseppe Chiovenda, devidamente cercado pelo primeiro Calamandrei, por Liebman e por Francesco Carnelutti. A preocupação está na construção do sistema processual civil – de seus conceitos – com o auxílio da história, especialmente a do direito romano e das suas vicissitudes ao longo das experiências jurídicas francesas, germânicas e italianas. Esse modelo se esgotou no exato momento em que a processualística começou a perceber a necessidade de deixar o *juristischen*

Begriffshimmel e preocupar-se com a tutela do direito material e com a realidade social. Pela mão do segundo Calamandrei, já na metade de Novecentos, temas constitucionais e sociológicos começam a despertar a atenção da nova geração de processualistas. Vittorio Denti, em Pavia, e Mauro Cappelletti, em Firenze, tomam essa nova estrada. Além de empregarem a história não mais com um sentido de legitimação das construções processuais, mas como um instrumento para reforma das instituições, Denti e Cappelletti valem-se do direito comparado com o mesmo sentido de transformação e com um espectro mais amplo de alcance: a comparação deixa de ser restrita à tradição continental e projeta-se também sobre o mundo do *Common Law*.

Michele Taruffo inicia seus estudos exatamente nesse *turning point*. Tivesse batido às portas do *ufficio pavese* de Denti apenas um ano antes, teria sido enviado para a Alemanha para estudar a dogmática tradicional do processo civil. Aparecendo no momento em que apareceu, foi o primeiro aluno de Denti a ir estudar o processo civil de *Common Law* – cujo primeiro fruto acadêmico foi o seu texto seminal na doutrina processual civil italiana sobre as *class actions* estadunidenses (“I Limiti Soggettivi del Giudicato e le Class Actions”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1969). Já em seus dois primeiros livros (*Studi sulla Rilevanza della Prova*, 1970, e *La Motivazione della Sentenza Civile*, 1975), porém, é possível perceber que Taruffo não significa apenas a recolha da cultura daqueles que o precederam: nele já se pode reparar a incorporação de novos horizontes para processualística, na medida em que conceitos filosóficos e epistemológicos começam a aparecer à ciência processual pelas suas mãos. Além disso, Taruffo vale-se não só da filosofia e da epistemologia puras, mas também da teoria do direito e da filosofia do direito para as suas construções teóricas.

Eis aí um novo salto: além de refinado dogmaticamente, preocupado com a tutela dos direitos, com a realidade social e atento à história e ao direito comparado como um todo, o processo civil incorpora às suas preocupações questões filosóficas, epistemológicas, de teoria geral do direito e da sua filosofia. E a obra aqui apresentada, mais do que testemunhar esse riquíssimo momento para o processo civil, verdadeiramente o encarna. Daí a razão pela qual é um enorme prazer apresentá-la à comunidade acadêmica brasileira.

A tradução da obra foi feita a seis mãos: Vitor de Paula Ramos traduziu o primeiro capítulo e o apêndice. Rafael Abreu traduziu em parte o quinto capítulo. O restante do livro foi traduzido por Daniel Mitidiero, que também se encarregou da sua completa revisão. Maria Angélica Feijó organizou as referências bibliográficas ao final. Por expressa indicação de Michele Taruffo, a edição brasileira não conta com o último capítulo da edição original italiana, que trata do controle da adequação da motivação

pela Corte di Cassazione. Por uma questão de fidelidade e para facilitar a comparação entre as edições, porém, optou-se por manter as alusões ao capítulo sétimo que existem ao longo da obra. Por fim, acrescentou-se em apêndice a tradução do ensaio *La Riforma delle Norme sulla Motivazione della Sentenza*, dado o óbvio interesse no tema.

Esperamos, de resto, que a versão brasileira deste clássico trabalho de Michele Taruffo colabore para que tenhamos uma justiça civil mais afinada com os ideais de protetividade que impregnam o direito ao processo justo, do qual a motivação é corolário inafastável. E, é claro, receba a mesma atenção que a crítica especializada no mundo a essa também justamente dedicou.

Porto Alegre, RS, Curitiba, PR, no Outono de 2014.

LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO

INTRODUÇÃO À EDIÇÃO BRASILEIRA

O volume que ora vem a lume no Brasil, graças à disponibilidade da Editora Marcial Pons e ao trabalho do Professor Daniel Mitidiero e dos demais amigos do *Grupo de Porto Alegre*, foi publicado em sua língua original no ano de 1975. É oportuno que o leitor – sobretudo o jovem, que não viveu no ambiente cultural dos anos 70 – tenha isso em conta, com o escopo de colocá-lo corretamente no contexto histórico-jurídico no qual foi concebido e escrito e, portanto, também com o objetivo de adotar uma perspectiva correta de leitura. Nesse sentido, desenvolverei algumas sintéticas observações, sem esconder o grande prazer e a intensa satisfação que sinto ao ver republicado um trabalho meu de quando jovem, o qual está ligado a um período importante da minha atividade de pesquisa e da minha vida acadêmica.

Uma primeira consideração, que pode parecer banal, mas o é apenas aparentemente, é que se fosse escrever hoje um livro sobre o mesmo assunto, escreveria um livro muito diferente, assim como seria muito diferente um livro escrito por qualquer outro autor sobre o mesmo tema. Como explicarei logo em seguida, não seria um livro completamente novo no conteúdo, mas teria uma base dogmática e bibliográfica bem mais ampla que aquela que aqui figura nas notas.

Isso depende da circunstância – talvez óbvia, mas importante – de que nos anos nos quais desenvolvi os estudos que confluíram no livro, a literatura disponível era muito reduzida, sob vários pontos de vista. Os processualistas falavam da motivação da sentença em uma perspectiva essencialmente exegético-normativa, analisando as normas dos códigos processuais que previam a motivação como requisito de forma-conteúdo dos provimentos do juiz. Na Itália, um problema interessante era suscitado pelo artigo 360, n.

5, do *Codice di Procedura Civile*,¹ que prevê o controle da *Corte di Cassazione* sobre os vícios de motivação – mas também essa norma era objeto de mera exegese, muito mais do que de análise sistemática. Nessa perspectiva, fazia-se referência a um conceito vago e indeterminado daquilo que seria a motivação da sentença – e tudo acabava em poucas e pouco interessantes linhas nos manuais de processo civil.

Visto que vinha de estudos de direito processual que eram voltados sobretudo ao tema das provas e do juízo sobre os fatos,² tinha por insuficiente essas posições e via na motivação um fenômeno mais complexo, que envolvia muitos aspectos do raciocínio do juiz sobre o fato e sobre o direito e da estrutura da decisão judicial. Também desse ponto de vista, entretanto, o panorama era bastante pobre. De um lado, ainda era dominante a ideia, que vinha dos Iluministas, segundo a qual a estrutura da decisão judicial era de caráter silogístico, com a premissa maior representada pela norma, a premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final. Não se percebia nem que isso se trata de uma simplificação excessiva, no melhor dos casos, nem que a teoria silogística não era – como nunca havia sido – uma descrição verdadeira da operação executada pelo juiz, mas uma ideologia centrada na pretensa certeza dedutiva da decisão. A relativa ingenuidade dessas posições explica-se, mais do que pelo dogmatismo dominante na doutrina processualística e pela escassa familiaridade dos juristas dogmáticos com a filosofia e a teoria geral do direito, pela situação da literatura existente no início dos anos 70 sobre temas relativos ao raciocínio jurídico, em geral, e à decisão judicial, em particular.

Em 1970 foi publicado na Alemanha um pequeno livro, *Vorverständnis und Methodenwahl* de Josef Esser,³ muito importante, porque introduzia na discussão uma perspectiva de caráter hermenêutico e concentrava a atenção justamente sobre o raciocínio do juiz e sua racionalidade. Todavia, esse livro teve uma circulação muito lenta, seja porque foi escrito em alemão (vindo a ser traduzido para outras línguas somente vários anos depois), seja porque a perspectiva hermenêutica não era ainda popular entre os juristas, tendo em conta que não muitos filósofos (e talvez nenhum jurista) haviam lido *Wahrheit und Methode* de Gadamer,⁴ ainda que se trate de um clássico da filosofia do século XX, seja – enfim – pela dificuldade do texto de Esser, que não pode ser desconsiderada.

¹ A parte do volume relativa à análise dessa norma não é reproduzida na presente edição. Além de que estão superadas as citações doutrinárias e jurisprudenciais, trata-se de um tópico que pode interessar somente ao leitor italiano.

² TARUFFO, *Studi sulla Rilevanza della Prova*, Padova, 1970.

³ ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt am Main, 1970.

⁴ GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960.

É de ser sublinhado que muitos dos livros mais importantes relativos ao raciocínio do juiz ainda não haviam sido publicados. Era bastante conhecido entre os filósofos do direito, mas não particularmente entre os juristas dogmáticos, o livro de Hart,⁵ mas esse era substancialmente o único volume que se ocupava do raciocínio jurídico em uma perspectiva analítica. Faltavam, por outro lado, vários textos que sucessivamente se tornaram pontos de referência essenciais para qualquer um que quisesse ocupar-se, em sede de teoria geral, dos problemas relativos ao raciocínio jurídico e ao raciocínio do juiz em particular. Bastam poucos exemplos: o volume de Neil MacCormick sobre o raciocínio jurídico é de 1978,⁶ o de Aleksander Peczenik sobre a justificação jurídica é de 1983⁷ e o de Aulis Aarnio – também sobre a justificação jurídica – é de 1987.⁸ De outra banda, o fundamental livro de Robert Alexy sobre a argumentação jurídica foi publicado em 1978.⁹ Também de 1978, enfim, é o volume de Ronald Dworkin dos “direitos levados a sério”.¹⁰ Como se vê desse sintético apanhado, é essencialmente entre a segunda metade dos anos 70 e a primeira metade dos anos 80 que floresce uma ampla literatura que enfrenta os temas da racionalidade do raciocínio jurídico e da argumentação justificativa. Frequentemente esses temas vêm analisados em perspectiva muito geral, mas é claro que o respectivo tratamento é dado em grande parte referindo-se também ao raciocínio do juiz e às modalidades com as quais esse justifica (melhor: deveria justificar) as suas próprias decisões.

Vale a pena assinalar, por outro lado, que quem se propusesse agora a ocupar-se desses problemas não poderia deixar de levar em conta quer o desenvolvimento recente da teoria hermenêutica da interpretação,¹¹ quer as orientações analítico-realistas, como aquelas devidas especialmente a Giovanni Tarello¹² e a Ricardo Guastini.¹³ De outra sorte, não poderia deixar de ocupar-se das contribuições muito importantes de Frederick Schauer¹⁴

⁵ HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

⁶ MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

⁷ PECZENIK, *The Basis of Legal Justification*, Lund, 1983.

⁸ AARNIO, *The Rational as Reasonable: a Treatise on Legal Justification*, Dordrecht e.a., 1987.

⁹ ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main, 1978.

¹⁰ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1978.

¹¹ Na literatura italiana, em particular, ZACCARIA, *Ermeneutica e Giurisprudenza*, Milano, 1984; VIOLA e ZACCARIA, *Diritto e Interpretazione. Lineamenti di Teoria Ermeneutica del Diritto*, Bari, 1999.

¹² Conforme, em particular, TARELLO, *L'Interpretazione della Legge*, Milano, 1980.

¹³ Por exemplo, GUASTINI, *L'Interpretazione dei Documenti Normativi*, Milano, 2004.

¹⁴ SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-making in Law and Life*, New York, 1991.

e de Michel Rosenfeld,¹⁵ por exemplo, como também de um vastíssimo número de artigos e livros que apareceram nos últimos anos, em toda a literatura, sobre temas relativos à interpretação do direito. Muitos desses, de fato, tratam direta ou indiretamente do raciocínio do juiz no que tange às questões de direito. O estudioso de língua espanhola teria à disposição, ainda, rica literatura, dentro da qual se sobressai especialmente a obra de Manuel Atienza sobre a dimensão argumentativa do direito.¹⁶ No Brasil, dá conta dessa temática especialmente a monografia de Humberto Ávila sobre os princípios jurídicos.¹⁷

As coisas não eram muito diferentes na outra faceta do raciocínio do juiz, ou seja, naquilo que dizia respeito às provas, à sua valoração e à formulação da decisão sobre os fatos da causa. Em todos os ordenamentos abundavam tratamentos institucionais e manualísticos das regras relativas às provas, ao seu limite de admissibilidade e às modalidades da sua produção, além, às vezes, do seu valor legal. Faltava, todavia, entre os juristas, e especialmente entre os processualistas, uma sensibilidade particular acerca dos problemas que a valoração da prova cria quando o juiz deve formular – e depois justificar na motivação da sentença – sua decisão sobre os fatos. Os juristas contentavam-se normalmente com a alusão ao princípio do livre convencimento – ou da valoração segundo as regras da persuasão racional – para indicar que a valoração do juiz era discricionária ou se referiam às normas que estabeleciam valor legal a algum meio de prova.

Para além da análise normativa, os problemas de ordem lógica e teórica relativos ao raciocínio decisório não eram nem ao menos percebidos ou eram deixados aos filósofos com base na difundida opinião de que o jurista deveria se ocupar somente das normas e de nada além. Ao contrário, os filósofos do direito, e mais ainda os filósofos *tout court*, tendiam a não se ocupar desses problemas, na convicção de que esses deveriam ser afrontados e resolvidos pelos juristas. Pode-se dizer, ainda, que essa situação de recíproca desatenção aos problemas filosóficos e metodológicos da prova e de sua valoração era destinada a durar bastante. Quando me ocupei desses problemas, perto do final dos anos 80, já tinham aparecido poucas exceções do vazio que continuava até então: de um lado, algumas posições voltadas a fornecer versões probabilísticas do raciocínio probatório e, de outro, os estudos de William Twining sobre a tradição racionalista do direito angloes-

¹⁵ ROSENFELD, *Just Interpretations. Law between Ethics and Politics*, Berkeley-Los Angeles-London, 1998.

¹⁶ Conforme, especialmente, ATIENZA, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, 2006.

¹⁷ HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios*, 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

tadunidense das provas.¹⁸ Não por acaso, tive ocasião de sublinhar, ainda recentemente, essa situação, apresentando o volume de Jordi Ferrer Beltrán, que finalmente se endereçou, com sucesso, a colmatar essa lacuna.¹⁹

Um dos efeitos dessa situação era que a estrutura e a função do raciocínio sobre as provas e sobre os fatos permaneciam, para os juristas como para os filósofos, uma espécie de “terra de ninguém”, misteriosa e desconhecida. Por consequência, difundiam-se concepções substancialmente irracionais e subjetivistas do convencimento do juiz, sob a escolta da *intime conviction* da doutrina francesa. A consequência posterior foi uma grave subavaliação do problema da motivação da decisão sobre os fatos, que acabava sendo considerada como um apêndice desnecessário e, portanto, irrelevante da sentença.

Por sorte nos últimos anos as coisas estão mudando, em particular na doutrina de língua espanhola: além do livro sobre verdade e prova, de Jordi Ferrer Beltrán, o qual me referi anteriormente, de fato, pode-se recordar o trabalho de Marina Gascón Abellán sobre os fatos e a prova²⁰ e aquele de Daniel González Lagier sobre as *quaestio facti*.²¹ Também na Itália o panorama vem se enriquecendo: além de algumas contribuições monográficas,²² por mérito de Giulio Ubertis apareceram traduções das obras mais importantes em matéria de raciocínio lógico probatório.²³ A doutrina brasileira também tem se preocupado com o tema a partir dessas mesmas bases de uns tempos para cá, bastando lembrar aqui os trabalhos de Luiz Guilherme Mari-

¹⁸ Sobre o tema, o meu *La Prova dei Fatti Giuridici*, Milano, 1992, p.190 ss. De TWINING, em particular, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, II ed., Cambridge, 2006. Voltei ao tema da prova ainda no meu *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*, Roma-Bari, 2009 (tradução brasileira de Vitor de Paula Ramos, São Paulo, 2012) e no trabalho por mim coordenado *La Prova nel Processo Civile*, Milano, 2012.

¹⁹ Conforme o meu Prólogo em FERRER BELTRÁN, *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid-Barcelona, 2002, p.9 ss.

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid-Barcelona, 1999. Ultimamente v. o volume *Estudios sobre la Prueba*, México 2006, com artigos de JORDI FERRER BELTRÁN, MARINA GASCÓN ABELLÁN, DANIEL GONZÁLES LAGIER e MICHELE TARUFFO.

²¹ GONZÁLES LAGIER, *Quaestio Facti. Ensayos sobre Prueba, Causalidad y Acción*, Lima-Bogotá, 2005.

²² Por exemplo, FROSINI, *Le Prove Statistiche nel Processo Civile e nel Processo Penale*, Milano, 2002. Ou também, mas em uma perspectiva metodológica da qual não se pode compartilhar, LOMBARDO, *La Prova Giudiziale. Contributo alla Teoria del Giudizio di Fatto nel Processo*, Milano, 1999.

²³ V. a coletânea *Epistemologia Giudiziaria*, publicada pela Editora Giuffrè sob a direção de GIULIO UBERTIS, que já inclui várias obras de notável interesse.

noni e Sérgio Cruz Arenhart,²⁴ Danilo Knijnik,²⁵ Artur Carpes²⁶ e Eduardo Cambi²⁷ sobre o assunto. Portanto, a atenção dos juristas, de um lado, e dos filósofos, de outro, vai convergindo sobre os temas relativos à estrutura e à função do raciocínio do juiz sobre as provas. Pode-se esperar que também os correspondentes problemas relativos à motivação do juízo de fato sejam repensados com adequada profundidade.

Se trago à memória os anos de estudos que me levaram a escrever este livro sobre a motivação, sinto uma espécie de *mixed feeling*. De um lado uma sensação de alívio: se tivesse que ler tudo aquilo que li nos últimos trinta anos, nunca conseguiria escrever este livro. De outro lado, uma sensação de ligeira desilusão: se pudesse ter lido ao menos uma parte daqueles livros, também teria cansado muito menos. Todavia, se releio este livro à luz daquilo que conheço hoje, dou-me conta do quão limitada era a base sobre a qual trabalhava, ainda que então me parecesse muito ampla e talvez até excessiva, mas dou-me conta também de outra coisa, que provavelmente justifica a republicação do livro tantos anos depois: trata-se da constatação de que, malgrado o tempo passado, sigo convencido das coisas que escrevi à época, ao menos daquelas mais importantes. São vários os aspectos pelos quais ainda considero atual o livro em questão e vários os temas que hoje trataria de forma muito mais rica e talvez mais analítica, ainda que não de forma diversa. Não sou um autor que se afeiçoa particularmente ao próprio produto: de muitas coisas que escrevi não conservo qualquer memória e tenho amigos que se recordam melhor do que eu. Penso ser razoavelmente objetivo em dizer que ainda hoje colocaria minha assinatura sob as coisas mais importantes que então escrevi.

Cabe-me, portanto, indicar ao atual leitor sumariamente quais são essas coisas.

Um ponto importante na minha exposição do problema da motivação era a distinção entre raciocínio decisório e raciocínio justificativo, que me servia para individualizar na motivação da sentença um raciocínio com estrutura e função justificativas e para distingui-lo de outras concepções – mais ou menos respeitáveis – da motivação. Nesse escopo me fundei em um livro então bem conhecido (e hoje injustamente quase esquecido) de Richard A. Wasserstrom,²⁸ no qual o autor distinguia a decisão da justificação fazendo coro à distinção, conhecida entre os epistemólogos, entre *context of disco-*

²⁴ *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁵ *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²⁶ *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁷ *A Prova Civil – Admissibilidade e Relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

²⁸ WASSERSTROM, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, 1961.

very e *context of justification*. A mim, como a Wasserstrom, essa distinção parecia esclarecedora, se referida à atividade do juiz. Essa consentia em introduzir, no fenômeno vago e indistinto que então parecia ser o raciocínio do juiz, uma distinção fundamental: um é o procedimento com o qual o juiz formula a decisão final, mediante uma concatenação de escolhas, de hipóteses afastadas ou confirmadas, de mudanças que intervêm no curso do processo,²⁹ de elaboração e valoração que desencadeiam na decisão final; outro é o raciocínio com o qual o juiz, depois de ter formulado a decisão final, organiza um raciocínio justificativo no qual expõe as “boas razões” em função das quais sua decisão deve ser aceita como válida e compartilhável.

A mim parecia, e penso assim até hoje, que o equivalente judiciário do *context of discovery* tem características estruturais próprias: articula-se no tempo, implica síntese de diversos fatores, procede por abduções e por *trial and error*, percorre caminhos que depois são abandonados, inclui a influência de fatores psicológicos e ideológicos, implica juízos de valor e pode, ainda, compreender a participação de várias pessoas, como ocorre em todas hipóteses nas quais a decisão é dada por um colégio de juízes.

De outra banda, o equivalente judiciário do *context of justification*, ou seja, a motivação da sentença, tem características diferentes: ocorre quando a fase decisória já está de toda sorte exaurida, com a decisão final já formulada; pode ser obra de pessoas diferentes daquelas que formularam a decisão e – normalmente – de uma só dessas; não tem o escopo de formular escolhas, mas de mostrar que as escolhas feitas eram “boas”; tem estrutura argumentativa e não heurística; tem função justificativa; é um “discurso” – e, portanto, uma entidade linguística – e não um *iter* psicológico; funda-se em argumentos com validade tendencialmente intersubjetivos; é logicamente estruturada; pode incluir inferências dedutivas e indutivas, mas não abduções, e assim por diante.

Essa distinção foi criticada sob vários pontos de vista. De um lado foi dito que, do ponto de vista da epistemologia geral, a distinção entre os dois *contexts* já havia sido posta em discussão e, portanto, não poderia mais ser considerada como válida. De outro, afirmou-se que entre raciocínio decisório e motivação da sentença não existem diferenças substanciais e que, portanto, a distinção em exame não poderia ser mantida.³⁰ O primeiro argumento, porém, pode ser colocado de lado de modo relativamente fácil: qualquer que seja a validade da distinção em exame para analisar o modo como se formam e justificam-se as teorias científicas ou as descobertas da

²⁹ Para uma tentativa de aplicação da teoria dos fluxos de consciência ao juízo de fato no curso do processo, o meu escrito *Elementi per un'Analisi del Giudizio di Fatto*, publicado na coletânea *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna, 2002.

³⁰ Para uma eficaz síntese do problema, em particular, ATIENZA, Op. cit., p. 99 ss.

ciência, permanece verdadeiro que – ao menos para o jurista e ao menos em um nível macro de aproximação – a distinção é útil como instrumento de análise. O segundo argumento merece certa consideração mais específica, ainda que a sua reação mais imediata seja a de imaginar que quem o sustenta não tenha nunca lido verdadeiramente a motivação de uma sentença, nem tenha feito parte de um processo (muito menos como juiz).

Por um lado, se a negação da distinção entre os dois contextos leva a considerar que a motivação da sentença seja uma espécie de registro, ou de prestação de contas, do procedimento mental com o qual o juiz chega à sua decisão, essa se trata de uma opinião que luta contra a realidade dos fatos. Para dar-se conta basta pensar na eventualidade, frequente, de que a motivação seja escrita distante meses ou anos do momento no qual essa foi formulada, ou no caso no qual essa seja redigida somente por um membro do órgão colegiado que a formulou.

Talvez se pense que mesmo com a distância de tempo o juiz esteja apto a descrever os próprios procedimentos mentais, incluídos aqueles inconscientes? Ou pensa-se que para motivar uma sentença colegiada o juiz que escreve a motivação deva descrever o procedimento mental de todos aqueles que participaram da deliberação? A quem tem ao menos uma mínima experiência processual isso parece manifestamente absurdo. Para quem tem um mínimo de familiaridade com a teoria da argumentação deve ficar claro que os instrumentos que se usam para decidir não são os mesmos que se usam para justificar, como bem sabem os teóricos da decisão.³¹

Por outro lado, afirmar que o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo constituem fases diferentes do raciocínio do juiz – e não são concebíveis um como a fotocópia do outro – não significa afirmar que sejam, sob o ponto de vista da estrutura e do conteúdo, diferentes em todos os seus aspectos. Posta a premissa de que aqui se adentra o campo das ilações, já que em realidade a única parte do raciocínio do juiz que se pode concretamente analisar é a motivação da sentença (enquanto nada daquilo que ocorre na mente do juiz é diretamente cognoscível), pode-se admitir, sem dificuldades, que entre as duas fases do raciocínio do juiz possam existir pontos de contato ou de correspondência.

Pelo contrário, pode-se bem admitir e esperar (mas aqui estamos no plano do *wishful thinking*, ou da ideologia do “bom juiz”) que aquele juiz que sabe ter o dever de motivar suas próprias decisões, apresentando argu-

³¹ Conforme, por exemplo, BERTHOZ, *La Décision*, Paris 2003; MARCH, *A Primer on Decision Making. How Decision Happen*, New York 1994; RUMIATI-BONINI, *Psicologia della Decisione*, Bologna, 2001; RUMIATI, *Giudizio e Decisione. Teorie e Applicazioni della Psicologia della Decisione*, Bologna, 1990.

mentos justificativos racionalmente válidos, procure racionalizar *ex ante* as próprias escolhas. Esse juiz procurará, por exemplo, interpretar as normas servindo-se de precedentes, materiais doutrinários, argumentos hermenêuticos, que depois poderá utilizar no momento no qual deverá redigir a motivação da sentença. Naquilo que diz respeito à decisão sobre os fatos, ele procurará valorar as provas segundo critérios consideráveis e formular inferências fundadas sob critérios compartilháveis que depois poderá enunciar e justificar na motivação da sentença. Nessa perspectiva – em verdade de certa forma otimista – pode-se ser induzido a pensar que a previsão da futura motivação induza o juiz a comportar-se de modo racional já *ex ante*, ou seja, no momento em que dá forma à sua *discovery* da decisão final.

Mas nem ao menos nessa hipótese otimista pode-se defender que o mesmo “bom juiz”, no momento no qual redige a motivação da sentença, empenhe-se a “reproduzir” as razões que o determinaram num sentido ou noutro no curso do *iter* decisório. Por exemplo, ele não falará – e não deve fazê-lo – das hipóteses de escolha que formulou e depois descartou, porque a um controle racional essas pareceram erradas ou insustentáveis. Do mesmo modo, omitirá aqueles argumentos interpretativos que levou em consideração, mas que depois pareceram sem validade jurídica. Pelo contrário, não “explicará” como chegou à decisão também porque – para dizer de maneira muito breve – os mecanismos psicológicos que tiveram lugar na mente do juiz não interessam a ninguém. O que se pede ao juiz não é a sua psicanálise ou de autoanalisar-se: pede-se, porém, que exponha argumentos em função dos quais o observador externo (as partes, os advogados, os outros juízes, a opinião pública) possa verificar que aquela decisão é lógica e juridicamente fundada.

Pode ocorrer, ainda, que o juiz redija a motivação utilizando argumentos, materiais cognoscitivos, informações, valorações que efetivamente tenha considerado no curso do seu raciocínio decisório. Pode-se esperar também – como já se disse – que o juiz se comporte desse modo, já que assim se pressupõe que ele tenha formulado racionalmente a decisão ao invés de jogar os dados ou abandonar-se a motes interiores e imperscrutáveis da sua alma. Não se pode, todavia, esquecer que, na realidade, não sabemos e não podemos saber nada sobre quais foram as efetivas “razões reais” que determinaram a decisão e até onde uma decisão pode ser bem justificada independentemente do modo pelo qual o juiz veio a formulá-la. Pelo contrário, uma decisão pode ser mal justificada, ou nem mesmo motivada, independentemente do modo pelo qual o juiz a formulou e, portanto, também no caso em que o juiz chegue à decisão com um raciocínio racionalmente fundado se esse raciocínio não é expresso na motivação, ninguém saberá nada e a sentença imotivada ou mal motivada não terá, de qualquer forma, uma justificação digna de consideração.

No período em que trabalhei o tema do dever de motivação, um ponto de referência importante era representado pelo artigo 111, primeira parte, da Constituição italiana, segundo o qual todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados. Naquele tempo a Constituição italiana era uma entre as poucas cartas constitucionais que continha formulação expressa desse dever. Em alguns outros ordenamentos, como, por exemplo, na Grécia, existiam princípios constitucionais análogos, enquanto em outros sistemas, como, por exemplo, na Alemanha, semelhante dever advinha da interpretação de outras garantias fundamentais do processo civil. Somente posteriormente ele veio a ser incluído em uma pluralidade de cartas constitucionais, em particular nas constituições democráticas da Espanha, de Portugal e também do Brasil.

A constitucionalização do dever de motivação é um fenômeno cuja amplitude – como já me parecera então – não pode ser de modo algum subvalorizada. Existem vários elementos que sustentam essa opinião. Por um lado, a história: é verdade que normas relativas ao dever de motivação existiram, lá e cá, nos séculos precedentes, mas somente com a filosofia iluminista do século XVIII e com as reformas revolucionárias que deram origem ao conceito moderno de Estado, que o dever de motivação virou a regra geral. Ademais, como mostram os exemplos da Itália, da Espanha, de Portugal e do Brasil, é com as constituições democráticas adotadas depois da queda dos regimes autoritários que se afirma o valor de garantia fundamental do dever de motivação.

Por outro: as fontes normativas. Quase todos os códigos processuais de *civil law*, já a partir do século XIX, continham o dever de motivação da sentença civil no âmbito da disciplina ordinária dos provimentos do juiz. Não existiria, portanto, qualquer razão para inserir esse dever em normas de corte constitucional, se o seu significado era somente aquele de prever um requisito técnico relativo ao conteúdo do provimento. Mais ainda, a conhecida explicação segundo a qual a motivação serviria às partes para valorar acerca da oportunidade de recorrer da sentença e ao juízo recursal para analisar o fundamento da sentença impugnada, em realidade não chegava a explicar por quais razões também a sentença das cortes supremas – como tais, não sujeitas à impugnação – deveriam ser motivadas e porque deveriam sê-lo também as sentenças das cortes constitucionais.³²

Por razões desse gênero formulei uma distinção entre a função *endo-processual* da motivação, conexas ao problema da impugnação, no sentido

³² Para uma justificação na perspectiva do papel das Cortes, TARUFFO, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*, Bologna, 1991; MARINONI, *O STJ como Corte de Precedentes*, São Paulo, 2013; MITIDIERO, *Cortes Superiores e Cortes Supremas*, São Paulo, 2013.

acima destacado, e a função *extraprocessual* da motivação, que pode ser compreendida somente no contexto das garantias fundamentais da administração da justiça, típicas do Estado democrático moderno. Essa segunda função é estreitamente conexas com o conceito democrático do exercício de poder, segundo o qual quem exercita um poder deve justificar o modo pelo qual o faz, submetendo-se, portanto, a um *controle externo difuso* das razões pelas quais o exercitou daquele determinado modo. Nesse sentido, o dever de motivação constitucionalmente garantido assume um *valor político fundamental*: é o instrumento por meio do qual a sociedade se coloca em condições de conhecer e de analisar as razões pelas quais o poder jurisdicional é exercitado, de modo determinado, no caso concreto. Trata-se de um valor político *em si*, já que o controle do exercício do poder é a base da soberania da sociedade, que assim é posta em condições de exercê-lo. Trata-se também de um valor político *instrumental*, já que através do controle sobre a motivação é possível verificar se outros princípios fundamentais foram realizados, como o da legalidade e o da imparcialidade na administração da justiça, típicos do moderno Estado de Direito.

A exigência dessa função eminentemente política do dever de motivação foi, certas vezes, negada ou desconhecida, sob a base de conceitos estritamente dogmáticos dos fenômenos processuais, segundo os quais nenhum aspecto da disciplina do processo teria conotação política. Diz-se, às vezes, que a sociedade, como tal, não lê as sentenças, e, portanto, não faria sentido falar de um controle social difuso da sua motivação. Não é o caso de entrar aqui nos detalhes dessa discussão, mas qualquer observação geral pode ser feita.

O argumento segundo o qual os fenômenos processuais não teriam nem poderiam ter alguma implicação extraprocessual, e menos ainda implicações políticas, exprime uma posição tecnicista e substancialmente empobrecida da administração da justiça, segundo a qual o processo seria constituído de uma massa de detalhes técnicos e mecanismos, ao qual seria estranha qualquer conotação valorativa. Não é por acaso que essas perspectivas são opostas ao pleno reconhecimento das garantias constitucionais do processo em toda a sua efetiva extensão e continuam a constituir a base de propostas metodológicas segundo as quais a doutrina processual deveria ocupar-se somente da exegese das normas codificadas. Resultam evidentes a limitação e a parcialidade dessas perspectivas: essas não colhem o sentido profundo do fenômeno representado pela constitucionalização dos direitos na sua totalidade. Esse mesmo fenômeno traz à luz as profundas implicações políticas presentes em muitíssimas áreas do ordenamento jurídico: naquilo que diz respeito às garantias constitucionais do processo, basta pensar, por exemplo, na garantia de defesa, no princípio da igualdade das partes e naquele da submissão do juiz à lei para dar-se conta de que o processo se encontra em

um plano bem diverso daquele do tecnicismo dogmático caro aos exegetas das regras processuais ordinárias.

O argumento segundo o qual não faria sentido falar de função extraprocessual da motivação, porque a sociedade e a opinião pública não leem – e nem poderiam ler – milhões de sentenças, funda-se em um equívoco evidente. As garantias que operam para fins de controle do exercício do poder não têm sentido somente quando o controle vem efetivamente exercitado, mas na medida em que o controle *possa* ser exercido: não a efetividade empírica, mas a possibilidade de controle, constitui o fundamento e a função da garantia. Essa justifica os seus efeitos, na verdade, quando impõe ao juiz que se comporte – ao redigir a sentença – *como se* essa fosse, verdadeiramente, submetida a um controle externo. Para se dizer de outra forma, ao redigir a motivação o juiz deve se colocar na condição daquele que se volta àquilo que Perelman define como auditório universal, não somente às partes, seus advogados e aos juízes de eventual impugnação.

A propósito, poder-se-ia eventualmente colocar um problema diferente, considerando o fato de que dificilmente o *quivis de populo* lê diretamente uma sentença e que, ao invés, a motivação é lida somente em dois contextos: pelos juristas (não somente aqueles envolvidos diretamente como advogados ou como juízes da própria causa, mas também os acadêmicos) e pelos que operam na *mass media*. No primeiro caso, sublinhe-se que a classe dos juristas se investe em uma espécie de função de representação social: o profissional do direito possui os instrumentos culturais que lhe consentem ler e compreender as sentenças e, portanto, também criticá-las. A crítica pode fundar-se em razões de caráter técnico-jurídico, mas pode ainda mirar quaisquer perspectivas de valoração das razões com as quais o juiz justificou sua própria decisão. Nesse sentido, o jurista desenvolve uma importante função de controle social do exercício de poder jurisdicional: quanto mais extenso e aprofundado for esse trabalho do jurista profissional, mais efetiva será a função extraprocessual da motivação. Permanece como plano de fundo o problema de saber se o jurista estará sempre apto a desenvolver essa função, e se a sociedade no seu todo auferirá verdadeira vantagem com essa “delegação de fato” ao jurista de uma importante função política de controle sobre o exercício do poder. Trata-se, porém, de um problema eminentemente sociológico-político que não pode ser discutido adequadamente nesta sede.

Quanto ao controle desenvolvido pela mídia, todo ceticismo parece, de todo modo, justificado. Ao público das televisões e dos jornais interessam somente as questões espetaculares de cada processo – quase exclusivamente penais – no momento no qual ocorrem e interessam muito menos as razões com as quais os juízes justificam as suas decisões. Ainda, frequentemente os jornalistas que se ocupam da administração da justiça não estão nem ao

menos em condições de compreender corretamente aquilo com o que se ocupam e menos ainda de fazer entender ao grande público quais são as razões adotadas para justificar as decisões. Isso tudo, de qualquer forma, diz respeito ao nível de informação que a mídia dá ao público a respeito das questões jurídicas, que pode ser mais ou menos baixo dependendo do caso. A qualidade insuficiente das informações que dizem respeito à administração da justiça não implica, todavia, que não haja sentido em falar-se de uma função extraprocessual da motivação da sentença: se de fato uma garantia é concretizada de modo inadequado, o remédio não consiste na sua eliminação ou no seu desconhecimento, mas em fazer com que essa seja efetivada em níveis qualitativos e quantitativos mais elevados.

De qualquer forma, e malgrado as dificuldades, parece evidente que existe uma conexão direta entre o dever de motivação e o caráter democrático do sistema político e do sistema jurisdicional. Todavia, isso cria um problema que não pode ser desconsiderado concernente, especificamente, àqueles ordenamentos – especialmente de *common law* – nos quais não existe um verdadeiro dever de motivação da sentença. O problema é menos relevante na Inglaterra, onde os juízes não têm qualquer dever de motivação, mas tradicionalmente justificam as suas decisões, não raro com motivação ampla e elegante. O mesmo problema é, ao contrário, muito mais relevante nos Estados Unidos, onde a garantia processual do *due process of law* não inclui – segundo a opinião geralmente acolhida – o dever de motivação do juiz em motivar suas sentenças e onde, em regra, as sentenças de primeiro grau não são motivadas. Da mesma forma, nunca são motivados os veredictos do júri, ao passo que o são normalmente as sentenças das cortes de apelação e das cortes supremas, estaduais ou federais.³³ Não é caso, aqui, de discutir se o sistema estadunidense é ou não é democrático: é necessário, entretanto, evidenciar que o sistema é caracterizado pela ausência sistemática de uma

³³ Assinala-se que nessa perspectiva a função da motivação é diversa daquelas sobre as quais tratamos no texto. As cortes estadunidenses de segunda e de última instância decidem essencialmente questões de direito: a motivação das sentenças é finalizada sob aquilo que se poderia chamar de “governo dos precedentes”, ou seja, na enunciação das razões jurídicas que confirmam o precedente, resolvem conflitos entre precedentes das cortes inferiores ou ainda fixam um novo precedente. Uma função desse gênero pode ser reconhecida também em outros ordenamentos, mesmo de *civil law*, nos quais vem se afirmando a praxe do precedente judicial como critério de formulação da decisão em direito (conforme os ensaios relativos a vários ordenamentos, recolhidos no volume *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, ed. por D. N. MACCORMICK and R. S. SUMMERS, Aldershot-Brookfield USA-Singapore-Sidney 1997, e em *6 Ragion Pratica*, 1996). Deve ser, todavia, sublinhado, que tal função não diz respeito às sentenças de todos os órgãos jurisdicionais mas somente daqueles que tem função criativa do direito sob a forma de fixação de regras de decisão para os juízes dos casos sucessivos; ainda, essa não é conexa com a função de garantia expressa pelas normas constitucionais que preveem a obrigatoriedade da motivação.

garantia que na maior parte dos ordenamentos modernos é considerada um fator importante de democracia.

Evidenciar o significado específico da garantia constitucional da motivação não tem simplesmente um valor conceitual ou abstratamente teórico. A atuação dessa garantia tem, pelo contrário, algumas implicações muito importantes que é oportuno sublinhar.

Uma primeira implicação é de que o legislador ordinário, ao disciplinar as modalidades de forma e de conteúdo com as quais deve ser redigida a sentença, não pode deixar de prever um dever geral de motivação. Isso significa que a motivação deve ser redigida sempre, e em qualquer caso, por todos os juízes do ordenamento. São, ainda, excluídas normas como aquelas que existiam em alguns ordenamentos processuais do passado, que são por vezes repropostas com o escopo de poupar tempo aos juízes, que preveem a redação somente eventual da motivação da sentença, por exemplo, quando essa for impugnada ou quando for assim requerido pela parte que tem intenção de impugná-la. Normas desse gênero poderiam se justificar se fosse levada em consideração apenas a função endoprocessual da motivação, mas seriam evidentemente inadmissíveis do ponto de vista da garantia constitucional.

Uma segunda ordem de implicações é que se – como já dissemos – a motivação da sentença deve assegurar a possibilidade de um controle externo das razões que justificam a decisão, então é necessário que a motivação inclua argumentos justificativos referentes a todos os aspectos relevantes da decisão. Pode-se, ainda, falar de um *princípio de completude da motivação*, segundo o qual a motivação deve incluir argumentações justificativas que digam respeito à decisão como um todo, em todos os seus elementos determinantes. Somente se a justificação da decisão é completa, de fato, há possibilidade de um adequado controle externo sobre o fundamento da própria decisão.

O princípio da completude da motivação inclui vários *standards* que o juiz deve aplicar.

Um *standard* muito importante diz respeito ao conteúdo global da motivação e à necessária presença, seja da justificação *interna* da decisão, seja da justificação *externa*. É sabido, e não é necessário insistir nesse ponto, que a justificação interna da decisão é aquela que resulta da conexão (que frequentemente assume estrutura subsuntiva) entre premissa de direito e premissa de fato, da qual surge logicamente a decisão final. Essa se justifica se as duas premissas conectam-se de modo coerente e se a sua combinação – que normalmente tem forma dedutiva – efetivamente conduz àquela

decisão. Essa, portanto, se configura como uma consequência racional da combinação das premissas, que por aí se justifica.

É também sabido que a justificação externa diz respeito às razões pelas quais a premissa de direito e a premissa de fato foram formuladas de determinado modo. Em outros termos, trata-se, de um lado, dos argumentos com base nos quais o juiz justifica a escolha de uma norma e de uma determinada interpretação dessa, como regra jurídica da decisão do caso, e de outro lado, dos argumentos com base nos quais o juiz apresenta como justificada uma adequada reconstrução dos fatos relevantes da controvérsia.

Não é possível aprofundar aqui a análise de todas as condições que devem ocorrer – ou seja, de todos os *standards* que o juiz deve aplicar – para que se tenha uma justificação externa completa. É, todavia, útil sublinhar alguns que normalmente são malcuidados ou negligenciados na praxe judiciária de inúmeros ordenamentos.

Antes de qualquer coisa, entram em evidência os juízos de valor do juiz, que condicionam de vários modos a decisão. Ninguém duvida de que o juiz formule numerosas valorações, seja quando interpreta as normas, seja quando reconstrói os fatos da causa – e é também difícil negar que essas valorações condicionem e enderecem a escolha e a determinação das premissas de direito e de fato da decisão e, portanto, condicionem também a decisão final. Se isso é verdade, ou seja, se se admite que a decisão dependa da valoração do juiz, então é necessário que essas valorações sejam justificadas na motivação da sentença. Não é o caso de entrar aqui no problema da natureza dos valores e dos juízos a esses pertinentes: parece de fato que existe suficiente consenso no sentido de que também os juízos de valor podem ser justificados por meio de argumentação racional. É exatamente isso que o juiz deve fazer, enunciando os critérios de valor que adotou (e eventualmente justificando a escolha desses critérios) e argumentando sobre as razões pelas quais esses critérios fundam a valoração que formulou no caso específico.

Outro aspecto extremamente relevante da motivação refere-se à justificação do juízo relativo à veracidade ou falsidade dos fatos da causa. Por um lado, é óbvio que, se a decisão se funda sobre uma determinada reconstrução dos fatos relevantes, essa reconstrução deve ser justificada. Por outro lado, todos os ordenamentos processuais contêm normas que vinculam o juiz a decidir sobre os fatos com base nas provas constantes dos autos. Tudo isso implica que a “motivação de fato” deve existir como discurso justificativo completo e articulado e, portanto, não pode ser reduzida à simples e apodíctica enunciação daquilo que o juiz teve por verdadeiro ou falso. Tal discurso justificativo deve, ainda, fundar-se nas provas que o juiz utilizou para chegar à conclusão que assume como fundada de acordo com os fatos da causa. Por

outro lado, “fundar-se nas provas” significa que o juiz deve indicar quais provas entendeu confiáveis como instrumentos de conhecimento dos fatos em questão. Mais: que o juiz deve indicar de que modo, e por quais razões, valorou a credibilidade das provas de que dispunha.

Sobre isso, é oportuno tornar ainda mais preciso o discurso: não é suficiente, como, ao contrário, frequentemente se verifica, que o juiz indique quais são as provas que justificam a versão dos fatos que adotou como verdadeira. Isso é necessário, mas não é suficiente para fornecer uma motivação adequada da decisão sobre os fatos. Se existiam provas contrárias à versão dos fatos que o juiz adota, ele deve explicar por quais razões entendeu desnecessário levar em consideração essas provas ao formular seu juízo. As razões pelas quais não é levada em consideração a prova contrária são, de fato, uma confirmação indispensável da validade da solução diversa que é adotada e da credibilidade das provas que a sustentam. Por outro lado, o juiz deve evitar cair no *confirmation bias*, ou seja, no erro típico daquele que, devendo justificar uma determinada escolha, seleciona todos os fatores que confirmam a sua correção, mas sistematicamente não leva em consideração os fatores contrários, introduzindo, assim, uma distorção substancial no seu próprio raciocínio.

Escrevi este livro durante o verão de minha vida, quando os dias eram longos e o horizonte do futuro longínquo. Escrevo estas páginas, agora, no tardio outono de minha vida, com os dias que ficam sempre mais curtos e o horizonte do futuro já muito mais próximo. Há, entretanto, uma coerência considerável entre os dois textos: talvez se trate simplesmente da comum dificuldade em modificar as próprias ideias, mas me agrada pensar que algo de bom já havia naquilo que escrevi e, mais ainda, que o leitor de hoje possa aproveitá-lo.

Milão, 15 de janeiro de 2014.

MICHELE TARUFFO

CAPÍTULO I

O PROBLEMA DA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL

1. A) Incertezas nas formulações doutrinárias dominantes do problema; B) A motivação e a crise da doutrina do silogismo do Juízo; C) A motivação e a aproximação sociológico-política do Juízo; 2. Natureza da motivação e problemas definidores; 3. A) A motivação como discurso; B) A motivação como conjunto ordenado de proposições; 4. Perfis de análise semiológica da motivação; A) As situações interpretativas; B) A motivação como signo linguístico em sentido próprio; C) A motivação como fonte de indícios; D) Situações interpretativas e significados da motivação; 5. Natureza da motivação e métodos de pesquisa.

1. A) INCERTEZAS NAS FORMULAÇÕES DOUTRINÁRIAS DOMINANTES DO PROBLEMA

Quem se propõe a estudar o problema da motivação nos modos e nos termos em que esse se colocou nas últimas décadas encontra-se diante de um panorama dotado de características peculiares e por muitos aspectos bastante diferente daquele que o processualista está acostumado a encontrar quando considera a maior parte dos temas pertencentes ao seu campo de pesquisa. Essas peculiaridades devem-se, entretanto, somente em parte à natureza intrínseca do problema, descendendo principalmente da concorrência de dois fatores contingentes: de um lado, o modo com que o tema da motivação foi geralmente enfrentado (seria provavelmente mais exato

dizer: não foi enfrentado) no plano do direito processual civil;¹ de outro, o fato de que sobre esse repercutem (nem seria razoavelmente possível uma situação diferente) os contrastes e as incertezas que foram aos poucos se manifestando sobre o tema da natureza e da estrutura da decisão judicial (não só e não tanto por parte dos estudiosos do direito processual, quanto na perspectiva filosófica, sociológica e política).

A confusão que à primeira vista parece constituir a característica mais evidente do estado do problema que para o presente estudo interessa pode ser definida de modo mais evidente, e em parte explicada, mediante o exame mais detido dos dois principais fatores que contribuem para trazê-la à tona. Do primeiro ponto de vista constata-se, acima de tudo, que a presença na Constituição de uma norma nova,² tal qual a primeira parte do artigo 111, não atraiu a atenção que se poderia esperar dos estudiosos, de modo que se pode dizer que a extensão do princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação permanece até hoje amplamente indeterminada.³ De seu turno, também esse fato não é, de resto, carente de explicação: ao artigo 111, primeira parte, compreendido como “norma sobre normas” (ou seja, como

¹ A única tentativa relevante de enfrentar organicamente o tema, feita no âmbito de nossa doutrina processualista civil, foi aquela, recentíssima, de COLESANTI, *Die Entscheidungsbegründung im italienischen Verfahrensrecht*, no volume *Entscheidungsbegründung*, coordenado por R. SPRUNG, Wien-New York, 1974, p. 355 ss. A situação parece em grande parte análoga também para a doutrina do processo penal, com a única exceção de AMODIO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, ed. prov., Milano, 1967.

² O caráter de novidade do preceito constitucional inerente ao dever de motivação deve ser compreendido de forma relativa, visto que, mesmo na ausência de normas expressas sobre o tema nos estatutos italianos do século XIX e, em particular, no Estatuto Albertino, não faltam precedentes interessantes. Recorde-se, de fato, que o princípio de obrigatoriedade da motivação era expresso nas constituições das repúblicas jacobinas surgidas na Itália nos últimos anos do século XVIII, na linha da Constituição francesa de 1795; mais amplamente sobre o tema vide *infra*, Capítulo VI, § 1, *sub b*), e TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, p. 290 e ss.

³ Oportuno notar a ausência em nosso país, de fato, de estudos dirigidos a precisar as linhas essenciais do preceito constitucional em questão, do qual geralmente se limita a sublinhar genericamente o aspecto garantista (conforme, p. ex., CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 95 e ss; LUCIFREDI, *La nuova Costituzione italiana*, Milano, 1952, p. 239; BISCARETTI DI RUFFIA, *Diritto costituzionale*, VIII Ed., Nápoles, 1969, p. 551; VIRGA, *Diritto costituzionale*, VII Ed., Milano, 1971, p. 664). Ao que consta, a situação não é diferente nos outros países; é exceção a Alemanha Federal, onde, na ausência de uma norma constitucional expressa, colocou-se o problema de elaborar o relativo princípio em via de interpretação das outras normas constitucionais atinentes à função do juiz: sobre o tema, conforme, por último, BRÜGGEMANN, *Die richterliche Begründungspflicht. Verfassungsrechtliche Minderstanforderungen an die Begründung gerichtlicher Entscheidungen*, Berlin, 1971, especialmente p. 109 e ss.; SCHLÜTER, *Das Obiter Dictum*, München, 1973, p. 9 e ss., e, ainda, ULE, *Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht*, in *Deut. Verwaltungsvlatt*, 1959, p. 542; ARNDT, *Das rechtliche Gehör*, in *N.J.W.*, 1959, p. 7; HAMANN, *Rechtliches Gehör*, in *Answaltsblatt*, 1958, p. 148. Mais amplamente sobre o tema ver, ainda, *infra*, Capítulo VI, *passim*.

critério de compatibilidade constitucional da legislação infraconstitucional), é fácil atribuir uma amplitude quase que nula no campo do processo civil, uma vez que o preceito constitucional parece poder ser considerado substancialmente cumprido pela lei ordinária no momento em que essa prescreve que a sentença deva conter os “motivos de fato e de direito da decisão” (conforme artigo 132, n. 4, *Codice di Procedura Civile*, e artigo 118, *Disposizioni per l’Attuazione del Codice di Procedura Civile*).⁴

Uma perspectiva mais fecunda poderia ser, por outro lado, partir do pressuposto de que a norma em questão representa não só o paradigma de compatibilidade constitucional da legislação infraconstitucional, mas também uma “norma para o juiz”. E isso não tanto no sentido formal de impor-lhe que motive as próprias decisões (visto que a legislação infraconstitucional já contém pontuais preceitos com essa finalidade), quanto no sentido mais substancial de fixação dos requisitos mínimos necessários para que se possa dizer que uma sentença está efetivamente motivada.⁵ É claro, de resto, que seria necessária, sob o plano dos outros princípios constitucionais inerentes à atividade jurisdicional,⁶ além de sob o plano político mais geral, uma “concretização” do conteúdo da norma constitucional, até o momento ausente tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O fato de que, via de regra, tenha-se preferido a mencionada abordagem formalista, considerando-a suficiente para escapar ou para exaurir o problema em sua dimensão substancial, pode ser interpretada de diversas formas, sobre as quais não é o caso de se deter nesta sede.⁷ É certo, de qualquer modo, que isso explica sob o plano histórico a falta de contribuições com o fim de evidenciar a efetiva dimensão do princípio constitucional sobre a obrigatoriedade da motivação.

No campo mais específico do direito processual civil a situação é em parte diferente, visto que, obviamente, sendo a motivação da sentença um fenômeno inevitavelmente “processual”, os estudiosos viram-se na necessidade de ocupar-se do mesmo. Sobre o tema, deve-se, entretanto, notar imediatamente que esse foi enfrentado, via de regra, segundo uma linha

⁴ Conforme nesse sentido LESSONA S., *La funzione giurisdizionale*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, dirigido por P. CALAMANDREI e A. LEVI, Firenze, 1950, vol. II, p. 211, e, analogamente, BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 123 (PROVINCIALI, *Norme di diritto processuale nella Costituzione*, Milano, 1959, p. 66 acaba por compartilhar da mesma orientação, visto que em concreto as hipóteses a que limita a capacidade do princípio constitucional são aquelas já reguladas pela lei ordinária). Substancialmente, o único problema que emerge nessa perspectiva é o da aplicabilidade do princípio em questão ao decreto (v. *infra*, Capítulo VI).

⁵ Nesse sentido conforme COLESANTI, *op. cit.*, p. 379 e ss., e v. *infra*, Capítulo VI.

⁶ Conforme sobre o tema BRÜGGEMANN, *op. cit.*, pp. 125 e ss., 152 e ss.

⁷ V. *infra*, Capítulo VI.

totalmente particular: isto é, a motivação foi estudada exclusivamente com referência aos pontos de emersão do fenômeno no âmbito estritamente normativo. Isso significou concentrar a atenção, mesmo que com diversa amplitude e intensidade, essencialmente em três pontos: a definição da natureza do requisito da motivação e do vício constituído por sua ausência, a possibilidade de serem relevados vícios da motivação e a possibilidade do respectivo controle na *Cassazione* e o problema sobre se a autoridade da coisa julgada estende-se ou não à motivação ou a parte dessa.

Esses argumentos serão tratados mais analiticamente na sequência e, portanto, não é o caso de se alongar em uma exposição mais ampla sobre esses. De um ponto de vista muito geral interessa, entretanto, sublinhar desde logo que sua solução deveria pressupor, pelo menos como hipótese de trabalho, uma definição suficientemente clara daquilo que a motivação da sentença é, se não por outra razão, porque parece logicamente incongruente debater sobre os vícios ou sobre os efeitos de um fenômeno jurídico sem partir de uma adequada compreensão das suas características.

Pois bem, semelhante incongruência constitui, ao invés disso, a nota mais peculiar do modo com que os problemas atinentes à motivação foram geralmente enfrentados: seu tratamento vale-se dos habituais instrumentos de caráter dogmático para propor soluções juridicamente sustentáveis sobre os temas específicos, mas prescinde do problema fundamental – que constitui logicamente o *prius* de toda e qualquer possibilidade de desenvolvimento sobre a matéria – inerente à determinação dos elementos e das propriedades essenciais que definem a motivação. De resto, nem se pode dizer que uma adequada solução deste problema, ou mesmo sua definição satisfatória, ressaia conscientemente, se bem que implicitamente pressuposta, do momento que, partindo das teses propostas diante das questões supramencionadas, resulta impossível se chegar à reconstrução clara e suficientemente articulada do conceito de motivação sobre o qual as próprias teses deveriam ter-se fundado.

Substancialmente, isso equivale a dizer que, segundo aquilo que se pode constatar, nunca se colocou de modo adequado o problema de definir de modo exauriente a natureza da motivação, com o que naturalmente não se pode do mesmo modo chegar a uma conclusão satisfatória. Com efeito, a partir de um rápido levantamento das noções comumente empregadas seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, o conceito de motivação aparece amplamente indeterminado, sendo, aliás, frequentemente tratado como se tivesse um conteúdo “móvel”.⁸ De fato, toda vez que as tentativas

⁸ Se a “mobilidade” de conteúdo do conceito em questão fosse devida, como geralmente ocorre, à presença de diversas definições rivais, encontrar-se-ia na situação típica das chamadas

de definição resolvem-se – como ocorre de regra, com poucas variações de linguagem – dizendo-se que a motivação consiste na expressão dos “motivos” ou das “razões de decidir” ou do “*iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão” move-se no restrito campo da tautologia (ou no bem mais amplo, mas não menos estéril, campo da indeterminação): expressões desse tipo, no contexto em que normalmente são usadas, não exprimem qualquer noção precisa de “motivo”, de “razão” ou de “*iter* lógico” e, portanto, longe de definir qualquer coisa, remetem ao plano das noções intuitivas, sob o errôneo pressuposto de que se trata, ao invés disso, de conceitos determinados no patrimônio dos conhecimentos comuns.

O caráter de “mobilidade” da noção de motivação aparece, pois, com particular clareza quando a doutrina coloca o conhecido e controverso problema de estabelecer aquilo que, na sentença, é coberto pela coisa julgada. Nesse contexto, a motivação é definida, por exclusão, como aquilo que não transita em julgado. Entretanto, visto que na esfera objetiva da coisa julgada são vez por outra assinaladas fronteiras mais ou menos amplas, varia em medida inversa o âmbito que se reserva à noção de motivação, de modo que, por exemplo, a decisão de uma questão prejudicial ou a apuração dos fatos constitutivos do direito deduzido em juízo sejam excluídos ou incluídos no campo da motivação (ou, reciprocamente, no da “decisão”) dependendo do fato de se admitir ou de se excluir sua idoneidade à formação da coisa julgada.

À parte disso, deve-se notar também que desse modo o conceito de motivação acaba por ser uma espécie de recipiente vazio, em que se faz comodamente entrar aquilo que se pretende excluir do âmbito do julgado. Tudo isso não deve, de resto, surpreender, visto que se trata da consequência normal do emprego de noções indefinidas ou definidas somente por exclusão, de modo puramente negativo. Ao final do discurso desenvolvido nestas páginas deve-se, de resto, observar que o emprego de noções desse gênero, se pode ser útil para outros efeitos, é, de qualquer modo, certamente o modo

ciências do espírito ou do homem, nas quais a irredutível pluralidade de definições do próprio conceito é um dado ineliminável e positivo, devido em parte à evolução das perspectivas culturais e, em parte, à impossibilidade da verificação empírica. Vice-versa, no nosso caso, a mobilidade da noção de motivação é devida à presença da situação exatamente oposta, ou seja, à ausência de definições adequadas. Ocorre geralmente, por conseguinte, que não se parta de uma das possíveis definições do fenômeno, mas somente de uma noção sumária e intuitiva desse, de modo que, quando se coloca a ligação com outros conceitos jurídicos que conseguiram uma diversa precisação pelo menos no âmbito definitório (e, portanto, uma maior “solidez”), a consequência é que os conceitos ligados não são analisados em função recíproca, mas sim um (motivação) exclusivamente em função do outro (coisa julgada etc.). O conceito de motivação parece, por conseguinte, móvel porque é geralmente tratado como uma variável dependente, enquanto as variáveis independentes são representadas pelos outros conceitos jurídicos.

mais seguro para precluir a possibilidade de apontar-se o significado efetivo dos fenômenos que se estudam.

Em uma situação como essa, e talvez o quadro aqui traçado não seja demasiadamente pessimista, consegue-se também compreender a singular sorte da bem conhecida consideração de Calamandrei, segundo a qual a motivação não é a fiel descrição do processo lógico-psicológico que levou o juiz à decisão, mas sim a apologia, que o juiz elabora *a posteriori*, da própria decisão.⁹ Essa assertiva tinha provavelmente um objetivo duplo: por um lado, desfazer a difundida convicção da identidade entre motivação e *iter* decisório;¹⁰ por outro, indicar a via metodologicamente correta para o estudo de ambos os fenômenos, em sua essencial diversidade e em suas inevitáveis ligações.

Portanto, se era isso o que Calamandrei pretendia exprimir, suas palavras encontraram a mais radical incompreensão: de uma parte, a jurisprudência é firme ao sustentar a identidade entre processo decisório e motivação, visto que para julgar a congruência da motivação continua a requerer que essa exprima de modo bastante claro “o *iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão”.¹¹ De outra parte, a doutrina não só não aceitou o implícito

⁹ Conforme CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 101.

¹⁰ Na Itália, além da citada opinião de CALAMANDREI, pode-se recordar a clara menção de CARNELUTTI, por último in *Diritto e processo*, Nápoles, 1958, p. 212, sobre a distinção entre “como é feita” e “como se faz” a sentença. Trata-se, de resto, de tentativas ocasionais e isoladas, que não tiveram adequado desenvolvimento. A questão recebeu, por outro lado, orgânica elaboração e, aliás, serviu de pressuposto para diversas teorias da decisão na doutrina alemã e norte-americana. Na Alemanha, a distinção em exame constituiu, p. ex., um dos componentes das correntes antipositivistas, do direito livre à jurisprudência dos interesses (conforme EDELMANN, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz. Eine historisch-kritische Studie über die Deutsche Rechtmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Bad Homburg v. d. Höhe-Berlin-Zurich, 1967, pp. 53 e ss., 92 e ss. e *passim*; KRIELE, *Theorie der Rechtgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967, pp. 63 e ss., 205 e ss.; ISAY, *Rechtsnorm und Entscheidung*, Berlin, 1929, pp. 25 e ss., 177 e ss., 248 e ss., 335 e ss.; SCHWINGE, *Irrationalismus und Ganzheitsbetrachtung in der deutschen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1938, p. 29 e ss.; OHLMER, *Richterfreiheit und Begründungspflicht*, diss. Mainz, 1953, p. 91; BR’GGEMANN, *op. cit.*, p. 57. Conforme, ainda, *infra*, Capítulo III). Nos EUA a mesma distinção, também largamente acolhida, constituiu a nota distintiva de uma das correntes ensartadas no âmbito do realismo jurídico e pela qual foi proposto o nome de *opinion-skepticism* (conforme RUMBLE, *American Legal Realism*, New York, 1968, p. 79 e ss.; REICH, *Sociological Jurisprudence und Legal Realism im Rechtsdenken Amerikas*, Heidelberg, 1967, p. 92 e ss.; LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practise*, Chicago, 1962, p. 56 e ss.; COHEN F. S., *The Problems of a Functional Jurisprudence*, in *Modern L. R.*, 1937, p. 9 e ss.; FRANK, *Law and the Modern Mind*, New York, 1949, p. 140 e ss.; GREEN, *Judge and Jury*, Kansas City, 1930, p. 152 e ss.) e permaneceu, de qualquer modo, como ponto firme também nas mais recentes pesquisas de caráter empírico-sociológico sobre a decisão judicial (conforme *infra*, n. 32).

¹¹ Para referências sobre o tema conforme cap. VII. Evidentemente, a posição dominante na jurisprudência não descende de uma consciente e articulada tomada de posição sobre

convite a estudar motivação e processo decisório nas respectivas e corretas dimensões, mas parece ter entendido que com as palavras de Calamandrei o problema da motivação poderia ser tido por liquidado definitivamente como insignificante, já que essas são frequentemente utilizadas para indicar o limite abaixo do qual é razoável deter a pesquisa.¹²

Se o estado do problema pudesse ser satisfatoriamente inserido nas posições tradicionalmente assumidas pela doutrina e pela jurisprudência ter-se-ia uma situação não excessivamente negativa, visto que a insuficiente elaboração de um conceito pode sempre ser o estímulo para uma pesquisa ulterior. A situação é, entretanto, bem mais complexa, visto que a reforçar a já difusa desvalorização do papel da motivação como instituto jurídico, implícita nas abordagens até agora descritas, intervieram as repercussões (de resto inevitáveis e potencialmente salutares) das pesquisas conduzidas, em diversas perspectivas e com diversas metodologias, em torno da natureza da decisão judicial. Tais repercussões, na medida e no modo em que influíram na maneira de conceber a motivação, acabaram por produzir um estado de radical confusão entre os diversos pontos de vista possíveis sobre o tema. Além disso, visto que o centro das atenções parece ser a decisão, tendendo-se a deixar na sombra as possibilidades, que também existem e poderiam ser analiticamente valoradas, de considerar a motivação como fenômeno

o problema das relações entre motivação e processo de decisão, mas somente da adesão conforme à tradicional doutrina do silogismo judicial, que tem entre os seus pressupostos, como oportunamente sublinha CARNELUTTI, *op. cit., loc. cit.*, justamente a confusão entre os dois aspectos distintos no texto.

¹² A reação ao positivismo jurídico, que alhures (v. n. 10) levou ao primeiro plano o problema da decisão judicial e, portanto, também aquele das suas relações com a motivação, na Itália manifestou-se com a difusão de doutrinas inspiradas no neokantismo e no idealismo (conforme em geral FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III: *Ottocento e Novecento*, Bolonha, 1970, p. 275 e ss.), e tiveram repercussões não relevantes as diversas teses que na mesma época debatiam-se, por exemplo, na Alemanha. O problema da natureza da decisão jurisdicional não recebeu, por conseguinte, uma particular atenção (pelo menos sob o prisma que aqui interessa), nem por parte dos filósofos do direito, nem por parte dos processualistas. Esses últimos, ainda, particularmente pouco sensíveis às mudanças gerais de perspectiva cultural, continuaram a mover-se no sentido das linhas tradicionais, utilizando as soluções que dessas haviam retirado Alfredo ROCCO, *La sentenza civile. Studi* (1906), rist., Milano, 1962, p. 29 e ss., e CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile* (1914), in *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 4 e ss. De resto, nem mesmo o claro e pontual ataque que à doutrina do silogismo judicial era feito por CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), rist., Padova, 1964, p. 33 e ss., que também teve e tem ainda grande repercussão, tinha o fim de fazer emergir o problema da decisão judicial em si e em suas ligações com a natureza da motivação. Calogero não se afastava, de fato, da ótica típica da própria doutrina tradicional de enfrentar o tema da motivação exclusivamente sob o prisma do controle “lógico” na *Cassazione* e, aliás, justamente afirmando a impossibilidade de um controle que não fosse contra o conteúdo das valorações feitas pelo juiz de mérito, acabava implicitamente por endossar a tese da indissociabilidade da motivação do procedimento que o juiz segue para chegar à decisão.

dotado de características em grande parte autônomas com relação àquelas que se atribuem à decisão.

B) A motivação e a crise da doutrina do silogismo do Juízo

Tal confusão não conseguiu manifestar-se em seus principais efeitos negativos até que ganhou vigor a imagem claramente oitocentista do silogismo judicial, compreendido contemporaneamente como estrutura fundamental tanto do procedimento de decisão como da motivação.¹³ De tal modo, de fato, pressupondo que a motivação fosse, ou devesse ser, a fiel e orgânica demonstração da via seguida pelo juiz para chegar à decisão, os problemas da natureza da decisão e aqueles inerentes à motivação coincidiavam perfeitamente, e o recurso ao esquema silogístico parecia idôneo a resolver ambos de modo unívoco. Quando, pelo contrário, começou-se a colocar em evidência o excessivo simplismo do modelo silogístico, ou até mesmo sua falsidade como representativo do trabalho do juiz,¹⁴ o ponto de partida dessas linhas críticas foi essencialmente o modo de reconstruir a estrutura da decisão, tendo sido deixado na sombra o aspecto inerente à motivação. Isso constituiu substancialmente o ponto de separação entre as duas ordens de problemas, se não por outra razão porque, de fato, esses não foram mais tratados no mesmo contexto, e as teses formadas em relação à natureza da decisão não foram mais compreendidas como automaticamente válidas também para a definição das características essenciais da motivação.¹⁵

Aliás, pode-se salientar, pelo menos em uma primeira aproximação, que a abordagem que visa a fazer coincidir as estruturas dos dois fenômenos (e a considerá-los, portanto, como aspectos do mesmo fenômeno ou um como mera exteriorização do outro) no modo peculiar à concepção silogística acolhida por um tempo, permaneceu, e ainda permanece, onde, como na jurisprudência dominante, é maior a insensibilidade às críticas radicais que de diferentes perspectivas foram dirigidas à construção silogística do juízo. Onde, ao invés disso, tal construção foi colocada em crise com referência à

¹³ Sobre a doutrina do silogismo judicial conforme, para um exame mais amplo e para referências bibliográficas, Capítulo IV, § 1.

¹⁴ Sobre o tema v. *infra*, ponto c) e, mais adiante, Capítulo IV, § 1.

¹⁵ Não faltam, de resto, exceções: p. ex., um dos maiores expoentes do realismo norte-americano, FRANK, *op. cit.*, pp. 123 e ss., 159 e ss., depois de ter levado ao primeiro plano as componentes psicológicas e subjetivas do juízo, deduziu disso, todavia, a necessidade de que a motivação seja a fiel prestação de contas do modo psicológico com que se chegou à decisão. À parte a fragilidade intrínseca dessa tese (sobre a qual vide Capítulo II, n. 55), essa representa de qualquer modo um exemplo das distorções que se podem verificar quando se transpõe *tout court* para o plano da motivação a conclusão a que se chegou sobre a natureza da decisão.

natureza do juízo, a determinação das características da motivação foi posta como problema autônomo, postulando soluções autônomas. De qualquer forma, o dado fático que é necessário que se leve em conta é que, uma vez que o problema da motivação visto por si só não parece ter recebido respostas satisfatórias, é sabido que nenhuma tentativa nesse sentido poderia ser exitosa sem levar em adequada consideração a problemática inerente à estrutura do juízo, se não por outro motivo, para fixar os limites dentro dos quais tal problemática, ou as soluções que se buscam dar a essa, podem influir no modo com que é reconstruída a estrutura da motivação.

O esquema conceitualista e abstrato do juízo como silogismo é, antes de qualquer coisa, posto em crise por aquelas correntes de pensamento que combatem o emprego exclusivo de instrumentos desse gênero, típico da abordagem positivista, na interpretação da lei: assim, apesar dos elementos de distinção existentes sob outros aspectos, tanto, em geral, a chamada escola do direito livre¹⁶ quanto a jurisprudência dos interesses¹⁷ convergem quanto a sublinhar a impropriedade da figura do silogismo judicial como esquema do juízo. De resto, essa conclusão resulta não tanto da constatação de que o esquema silogístico não possa ser assumido como representação descritiva da realidade do juízo, quanto da proposta de critérios de decisão que requerem, para ser aplicados, modalidades de interpretação e integração

¹⁶ É sabido que sob essa denominação se inserem, comumente, como precursores ou como “adeptos”, estudiosos que não aderiram expressamente à tese da *Freirechtslehre*, mas que, de qualquer modo, assumiram posições anticonceitualistas e antipositivistas, em geral em tema de interpretação “criativa” (como, p. ex., BÜLOW, RÜMELIN e RUMPF), ou sobre o específico problema das lacunas no ordenamento jurídico (como, p. ex., EHRLICH de *Lücken im Recht*). As linhas fundamentais da teoria do direito livre, antecipadas pelo próprio EHRLICH, in *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtslehre*, Leipzig, 1903, encontraram, então, seu “manifesto” no famoso escrito de KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* (reimpresso em KANTOROWICZ, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, Karlsruhe, 1962, p. 18 e ss.). Sobre a difusão que essas tiveram na doutrina alemã conforme a exauriente exposição de LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, p. 201 e ss. (especialmente 278 e ss. sobre a abordagem antilogicista dos jusliberalistas) e, por sua incidência sobre a teoria do juízo, conforme KRIELE, *op. cit.*, p. 63 e ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 35. Sobre a relativamente escassa influência do jusliberalismo na Itália conforme BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, p. 33.

¹⁷ Sobre a qualificação da *Interessenjurisprudenz* como corrente interna ao “movimento do direito livre” conforme FASSÒ, *op. cit.*, vol. III, p. 240, além da opinião expressa por um dos representantes de tal corrente: REICHEL, *Gesetz und Richterspruch*, Zürich, 1915, p. 37. Sobre as teses fundamentais expressas pela jurisprudência dos interesses conforme HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* (1914), *Das Problem der Rechtgewinnung* (1912), *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (1932), ora reimpressos no volume organizado por R. Dubischar, Bad Homburg v.d. Höhe-Berlin-Zürich, 1968, especialmente pp. 46 e ss., 150 e ss., 172 e ss., 198 e ss. Conforme, ainda, EDELMANN, *op. cit.*, pp. 53 e ss., 92 e ss.; CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin, 1969, p. 35 e ss.; KRIELE, *op. cit.*, p. 205 e ss.

da norma que a renderiam idônea a constituir a premissa maior de um silogismo. Além disso, as escolhas que esse tipo de interpretação comporta não seriam formalizáveis segundo um modelo rigorosamente lógico-dedutivo.¹⁸ Trata-se, substancialmente, não da demonstração da falsidade da representação silogística do juízo, mas da negação de que seja oportuno que o juiz opere mediante silogismos, uma vez que isso tornaria impossível a realização concreta dos valores em que a interpretação da lei e, em geral a decisão, deveriam se inspirar.

A crítica radical à doutrina do silogismo judicial – não mais no plano deontológico, mas no ontológico¹⁹ – conduzida de tal modo a envolver toda e qualquer possível configuração lógica do juízo, provém, por outro lado, daquelas doutrinas que – mesmo que diversíssimas entre si por origens culturais, metodologia e objetivos perseguidos – têm em comum a negação da racionalidade do juízo e, portanto, da possibilidade de determinação de um esquema lógico que se possa assumir como paradigma geral do próprio juízo. Assim, partindo de premissas de caráter pragmatista, os maiores expoentes do realismo jurídico, tanto norte-americano como escandinavo, negam decididamente que o juízo resulte de um procedimento lógico em que seja possível determinar de modo unívoco as regras que ligam as premissas à conclusão, colocando em primeiro plano os elementos extralógicos que

¹⁸ O ponto de partida comum às correntes antipositivistas que se difundem a galope entre o século XIX e o século XX é a negação do dogma fundamental de que partia a tradicional doutrina positivista, sobre a ausência de lacunas no ordenamento (sobre a qual conforme o amplo estudo de A. G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Turim, 1962, especialmente pp. 35 e ss., 143 e ss.), por pressupor que sempre o critério de decisão da lide pudesse determinar-se na norma geral e abstrata (com a consequência de que a decisão deveria ter sido formulada segundo o mecanismo silogístico). Afirmando, vice-versa, a liberdade do juiz na escolha do critério de decisão da lide (critério que, por não ser necessariamente “normativo” não deveria consistir necessariamente em uma regra “geral”), as correntes em questão visavam a propor um esquema de juízo não fundado em premissas normativas gerais, e, portanto, não efetuáveis segundo a estrutura da dedução silogística. Daí ser a abordagem orientada não tanto no sentido de afirmar que o juízo não é um silogismo, mas sim no de sustentar que esse, por desenvolver-se segundo as exigências a que responde, não *deveria ser* um silogismo.

¹⁹ Diferentemente daquilo que tendiam a afirmar as correntes recordadas nas notas precedentes, a negação do esquema silogístico no plano ontológico (ao invés do deontológico) implica não a negação da *validade* do silogismo como método de juízo, mas sim a negação da *verdade* da representação silogística do juízo: isso é, assere-se não que o juízo “não deva” ser um silogismo, mas que o juízo “não é” (ou “não pode ser”) um silogismo. Nesse sentido, conforme, p. ex., COOK, *Legal Logic*, 31 Col. L. R., 1931, p. 108 e ss.; LEVI, *An Introduction to Legal Reasoning*, 15 U. Chi L. R., 1948, p. 501 e ss.; COSSIO, *Phenomenology of the Decision*, in *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Mass., 1948, p. 381 e ss.; BELLUSSI, *La justification en droit*, in *Le raisonnement juridique. Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale*, Bruxelles, 1971, p. 230; BAUMANN, *Wahrheit der Urteilsgründe*, in *N.J.W.*, 1957, p. 1017. Para ulteriores menções, e sobre a crítica à validade metodológica do modelo silogístico, conforme cap. IV, §1.

incidem na formação da decisão e que desempenham um papel essencial na determinação da “realidade” do juízo.²⁰

Na cultura jurídica europeia, ao invés disso, o ataque às construções logicistas do juízo não parte tanto da exigência de descobrir sua realidade empírica por baixo das formas lógicas,²¹ mas sim de premissas de caráter filosófico e político que representam a nota dominante a partir do final do século XIX.²² Na Alemanha, o surgimento da premissa irracionalista – que tem uma explicação filosófica que pode ser encontrada na reação ao hegelia-

²⁰ Por parte dos realistas norte-americanos, por realidade do juízo entende-se prevalentemente realidade psicológica: nesse sentido conforme especialmente FRANK, *op. cit.*, p. 100 e ss.; ID., *What Courts Do in Fact*, in 26 *Ill. L. E.*, 1932, p. 645 e ss.; ID., *Words and Music*, in 47 *Col. L. R.*, 1947, p. 1259 e ss. (sobre as teorias de FRANK conforme CAHN, *Jerome Frank's Fact Skepticism and Our Future*, in 66 *Yale L. J.*, 1957, p. 824 e ss.; PAUL, *The Legal Realism of Jerome N. Frank*, The Hague, 1959, p. 51 e ss.; VOLKOMER, *The Passionate Liberal: The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, The Hague, 1970, p. 47 e ss.). Sobre a concepção do juízo nos realistas conforme ainda LLEWELLYN, *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*, Boston-Toronto, 1960, pp. 57 e ss., 201 e ss. e *passim*; ID., *Jurisprudence*, cit., pp. 101 e ss., 128 e ss., 167 e ss.; ID., *A Realistic Jurisprudence – The Next Step*, in 30 *Col. L.R.*, 1930, p. 431 e ss.; ID., *Some Realism about Realism*, in 44 *Harv. L.R.*, 1931, p. 1222 e ss.; DICKINSON, *Legal Rules: Their Function in the Process of Decision*, in 79 *U. Penn. L.R.*, 1931, p. 833; OLIPHANT, *A Return to Stare Decisis*, in 14 *A.B.A.J.*, 1928, pp. 71 e ss., m 159 e ss.; FRANK, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949, p. 123 e ss.; COHEN, *op. cit.*, p. 5 e ss.; RADIN, *Legal Realism*, in 31 *Col. L.R.*, 1931, p. 824 e ss.; TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, pp. 151 e ss., 165 e ss.; RUMBLE, *op. cit.*, pp. 48 e ss., 107 e ss.; REICH, *op. cit.*, p. 82 e ss.; COING, *Neue Strömungen in der Nordamerikanischen Rechtsphilosophie*, in 38 *A.R.S.P.*, 1949, p. 536 e ss., WEISS, *Die Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt a.M., 1971, p. 62 e ss. Sobre as matrizes filosóficas do realismo jurídico conforme LÖFFENHOLZ, *Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus*, Meisenheim-Glan, 1961; RUMBLE, *op. cit.*, p. 4 e ss.; TARELLO, *op. cit.*, p. 26 e ss.; WEISS, *op. cit.*, pp. 28 e ss., 41 e ss. Em particular sobre a concepção intuicionista do juízo conforme HUTCHESON, *The Judgment Intuitive: The Function of the “Hunch” in Judicial Decision*, in 14 *Corn. L.Q.*, 1929, p. 274 e ss. Para as teses enunciadas sobre os realistas escandinavos conforme, p. ex., ROSS, *Diritto e giustizia*, tr. it. de G. Gavazzi, Turim, 1965, p. 128 e ss.

²¹ Foi recentemente sublinhado (conforme WEIMAR, *Psychologische Strukturen richterlicher Entscheidung*, Basel-Stuttgart, 1969, pp. 16, 27) que também no sentido em que apareceram mais frequentemente as críticas ao esquema silogístico, ou seja, aquele de evidenciar os componentes psicológicos do juízo, faltaram tentativas sérias e orgânicas de pesquisa, de modo que tais críticas se limitam a ser meras sugestões sem se traduzir em soluções alternativas. Trata-se de uma valoração inerente à doutrina germânica, que, entretanto, pode ser estendida à situação geral (conforme WROBLEWSKI, *Il modello teorico dell'applicazione della legge*, tr. it. in *Riv. int. fil. dir.*, 1967, p. 22): as únicas exceções consideráveis, na Europa, são representadas pelo próprio estudo de WEIMAR recém citado, e pelo de BOHNE, *Zur Psychologie der richterlichen Urzeugungsbildung*, Köln, 1948 (especialmente p. 50 e ss.).

²² Para a colocação das correntes antipositivistas em seu contexto filosófico e cultural conforme FASSÒ, *op. cit.*, vol. III, pp. 231 e ss, 261 e ss.; BRÜGGEMANN, *op. cit.*, p. 49 e ss.; em particular para a escola do direito livre conforme LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 278 e ss., 356 e ss., n. 495.

nismo, ao neokantismo e ao positivismo, mas que entra com frequência em singular consonância com a orientação política dominante²³ – pressiona por um lado diversos autores a colocarem o acento nos momentos irracionais presentes na decisão, fora das formas racionalizantes com que essa é motivada²⁴ e, por outro lado, produz, em um âmbito mais geral, uma difundida postura de repulsão quanto às configurações logicistas do juízo.²⁵

Na Itália, o impulso irracionalista é menos evidente,²⁶ mas o papel dominante assumido em nosso panorama cultural pelo neidealismo e pelo

²³ Sobre as tendências do irracionalismo alemão nas primeiras décadas do século XX, como nota dominante da cultura na Alemanha imperial e nazista, conforme LUKACKS, *La distruzione della ragione*, tr. it., II Ed., Torino, 1964, pp. 403 e ss., 532 e ss.; sobre o tema conforme, ainda, COLOTTI, *La Germania nazista*, II Ed., Turim, 1962, p. 19 e ss. Sobre a conexão entre as doutrinas jurídicas antipositivistas e a ideologia do nazismo conforme GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e La teoria giuridica generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, p. 33; ALLORIO, *La vita del diritto in Itália*, in *Jus*, 1950, p. 39; MANIGK, *Neubau des Privatrechts*, Leipzig, 1938, p. 70 e ss.; SCHWINGE, *Der Methodenstreit in der heutigen Rechtswissenschaft*, Bonn, 1930, p. 14 e ss.

²⁴ Para sugestões mais ou menos amplas nesse sentido conforme, p. ex., HECK, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz* cit., p. 46 e ss.; STAMMLER, *Rechtsphilosophie*, 3 Aufl., Berlin, 1928, p. 293 e ss.; ISAY, *op. cit.*, pp. 25 e ss., 85 e ss., 120 e ss., 177 e ss. e *passim*; RUMPF, *Gesetz und Richter*, Berlin, 1906, pp. 90 e ss., 193 e ss.; HELLWIG, *Zur Psychologie der richterlichen Urteilstätigkeit*, Stuttgart, 1914, *passim*; ALSBERG, *Das Weltbild des Strafrichters*, Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930, p. 2 e ss.; SCHMITT, *Gesetz und Urteil*, 2 Aufl., München, 1969, p. 1 e ss. O autor que mais profundamente advertiu sobre o peso dos fatores irracionais da decisão foi BENDIX (conforme os diversos ensaios ora recolhidos no volume *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*, organizado por M. Weiss, Neuwied-Berlin, 1968, sobre o qual a minha resenha in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 650 e s.); ele destaca-se, todavia, das abordagens correntes porque põe em relevo tais fatores não para lhes exaltar, mas para individuar a realidade concreta, frequentemente desoladora, que se colhia detrás das ficções legalistas e logicistas de que se valia o nascente regime totalitário.

²⁵ Em época mais recente, um exemplo significativo de semelhante abordagem é dado pelo pensamento de SCHEUERLE, *Rechtsanwendung*, Nurnberg-Düsseldorf, 1952, p. 63 e ss. e *passim*, que estuda a atividade do juiz, utilizando amplamente os instrumentos da psicologia de um ponto de vista introspectivo, e individuando a categoria dos “atos de fantasia cognoscitiva”. Conforme, ainda, RIEZLER, *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*, 2 Aufl., München, 1946, p. 26 e ss.

²⁶ Essa circunstância parece devida essencialmente a duas ordens de fatores, nenhum dos quais, de resto, implica uma consciente tomada de posição contra as doutrinas irracionalistas. O primeiro é dado pelo fato de que o provincianismo da cultura italiana na primeira metade do século XX, ao passo que impede a importação das doutrinas filosóficas dos países anglo-saxônicos (empirismo, pragmatismo), além daquela dos estudos epistemológicos gerais, impede, ou ao pelo menos limita de modo relevante, também a difusão do irracionalismo de matriz alemã, de modo que sua influência na Itália segue escassa, e passa através da mediação da cultura alemã, em que os pontos de partida convivem, de resto, com um positivismo residual e com tendências de derivação idealista. O segundo fator, talvez mais ocasional, mas não menos importante, é dado pelo prevalecimento entre os juristas italianos de uma abordagem antifilosófica (conforme CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova,

espiritualismo induz os juristas, muito relutantes em abandonar o tradicional agnosticismo filosófico, a ainda afrontar o problema do juízo com os já envelhecidos instrumentos de racionalização fornecidos pela silogística ou, uma vez refutados tais instrumentos, com uma impressionante pobreza e confusão de premissas metodológicas.²⁷ Disso resulta, como consequência, que a doutrina do silogismo judicial, enquanto é em grande parte conservada de modo puramente dogmático, aparece por vezes criticada não no sentido de construir modelos racionais do juízo mais articulados e evoluídos, mas em uma perspectiva de genérica e superficial dissolução da racionalidade do juízo.²⁸

1955, pp. 1-64, e, entre os processualistas, a opinião expressa por CARNELUTTI, *I giuristi e la filosofia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1923, II, p. 183 e ss.), o qual, ao passo que constitui o ponto de força da continuação, na dogmática, do positivismo clássico, representa um forte obstáculo à penetração das tendências filosóficas em questão. Substancialmente, se e na medida em que os juristas italianos não aderiram abertamente aos postulados irracionistas difundidos na cultura europeia do tempo, isso ocorreu porque não tiveram de modo imediato a ocasião cultural para fazê-lo; tratou-se, portanto, de uma manifestação de conformismo em relação às ideias tradicionais, mais do que a consciência crítica (sobre o momento e as razões por que os juristas tendem a romper o *impasse* antifilosófico, conforme CAIANI, *op. cit.*, pp. 8 e ss., 68 e ss.).

²⁷ Isso vale, em particular, para o único processualista que enfrentou com empenho o problema da estrutura do juízo, ou seja, CARNELUTTI (entre cujas obras, sobre o problema do juízo conforme especialmente: *Teoria generale del diritto*, III Ed., Roma, 1951, p. 364; *Arte del diritto*, Padova, 1949, p. 63 e ss.; *Diritto e processo*, cit., p. 212 e ss., além de muitos ensaios recolhidos no vol. II dos *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1953). Ele colhe, de fato, com clareza o ponto da distinção entre juízo e silogismo, mas, excluída a possibilidade de reduzir o primeiro ao segundo, deve enfrentar o problema de determinar a influência do juízo com bases diversas daquelas tradicionais, e é justamente nesse ponto que se torna cristalina a ausência de instrumentos conceituais adequados. Onde teria sido oportuna a análise tipológica dos juízos conhecidos à lógica e à epistemologia (nesse sentido, a propósito da doutrina carneluttiana, conforme CAIANI, *op. cit.*, p. 103 e ss., que, de resto, acompanha as suas críticas a uma genérica apreciação excessivamente favorável), e onde a análise lógico-estrutural teria tido que colher as características essenciais de tais juízos e seu modo de concatenar-se na atividade do juiz, Carnelutti posta-se diante do juízo jurídico como se estivesse diante de uma entidade simples, mônada, imóvel e absoluta, na tentativa de colher-lhe a essência somente com a intensidade da observação. Esse tipo de exame, carente de suportes metodológicos adequados, produz alguma fragmentária intuição significativa, mas acaba geralmente oscilando entre a mera divagação etimológica e uma espécie de misticismo em que o juízo não é objeto de análises, mas de postulações do transcendente.

²⁸ A perspectiva em que mais claramente é operada a completa dissolução do problema é delineada por CAPOGRASSI nas reflexões sobre o conceito de experiência jurídica (conforme *Intorno al processo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1938, p. 252 e ss.; *Il quid ius e Il quid iuris in una recente sentenza*, agora em *Opere*, Milano, 1959m vol. V, p. 19, vol. V, p. 19 e ss.; *Giudizio processo scienza verità*, agora *ibidem*, vol. V, p. 51 e ss.; *Prefazione* a Lopes de Oñate, *La certezza del diritto*, rist., Roma, 1950, agora *ibidem*, vol. V, p. 77 e ss.; *Il diritto dopo la catastrofe*, agora *ibidem*, vol. V, p. 151 e ss.; *Il problema della scienza del diritto*, agora *ibidem*, vol. II, p. 503 e ss.), em que se pretende individuar a estrutura do juízo mediante referências genéricas às noções indefinidas de certeza, verdade e justiça, colocadas