ANA DE LOURDES COUTINHO SILVA

**ESTUDO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NO
SÉCULO DA JURISDIÇÃO: UMA REAVALIAÇÃO DO MOMENTO
JURISPRUDENCIAL DO DIREITO**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como
exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em
Direito, sob orientação do Prof. Dr. Antonio Carlos
Marcato

FACULDADE DE DIREITO DA USP

SÃO PAULO

2010

“Ivan Karamazov said that if God does not exist everything is permitted, and traditional legal thinkers are likely to say that if legalism (legal formalism, orthodox legal reasoning, a ‘government of laws not men’, the ‘rule of law’ as celebrated in the loftiest Law Day rhetoric, and so forth) does not exist everything is permitted to judges – so watch out! Legalism does exist, and so not *everything* is permitted. But its kingdom has shrunk and grayed to the point where today it is largely limited to routine cases, and so a great deal *is* permitted to judges” (Richard Posner, *How judges think*, 2008)

RESUMO

Trata-se de tese de doutorado em que a autora faz um estudo sobre a motivação das decisões judiciais, no intuito de analisar as peculiaridades que a argumentação jurídica adquiriu em um momento de intensa criação judicial do direito e de valorização dos precedentes judiciais.

A primeira parte do trabalho avalia a concepção atual de jurisdição em contraposição à visão clássica, focalizando os reflexos da argumentação jurídica na jurisdição do Estado contemporâneo.

A segunda parte aborda o perfil do julgador no século que se convencionou chamar de *século da jurisdição*. É discutida a função criativa que o juiz desempenha diante da interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e os limites da criatividade judicial em face do dever constitucional de motivar as decisões.

Na terceira etapa do estudo são feitas considerações acerca do perfil histórico da motivação, especificamente a exigência da motivação da sentença no processo civil romano, no direito canônico e, por último, a influência das fontes lusitanas sobre a motivação da sentença no direito brasileiro.

Na quarta parte, a autora mostra uma perspectiva constitucional da motivação, garantia em um Estado Democrático de Direito e manifestação do devido processo legal substancial, como limitação do poder jurisdicional.

A quinta parte examina a motivação sob a perspectiva da técnica processual, com diversos subitens, onde são estudados, dentre outros aspectos, o conteúdo da motivação, a motivação e os julgamentos feitos com base na equidade, com base em súmula vinculante e com a utilização de máximas da experiência. Há um item específico sobre vício da motivação e coisa julgada. Analisa-se também a deficiência da motivação como fator de atraso da prestação jurisdicional, as recentes reformas legislativas processuais e a valorização dos precedentes judiciais e, finalmente, a nítida aproximação que vem ocorrendo entre o nosso sistema de *civil law* com o sistema de *common law*.

A sexta e última parte do trabalho aborda o que a autora denomina de *momento jurisprudencial do direito*. No primeiro subitem, percorre-se todo o trajeto desde a codificação até a superação do modelo positivista e o aumento do espaço para o papel criativo dos julgadores. No segundo subitem, é feito um enfoque da motivação no contexto do direito moderno, mostrando a insuficiência do raciocínio silogístico na aplicação do direito e a busca pelo juiz do resultado mais justo para a solução do caso concreto, concluindo por uma mudança de paradigma na era *pós-positivista*, que coloca a motivação das decisões no *rol das prioridades* no estudo do processo civil e obriga a uma releitura da sua função e importância.

Palavras-chave: motivação, argumentação jurídica, jurisdição, pós-positivismo, precedentes judiciais, criação judicial do direito.

SUMMARY

This is a doctorate thesis in which the author studies the reasoning of legal decisions in order to analyze the peculiarities acquired by legal argumentation in a moment of intensive judicial creation of law and appreciation of precedents.

The first part of the work evaluates the current concept of jurisdiction as opposed to the classic view, focusing on the effects of legal argumentation in the jurisdiction of contemporaneous States.

The second part deals with the profile of judges in the so-called jurisdiction century. The author discusses the creative function performed by judges when interpreting general clauses and undetermined concepts as well as the limits on judicial creativity given the constitutional duty according to which decisions have to be reasoned.

In the third phase of the studies, the author considers the historic profile of reasoning, specifically the requirement for sentences to be reasoned in Roman civil procedure, in canon law, and finally the influence of Portuguese sources concerning the reasoning of legal decisions on Brazilian law.

In the fourth part, the author shows a constitutional perspective on reasoning, as a guarantee in a Democratic State characterized by Rule of Law and an expression of substantial due process of law that limits jurisdictional power.

The fifth part examines reasoning under the perspective of procedural technique and contains several sub-items that study, among other aspects, the contents of reasoning, reasoning and equitable judgements, judgements based on binding precedents and judgements based on experience principles. There is a specific item on defective reasoning and *res judicata*. The author also analyzes the deficiency in reasoning as a factor contributing to delays in the jurisdictional activity, recent changes in procedural laws and appreciation of precedent and finally how our civil law system is clearly becoming closer to the common law system.

The sixth and final part of the work approaches what the author calls *law's precedent moment*. In the first sub-item, the author goes all the way from codification to the moment in which the positivist model is left behind and there is more room for the creative role of judges. In the second sub-item, reasoning is focused in the context of modern law, showing the insufficiency of syllogistic thinking when applying the law and how judges are now seeking the most just results to solve actual cases. The conclusion of the author is in favor of changes in paradigm in the *post-positivist* era placing judgement reasoning as a *priority* in the study of civil procedure and forcing its role and importance to be revisited.

Keywords: reasoning, legal argumentation, jurisdiction, post-positivist, precedents, judicial creation of law.

RIASSUNTO

Si tratta della tesi di dottorato in cui l'autrice fa uno studio sulla motivazione delle decisioni giudiziali, nell'intuito di analizzare le peculiarità che l'argomentazione giuridica ha acquisito in un momento di intensa creazione giudiziale del diritto e di valutazione dei precedenti giudiziali.

La prima fase del lavoro valuta la concezione attuale della giurisdizione in contrapposizione alla visione classica, focalando i riflessi dell'argomentazione giuridica dello Stato contemporaneo.

La seconda parte si riferisce al profilo del giudice nel secolo che si è convenzionato chiamare di secolo della giurisdizione. È discussa la funzione creativa che il giudice ha effettuato dinanzi dell'interpretazione di clausole generali e concetti indeterminati ed i limiti della creatività giudiziale davanti al dovere costituzionale di motivare le decisioni.

Nella terza tappa dello studio sono fatte considerazioni sul profilo storico della motivazione, specificamente l'esigenza della motivazione della sentenza nel processo civile romano, nel diritto canonico e, per ultimo, l'influenza delle fonti lusitane sulla motivazione della sentenza nel diritto brasiliano.

Nella quarta parte, l'autrice mostra una prospettiva costituzionale della motivazione, garanzia in uno Stato Democratico di Diritto e manifestazione del dovuto processo legale sostanziale, come limitazione del potere giurisdizionale.

La quinta parte esamina la motivazione sotto la prospettiva della tecnica processuale, con diverse voci, ove sono studiati, fra altro, il contenuto della motivazione, la motivazione e i giudizi fatti con base nell'equità, nelle sumole vincolanti e con l'utilizzo di massime di esperienza. C'è una voce specifica sul vizio della motivazione e cosa giudicata. Si analizza inoltre la deficienza della motivazione come fattore del ritardo della prestazione giudiziale, le recenti riforme legislativi e la valutazione dei precedenti giudiziali e, finalmente, la nitida vicinanza fra il nostro sistema di civil law ed il sistema di common law.

La sesta ed ultima parte del lavoro si riferisce a quello che l'autrice chiama di momento giurisprudenziale del diritto. Nella prima voce, si percorre tutto il tragitto dalla codificazione fino alla superazione del modello positivista e l'aumento dello spazio per il ruolo creativo dei giudici. Nella seconda voce, è fatto un rilievo della motivazione nel contesto del diritto moderno, mostrandol'insufficienza del ragionare silogistico nell'applicazione del diritto e la ricerca dal giudice del risultato più giusto alla soluzione del caso concreto, concludendo per un cambiamento di paradigma nell'era postpositivista, che mette la motivazione delle decisioni nell'elenco delle priorità nello studio del processo civile ed obbliga ad una rilettura della sua funzione ed importanza.

Parole chiave: motivazione, argomentazione giuridica, giurisdizione, postpositivista, precedenti giudiziali, creazione giudiziale del diritto.

SUMÁRIO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA ESCOLHIDO	10
2. A JURISDIÇÃO NO INÍCIO DO TERCEIRO MILÊNIO.....	14
2.1. A visão clássica acerca da jurisdição	14
2.2. A passagem do Estado liberal para o Estado constitucional e seus reflexos sobre a jurisdição	21
2.3. A jurisdição no terceiro milênio: uma concepção atual	28
2.4. Judicialização e ativismo judicial: reflexos da argumentação jurídica na jurisdição do Estado contemporâneo. A chamada <i>legitimidade argumentativa</i>	36
3. O JULGADOR DO SÉCULO DA JURISDIÇÃO	42
3.1. A figura do juiz: considerações gerais	42
3.2. O papel do juiz na época da crise das fontes do direito: a “desentronização” da lei	47
3.3. A função criativa do juiz.....	55
3.4. Limites da criatividade judicial: o dever constitucional de motivar	61
4. MOTIVAÇÃO: PERFIL HISTÓRICO	70
4.1. A motivação da sentença no processo civil romano	70
4.1.1. Períodos do processo civil romano: período da <i>legis actiones</i> , período <i>per fomulas</i> e período da <i>extraordinaria cognitio</i>	72
4.1.2. O regime do <i>Ordo iudiciorum privatorum</i>	74
4.1.2.1. Período das ações da lei	76
4.1.2.2. A ausência de motivação das sentenças no período das <i>legis actiones</i>	77
4.1.2.3. O período formular. A <i>Lex Aebutia</i> e a <i>Lex Julia</i>	80
4.1.2.4. A sentença e o processo formular. A inexistência de motivação	82
4.1.3. O processo no sistema da <i>Cognitio extra ordinem</i>	84
4.1.3.1. A motivação da sentença no período da <i>extraordinária cognitio</i>	86
4.1.4. Exemplos extraídos das fontes históricas sobre a prática da motivação da sentença no processo civil romano	88
4.1.5. Conclusões	92
4.2. Aspectos da motivação da sentença no processo civil canônico.....	93
4.2.1. Nota introdutória	93
4.2.2. O direito canônico	95

4.2.3. A sentença e a motivação à época da consolidação do direito canônico (séculos XIII-XV)	97
4.2.3.1. Aspectos da evolução histórica	97
4.2.3.2. Da sentença e da inexistência de motivação à época da consolidação do direito canônico.....	99
4.2.4. A sentença no processo civil canônico.....	100
4.2.5. O requisito da “certeza moral” previsto no cânone 1.608, parágrafo 1º do Código Canônico	101
4.2.6. A motivação e a sentença no processo civil canônico.....	102
4.3. As fontes lusitanas e a motivação da sentença no direito brasileiro	105
5. MOTIVAÇÃO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....	108
5.1. A exigência constitucional da motivação das decisões (CF, art. 93, IX).....	108
5.1.1. A garantia constitucional da motivação e o Estado Democrático de Direito	111
5.2. Devido processo legal substancial: a motivação como forma de limitação do poder jurisdicional.....	115
6. MOTIVAÇÃO: PERSPECTIVA DA TÉCNICA PROCESSUAL	119
6.1. O princípio processual da motivação	119
6.2. A motivação das decisões judiciais.....	125
6.2.1. O conteúdo da motivação	130
6.2.2. Motivação insuficiente, deficiente e ausência de motivação.....	135
6.2.3. Motivação e máximas da experiência	140
6.2.4. A motivação e o julgamento com equidade	143
6.2.5. A motivação e o julgamento com base em súmula vinculante.....	148
6.3. Vício da motivação e coisa julgada.....	150
6.3.1. Considerações iniciais	150
6.3.2. Aspectos da teoria das nulidades no Direito Civil e no Direito Processual Civil	152
6.3.2.1. Teoria das nulidades no Direito Civil	152
6.3.2.2. Sistema de invalidades processuais.....	153
6.3.2.3. Sistema da legalidade instrumental.....	155
6.3.3. Sistema de nulidades relativo à sentença	158
6.3.3.1 Classificação dos vícios que atingem as sentenças (Barbosa Moreira)	159
6.3.4. Nulidades processuais e a exigência constitucional da motivação – Precedentes dos Tribunais Superiores	163
6.3.5. Vício da motivação e ação rescisória	166

6.4. A deficiência da motivação como fator de atraso da prestação jurisdicional	170
6.4.1. Os despachos e decisões incompreensíveis proferidos em primeiro grau.....	171
6.4.2. A sentença e a necessidade de especificação sobre a recusa de alguns ou de todos os argumentos das partes	174
6.4.3. Os julgamentos em segundo grau e as regras do artigo 515, parágrafos 1º e 2º do CPC	178
6.4.4. Os embargos de declaração e o acesso aos Tribunais Superiores. A questão do prequestionamento	181
6.5. A motivação e as reformas legislativas processuais: a valorização da fundamentação de decisões repetidas e dos precedentes judiciais	188
6.5.1. O artigo 285-A e o julgamento de plano das demandas repetitivas	189
6.5.2. A súmula impeditiva de recurso (CPC, art. 518, parágrafo 1º.)	192
6.5.3. A súmula vinculante.....	194
6.5.4. A repercussão geral no recurso extraordinário.....	197
6.5.5. Julgamento por amostragem (recursos repetitivos) (CPC, arts. 543-B e 543-C)	201
6.6. Aspectos da motivação das decisões na interpretação e aplicação do direito nos sistemas da <i>common law</i> e da <i>civil law</i>	203
6.6.1. Abordagem introdutória sobre a doutrina dos precedentes judiciais: aproximação <i>civil law</i> e <i>common law</i>	204
6.6.2. Dever de motivação das decisões judiciais. Sistema da <i>civil law</i> e da <i>common law</i>	209
6.6.3. Motivação e motivos na mecânica da aplicação do precedente judicial ao caso em julgamento no sistema da <i>common law</i> e no sistema da <i>civil law</i>	211
6.6.3.1. <i>Ratio decidendi</i>	212
6.6.3.2. <i>Dictum</i> ou <i>Obiter Dictum</i>	213
6.6.3.3. Mecânica da aplicação do precedente na <i>common law</i>	214
6.6.3.4. Motivo, motivação e a força vinculante do precedente.....	215
6.6.3.5. <i>Distinguishing</i> , <i>Overruling</i> e <i>Reversal</i>	216
6.6.4. Interpretação e aplicação dos precedentes e da lei nos sistemas da <i>common law</i> e da <i>civil law</i> : variação do grau de abstração	217
6.6.5. Conclusões	219

7. O MOMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: A FORÇA CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA.....	222
7.1. Da era da codificação para o século da jurisdição	225
7.1.1. A importância dos precedentes judiciais antes das codificações.....	225
7.1.2. O movimento da codificação: contexto histórico. O pensamento positivista.....	227

7.1.3. A superação do modelo positivista.....	231
7.1.4. A legislação por meio das chamadas cláusulas abertas: uma necessidade do legislador do nosso tempo.....	234
7.1.5. <i>Ativismo legislativo</i> e o aumento do espaço para o papel criativo dos juízes	238
7.2. A motivação no contexto do direito moderno.....	241
7.2.1. A insuficiência do silogismo: a aplicação do direito na era neocontemporânea. Do positivismo ao direito mais justo para o caso concreto.....	241
7.2.2. A lógica jurídica de Chaim Perelman.....	247
7.2.3. A <i>nova retórica</i> de Perelman e a teoria da argumentação.....	250
7.2.4. A tópica jurídica de Theodor Viehweg	253
7.2.5. A motivação como forma de controle da criação judiciária do direito	257
7.2.6. O momento jurisprudencial do direito: pequena casuística.....	262
7.2.7. Mudança de paradigma e revalorização da motivação das decisões judiciais	283
8. A TÍTULO DE CONCLUSÃO	289
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	295

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA ESCOLHIDO

A era da codificação parece ter ficado para trás, com a superação da supremacia absoluta da lei. Estamos no século XXI, o *século da jurisdição*, marcado pela criatividade judicial e pela valorização dos precedentes judiciais.

Nicola Picardi aponta para “*la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*”, em que se percebe “*uno stato d’animo tendente a rivalutare il momento giurisprudenziale del diritto*”¹.

Adverte **Gaetano Silvestri** sobre “*la ‘detronizzazione’ della legge*”, quando “*il giudice se avvia sempre di più a diventare quello che i giuristi medievali chiamavano il Rechtsfinder, colui che trova il diritto, e lo trova faticosamente, prendendolo da una parte o da un’altra, ma soprattutto tenendo conto della Costituzione*”².

Desde o Estado Liberal e a chegada do movimento da codificação, com a ideia do juiz como mero aplicador da lei, reproduzindo a vontade do legislador, percorremos um longo caminho até desembocarmos no Estado Social, voltado para a realização dos direitos fundamentais e para a promoção da justiça social a todos.

A jurisdição assume então novos contornos e exige uma postura criativa do julgador.

Nada é tão irreal hoje como considerar o juiz apenas a *boca da lei*, como queria **Montesquieu** em sua visão formalista e legalista do direito, quando se acreditava caber ao julgador valer-se de um mero raciocínio silogístico para resolver todos os conflitos, pois todas as respostas estariam obrigatoriamente na lei.

A insuficiência do silogismo para que o juiz aplique o direito no ato de julgar tornou-se evidente há muito tempo.

Em uma concepção contemporânea, a análise do dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional é feita à luz das disposições constitucionais, com ênfase nos resultados que a atividade jurisdicional produz.

¹PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all’alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 1-2.

²SILVESTRI, Gaetano. Il ruolo del giudice in un’epoca di crisi delle fonti del diritto. In: I PROFESSIONISTI della giustizia: la formazione degli operatori dell’amministrazione della giustizia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2007. p. 27 e 29.

O processo, dentro da visão processualística moderna, é instrumento para a realização do direito material, um *processo de resultados*.

A tutela reclamada pelos jurisdicionados destina-se a amparar novos direitos envolvidos em conflito, disciplinados por normas abertas que exigem uma interpretação criativa do julgador para reconhecê-los e concretizá-los.

A edição de normas fechadas, dentro do contexto histórico da época da Revolução Francesa, vedava uma mínima margem de interpretação por parte do julgador, como forma de resguardar os direitos alcançados pela burguesia, descrente de um Judiciário que privilegiava com suas decisões a vontade dos nobres, dando origem à teoria do silogismo.

Mas a velocidade com que as mudanças sociais aconteceram não permitiu ao legislador acompanhá-las todas, prevendo-as em textos legais que pudessem servir como regramento para cada situação da vida.

Passou o legislador a editar normas abertas, outorgando um verdadeiro *mandato* aos juízes, obrigados a exercitar amplamente sua capacidade criativa na interpretação de cláusulas gerais e conceitos indeterminados e a colaborar com a criação e desenvolvimento do próprio direito.

De mero aplicador da lei, como almejavam os positivistas, o julgador foi chamado a interpretar leis com alto grau de abstração, preenchendo lacunas, esclarecendo significados, desempenhando um papel novo, “*non solo di interpretare in senso próprio il diritto positivo ma di fare da ponte tra questo e le ormai rapidissime trasformazioni*”³.

Desde o fim da Segunda Guerra Mundial até os nossos dias vem sendo ressaltada a busca por uma justiça substancial, de equitatividade, como uma reação ao positivismo jurídico, que eliminava do direito qualquer referência à idéia de justiça ⁴ e voltava-se tão-somente para o direito posto ⁵.

Novos tempos e novos direitos trouxeram a necessidade de mudanças.

O processo de globalização, rápido e intenso, levou a um novo conceito do que seja jurisdição, definiu um novo papel para o juiz, mais humano e menos preocupado com a

³ROSELLI, Orlando. Introduzione dei lavori. In: I PROFESSIONISTI della giustizia: la formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia, cit., p. 16.

⁴PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 91.

⁵LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. Método. 2006. p. 50.

letra da lei, mais atento à qualidade da tutela que irá outorgar àquele que tem razão e, mais ainda, à concretização dessa tutela.

Acima de tudo, colocou em relevo a motivação das decisões judiciais.

Modernamente, o julgador se vê às voltas com uma árdua tarefa de interpretar textos jurídicos e de promover a sua contínua adaptação às recentes e variadas necessidades sociais na procura daquilo que é *justo*. E a justiça das decisões, “representada pela solução juridicamente adequada à situação concreta, é o fim último e a razão de ser da atividade jurisdicional”⁶.

A preocupação de encontrar a solução mais justa para o caso concreto obriga o juiz a multiplicar os argumentos que justificam o seu julgamento.

O controle do correto desempenho da atividade criativa na interpretação/aplicação do direito é feito por meio da motivação, onde constam os argumentos que justificam os *porquês* das escolhas feitas pelo julgador.

No *século da jurisdição*, o estudo da motivação ganha considerável importância e adquire novos contornos.

A velocidade das mudanças sociais não permitiu ao Poder Judiciário acompanhá-las todas com a rapidez exigida dos julgamentos, que devem conciliar a necessária celeridade na prestação jurisdicional com os freios da segurança jurídica.

O alvorecer do século XXI encontra um Judiciário em crise, assoberbado, lutando contra o tempo que torna de pouca ou de nenhuma utilidade a prestação jurisdicional tardia. Para alguns, *um Poder fora do tempo*, com uma *tradição paralisante*⁷, em que a lentidão burocrática dos cartórios judiciais constitui verdadeiro *non sense*⁸.

⁶BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2006. p. 129.

⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. de acordo com a Reforma do Judiciário, 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1 e 6.

⁸“E continua a girar a roda da fortuna, cada vez mais rapidamente. Agora, já não se pauta pelo toque das horas – na era da internet, do pulsar dos bytes, a medida do tempo é o segundo, microssegundo, até. Não mais que um simples toque do indicador aciona a varinha mágica do mouse – é o quanto basta para obter a informação instantânea, a imagem panorâmica do mundo, das galáxias. No século dos satélites, tudo urge: a lentidão burocrática dos cartórios parece mesmo verdadeiro *non sense*...” (Prefácio do Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal ao livro do Ministro Cesar Asfor Rocha, *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008).

Recentes reformas legislativas processuais, que buscaram viabilizar soluções mais céleres e efetivas, resultam de uma inegável valorização dos precedentes judiciais e de posições já consolidadas em jurisprudência, como, por exemplo, a do artigo 285-A do Código de Processo Civil, referente ao julgamento das demandas repetitivas, que podem ser julgadas pelo juiz singular com apreciação do mérito, se improcedente o pedido, independentemente da citação do réu, caso haja “*sido proferida no juízo sentença de total improcedência em outros casos idênticos*”.

A chamada súmula impeditiva de recursos prevista no artigo 518, parágrafo 1º do CPC, nessa mesma linha de prestigiar os precedentes judiciais, obsta o recebimento do recurso já em primeiro grau de jurisdição, se o inconformismo por ele veiculado conflitar com súmula dos nossos Tribunais Superiores.

A introdução da súmula vinculante (CF, art. 103-A) veio atribuir força normativa aos precedentes vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Os julgamentos demandam rapidez, sendo impossível se aguardar por sucessivas mudanças legislativas disciplinando de forma exaustiva todas as situações da vida, de modo que a criação judicial convive com o direito positivo, mesmo no nosso sistema de *civil law*, onde historicamente prevalece o monopólio da lei, em inequívoca aproximação com o sistema de *common law*.

Merece, pois, uma detida reflexão o fenômeno diário da criatividade judicial, externado por meio da interpretação feita pelos juízes e julgadores de nossos Tribunais, e a crescente valorização da motivação, que põe em relevo um *momento jurisprudencial do direito*.

Em um retorno a uma visão substancial de *justiça*, a motivação das decisões e a qualidade do seu conteúdo passam para o *rol das prioridades* no estudo do processo civil e obrigam a uma releitura da sua função e importância.

2. A JURISDIÇÃO NO INÍCIO DO TERCEIRO MILÊNIO⁹

“Alguns conceitos de Direito têm sido, num sentido peculiar, evoluções históricas. Nesses departamentos, a história tenderá a dar direção ao desenvolvimento. Em outros departamentos, certos conceitos amplos e fundamentais, que a teoria comparativa do Direito mostra serem comuns a outros sistemas altamente desenvolvidos, sobressaem entre todos os demais. Nestes, daremos um alcance maior à lógica e à simetria. Há também um vasto campo em que as normas podem ser estabelecidas de um jeito ou de outro. Aqui, o costume tende a afirmar-se como a força controladora a orientar a escolha de caminhos. Finalmente, quando as necessidades sociais demandam uma decisão em vez de outra, há momentos em que precisamos distorcer a simetria, ignorar a história e sacrificar o costume na busca de outros e maiores fins” (**Benjamin N. Cardozo**, *A natureza do processo*, p. 46).

2.1. A visão clássica acerca da jurisdição

Em sua atividade, o Estado desempenha três funções fundamentais: a de legislar, a de administrar e a de julgar.

É certo que o poder do Estado é um só, mas com uma divisão de funções: função executiva, função legislativa e função judiciária. Na lição de **Cândido Dinamarco**, a jurisdição não é um poder ao lado de possíveis outros poderes que o Estado tenha e distinto deles: ela é uma das expressões do poder estatal¹⁰.

O Estado edita regras de comportamento destinadas a disciplinar a convivência entre as pessoas, regulamentando-a por meio de normas estatais.

Essas regras de comportamento integram o chamado Direito Material, que regula as relações das pessoas em vários aspectos da vida, ou seja, as relações jurídicas¹¹.

Dessa previsão abstrata de comportamentos decorrem direitos e obrigações para as pessoas. E o descumprimento dessa regulação gera consequências.

⁹O nome do capítulo guarda relação com o nome do livro de PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit.

¹⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 116. Segundo o autor, “O Estado não tem poderes, mas um só poder. O poder estatal define-se, como é caro à ciência política, como capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões” (op. cit., p. 116).

¹¹Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, quando uma das relações entre os homens é regulada pela “vontade da lei, qualifica-se como relação jurídica” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 9).

Quando essas regras não são devidamente cumpridas, surge a *crise*¹², que deverá ser resolvida, a fim de que seja restabelecido aquele comportamento previsto na norma, ainda que esse comportamento tenha que ser obtido coercitivamente.

A jurisdição é a atividade estatal, ao lado da atividade legislativa e da atividade administrativa, que aplica a regra coercitivamente para resolver as *crises*, hipóteses de patologia que devem ser solucionadas.

Quando as normas jurídicas não são espontaneamente observadas, podem ser coercitivamente impostas por meio de órgãos do Estado, que garantirão o seu cumprimento. E isso se dá por meio da jurisdição, que assegura a atuação do ordenamento jurídico ao caso concreto, complementando a função legislativa.

Assim, “al pari della legislazione, la giurisdizione costituisce una manifestazione del potere sovrano dello Stato: nell’esercizio della funzione legislativa lo Stato si manifesta nell’atto di porre le norme giuridiche, nell’esercizio della funzione giurisdizionale nell’atto di assicurare l’attuazione di quelle norme”¹³.

A *juris dictio*, “como ação de dizer o direito, está inevitavelmente ligada ao *imperium*”, poder que pertence ao juiz de concretizar e fazer aplicar o direito¹⁴, mesmo contra a vontade daquele que a tanto estaria obrigado¹⁵.

¹²*Crises jurídicas* é expressão utilizada por Cândido Dinamarco ao se referir às diferentes situações lamentadas por aquele que toma a iniciativa de vir em juízo pedir a tutela jurisdicional, dividindo-as em *crises de certeza*, *crises de adimplemento* e *crises das situações jurídicas* (DINAMARCO, Cândido Rangel. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. v. 3, p. 196 e *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v. 2, p. 149).

¹³Cf. LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 10.ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 4.

¹⁴LOPES, José Mouraz. Apresentação. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 13-18, jan./abr. 2007. Anota Ovídio Baptista da Silva que “o Digesto mostra que o iudex, recebendo do Praetor, por delegação, a função de iudicare, fazia-o com base no império do poder delegante (D.1, 21,3). Este texto, aliás, deu a Pugliese, oportunidade de derrubar outro mito, qual seja, a crença da separação, que se supõe radical, entre iurisdictione e imperium, pressuposta a função somente declaratória da jurisdição. Escreveu o grande romanista, ‘La tesi dell’assoluta indipendenza della iurisdictione dall’imperium appare insostenibile di fronte a una serie di testimonianze, delle quali emerge invece la connessione tra i due poteri, anzi la dipendenza ‘logica’ della iurisdictione dall’imperium, per cui, ad. es., in caso di delega della iurisdictione, si diceva che il delegatario pronunciava in base all’imperium del delegante’ (Il processo civile romano – Le legis actiones, cit. p. 163)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A iurisdictione romana e a jurisdição moderna*. p. 3. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009).

¹⁵Segundo Cappelletti, são as *virtutes passivas* ou *limites processuais* que diferenciam o processo jurisdicional dos procedimentos legislativo e administrativo, que não pode ser iniciado *ex officio*, mas precisa aguardar a provocação do interessado, condição sem a qual o juiz não pode exercer em concreto o poder jurisdicional (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 76).

O escopo magno da jurisdição é pacificar pessoas¹⁶, eliminando conflitos com justiça¹⁷, conclusão que deriva de um exame do sistema processual pelo seu *ângulo externo e metajurídico*, com ênfase na utilidade do sistema processual em face do que se passa na vida em sociedade¹⁸.

Com a visão instrumentalista, abandonou-se aquela outra puramente jurídica e passou-se a uma visão externa daquilo que o processo pode trazer de bom para as pessoas, onde sobressai o seu valor social como elemento de pacificação, “razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade”¹⁹.

A finalidade básica da jurisdição, como função estatal, é, pois, fazer atuar corretamente as normas, cuja obediência interessa ao Estado como forma de alcançar a almejada paz social. E “aí está a instrumentalidade que se pretende existente. Quanto mais o provimento jurisdicional se aproxima da vontade do direito substancial, mais perto estará da verdadeira paz social”²⁰.

Mas até que se visse na jurisdição uma função pacificadora do Estado diante de situações conflituosas²¹, algumas teorias buscaram explicá-la e defini-la, voltadas apenas para o resultado jurídico do processo²².

¹⁶CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 24-25. Os escopos da jurisdição são os escopos do processo, aqui no sentido de sistema processual.

¹⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 128.

¹⁸Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 125-126.

¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 128. A respeito dos escopos sociais, políticos e jurídicos da jurisdição, confirmam-se p. 128-136 da mesma obra. Também CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 24-25, resumindo os três escopos: “a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopo político); c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)”.

²⁰Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 12, para quem o escopo da atividade jurisdicional é a “atuação da vontade da norma, quer para afirmá-la, quer para torná-la efetiva” (op. cit., p. 27).

²¹Cf. Cesar Asfor Rocha: “é prevenindo e eliminando os conflitos que a sociedade humana assegura a ordem e a paz social, e o suporte para tanto é o Direito, visto aqui como sistema normativo de regras de conduta, de observância geral e imperativa, sob pena de sanções” (ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*, cit., p. 22-23).

²²Acerca do escopo jurídico da jurisdição de atuar o direito, tem-se que, por meio da função jurisdicional, busca o Estado “fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 133).

Para **Chiovenda**, adepto da teoria dualista, a jurisdição, como função da *soberania* do Estado²³, teria por escopo “a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”²⁴.

A jurisdição, portanto, segundo **Chiovenda**, objetivaria a atuação prática da vontade da lei, ideia que foi seguida por **Liebman**, para quem a jurisdição seria “a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”²⁵.

Na visão chiovendiana, o verdadeiro poder estatal estaria na lei e a jurisdição somente se manifestaria a partir da revelação da vontade do legislador. Assim, o juiz apenas aplicaria a vontade da lei ao caso concreto²⁶.

Já para **Carnelutti**, que adotava premissas unitárias, a jurisdição buscaria a justa composição da lide, um regramento concreto para aquele conflito de interesses²⁷.

O juiz, por meio da sentença, criaria a norma individual para o caso concreto, mediante “um processo de adequação da norma – já existente – ao caso concreto”, sem, todavia, criar um direito que ainda não existiria²⁸.

²³“Soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1, p. 4).

²⁴CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 3.

²⁵LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1, p. 7.

²⁶Para Luiz Guilherme Marinoni, “Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação. Recorde-se que, na doutrina do Estado liberal, aos juízes restava simplesmente aplicar a lei ditada pelo legislador. Nessa época, o direito constituía as normas gerais, isto é, a lei. Portanto, o legislativo criava as normas gerais e o judiciário as aplicava. Enquanto o legislativo constituía o poder político por excelência, o judiciário, visto com desconfiança, se resumia a um corpo de profissionais que nada podia criar” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 33-34).

²⁷Várias seriam as razões, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, pelas quais não se pode aceitar a conclusão de Carnelutti. Primeiro, porque o conceito de lide (*conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida*) retrata uma visão sociológica do fenômeno, uma vez que nem todo conflito pode estar reproduzido no processo, mas apenas parte dele, “caso em que somente parte da lide será objeto daquele”. Também não poderia haver conflito de interesses, pois, se interesse é definido como a posição favorável à satisfação de uma necessidade, não poderia haver duas posições favoráveis, “visto que a de um excluiria a do outro”. E, finalmente, porque há relações jurídicas que, ainda que quisessem, os participantes não teriam como fazer atuar espontaneamente a norma de direito material e teriam que recorrer ao Estado-guardião, mesmo na ausência de lide (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 26).

²⁸Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1, p. 36-37. Conclui o ilustre processualista que “as concepções de que o juiz atua a

Também **Calamandrei**, que aderiu à teoria unitária do ordenamento jurídico, sustentava que *a lei se individualizaria por meio da sentença*, o que leva à conclusão, anotada por **Marinoni**, de que, embora filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, as concepções de **Carnelutti** e de **Calamandrei**, não se afastaram da idéia de que a função do juiz estaria estritamente subordinada à do legislador, devendo apenas declarar a lei: “Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, *mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico*, enquanto, para as demais, a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”²⁹.

A definição de jurisdição envolve, segundo **Cândido Dinamarco**, três aspectos, enquanto *poder, função e atividade*.

Como *poder*, é a capacidade dos órgãos jurisdicionais de decidir imperativamente e de impor as suas decisões, atributo exclusivo dos órgãos jurisdicionais estatais. Como *função*, tem por escopo principal, não aquele de dizer o direito, mas o de pacificar com justiça. A função jurisdicional decorre do dever estatal de tutelar os direitos. E como *atividade*, a jurisdição é “o conjunto de atos do juiz no processo”³⁰.

A jurisdição é *expressão do poder estatal*, e por *poder*, em sentido amplo, entenda-se “a *capacidade de produzir os efeitos pretendidos* (ou simplesmente de alterar a probabilidade de obter esses efeitos), seja sobre a matéria ou sobre as pessoas”, efeitos esses que não são necessariamente obtidos “pela força, ou indução, ou ameaça, sendo essencial, contudo, que o Estado disponha de meios adequados para impô-los”³¹.

Na visão defendida por **Cândido Dinamarco**, o encaixe da jurisdição na estrutura do poder estatal remete à ideia do *poder* como *elo entre o sistema processual e a política*, definida esta como “o *processo de escolhas axiológicas e fixação dos destinos do Estado*”.

vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam na mesma fonte, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada” (*Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 37).

²⁹MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 39.

³⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. Os institutos fundamentais do direito processual, cit., p. 116, ao se referir ao triplice aspecto da jurisdição.

³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005. p.102.

Essas decisões políticas devem ser impostas (*capacidade física de execução*), sob pena de ineficácia, mediante o exercício da jurisdição³².

A existência de disputas e conflitos é ínsita à convivência humana, o que gera a necessidade de que a sociedade tenha meios para solucioná-los.

Com a proibição da autotutela, impedindo os indivíduos de realizar seus interesses por suas próprias mãos, o Estado reservou com exclusividade para si o *poder* e ainda o inescusável *dever* de tutelar os direitos. Quando um preceito legal deixa de ser cumprido, o Estado deve proporcionar meios aptos a proporcionar a entrega do bem da vida a quem ele seja devido, o que é feito por meio da jurisdição. O Estado substitui as partes, decide imperativamente qual a norma aplicável ao caso concreto e impõe essa sua decisão³³.

O monopólio estatal da função jurisdicional tem suas raízes no Estado Absolutista, marcado pela centralização do poder, da produção do Direito, de modo que o ordenamento jurídico estatal refletia a vontade do príncipe unificador de todas as ordens³⁴.

Com a crise do Estado Absoluto e a chegada do Estado Liberal, pregando a separação das funções do Estado, o enfraquecimento do Judiciário perante os demais poderes e o fortalecimento da burguesia, buscou-se controlar o poder do príncipe, sendo certo que, no apogeu do Liberalismo, “a produção do Direito foi fortalecida, na medida em que se conferia a máxima legitimidade aos legisladores, em contrapartida ao enfraquecimento da aplicação do Direito, o que se devia à desconfiança que se tinha dos julgadores, que, segundo a lição de MONTESQUIEU, deveriam ser apenas *a boca da lei*”³⁵.

E é nesse contexto que se justificam as teorias desenvolvidas por **Chiovenda** e **Carnelutti**, que tentaram explicar a função do juiz segundo os valores predominantes da época e que, por isso, se não podem ser tidas como equivocadas, o que constituiria “um erro derivado de uma falsa compreensão de história”, não têm, e nem poderiam ter mais relação alguma com a realidade do Estado contemporâneo³⁶.

³²DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 100-101.

³³Cf. SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Jurisdição e poder: um enfoque pela releitura da inafastabilidade da jurisdição em face dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. In: VILHENA, João Batista (Coord.). *Processo civil: análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS Ed., 2008.

³⁴Cf. ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*, cit., p. 36.

³⁵ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*, cit., p. 38.

³⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 22.

Dentro da doutrina política da *separação de poderes*, que apregoava a figura de um juiz que teria a função de apenas reproduzir as palavras da lei, sem uma mínima margem de interpretação, justifica-se plenamente a teoria de **Chiovenda** da jurisdição como simples declaração da vontade da lei, cabendo ao juiz simplesmente revelá-la.

Hoje, todavia, tais ideias não mais se justificam: o exercício da jurisdição no Estado constitucional obriga a uma aplicação do direito à luz dos valores assegurados pela Constituição, por meio de interpretações criativas orientadas pelo critério do justo e do equitativo e segundo os valores sociais vigentes, que devem nortear o novo papel que se exige do juiz.

O trabalho diário do julgador mostra, de forma evidente, a impossibilidade de uma atuação sua meramente *recognitiva*, contestada pela própria realidade ³⁷.

O Estado Constitucional “supera a simples idéia do Estado legalista para buscar a interpretação que objetiva a axiologia constitucional e a implementação de programas constitucionais que conduzem à justiça. É uma maneira de enxergar além da positividade do conteúdo constitucional”, de forma que “o resultado da interpretação constitucional deve sempre refletir a busca da justiça”³⁸.

Dentro de uma perspectiva histórica, vê-se que a jurisdição assumiu, no tempo e no espaço, significados e valores diversos, de modo que, “Ripercorrendone la storia ci rendiamo conto che tale nozione, come del resto le istituzioni giudiziarie in genere, non

³⁷“Por mais que se tente defender a teoria dualista do ordenamento jurídico, a atuação meramente *recognitiva* do julgador é desmentida pela realidade, pelo que se vê dia a dia na prática forense” (MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999. p. 22). Cândido Rangel Dinamarco, partidário da postura dualista, opôs-lhe algumas *ressalvas*, amenizando anterior posicionamento após defender sua tese de cátedra nesta Faculdade, por ele observadas em Direito e processo. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., t. 2, nota de rodapé 17, p. 70: “Neste estudo, divulgado em 1970, estive adstrito à colocação puramente jurídica da problemática teleológica do sistema processual. Hoje, na linha de uma tendência desabridamente instrumentalista, venho afirmando a existência e prevalência metodológica de *escopos sociais e políticos*, acima desse puramente jurídico. Também proponho uma colocação menos radical do próprio escopo jurídico: embora nada crie o juiz institucionalizadamente, ele opera no processo e perante as situações jurídicas trazidas a este, como canal de comunicação entre a realidade axiológica da sociedade em que vive e a sua própria sentença (com o resultado de que sua atividade, no conjunto, pode acabar por conduzir o direito por caminhos não predispostos nos desígnios do legislador) (cfr. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., n. 18 ss., p. 149 ss)”. Apontando essa *relativização* do contraste entre a teoria dualista e a unitária feita pelo professor Dinamarco, conclui Marco Antonio Botto Muscari que, “Nessa ‘relativização’ certamente se avista o reconhecimento (ao menos parcial) da intensa participação do juiz no processo de criação da norma jurídica concreta, em vez de simplesmente *declarar-lhe* o sentido” (*Súmula vinculante*, cit., p. 24).

³⁸MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 118 e 103.

sono creazioni arbitrarie, ma il risultato della razionalità umana e delle circostanze particolari nelle quali essa opera in concreto”³⁹.

Examinemos, pois, a jurisdição nesse novo contexto do Estado Constitucional.

2.2. A passagem do Estado liberal para o Estado constitucional e seus reflexos sobre a jurisdição

O Estado liberal, também chamado de Estado legalista ou positivista, nasceu no século XIX com a ascensão da burguesia, antecedido de movimentos filosóficos que contestavam o poder absoluto monárquico (“*ancien régime*”) ⁴⁰.

Desde a Segunda Guerra Mundial, houve toda uma evolução até chegarmos ao chamado Estado Constitucional, ou Estado de Direito Constitucional: “De governo de homens (Estado absoluto) evoluímos para o governo das leis (Estado legalista) e deste estamos nos dirigindo para o governo do Direito”⁴¹.

Somente com o Iluminismo e o jusnaturalismo racionalista, explica **Gustavo Binenbojm**, é que surge o constitucionalismo moderno, consagrando a idéia de separação dos poderes do Estado, como forma de contê-los, e de proteção de direitos individuais, “que precediam ao próprio Estado e deveriam ser reconhecidos pela ordem jurídica”⁴².

A transição do Estado liberal para o Estado social trouxe uma alteração significativa na concepção do Estado e de suas finalidades, que, como afirma **Ada Pellegrini Grinover**, passa a atender ao bem comum e a satisfazer direitos fundamentais, estes já como a

³⁹PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 14-15.

⁴⁰GOMES, Luiz Flávio. Do Estado de direito legal ao transnacional. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 12, nov. 2008.

⁴¹GOMES, Luiz Flávio. Do Estado de direito legal ao transnacional, cit., p. 12. Observa o professor a necessidade de se estudar hoje o Estado de Direito constitucional com o complemento da *transnacionalidade*, sob pena de se “conhecer apenas metade do que se deve saber”, citando como referências no direito brasileiro o aspecto internacional do Estado de Direito constitucional apenas recentemente observado nos votos do Ministro Gilmar Mendes, RExtr n. 466.343-SP e do Ministro Celso de Mello, HC n. 87.585-TO, do Supremo Tribunal Federal.

⁴²BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001. p. 3. “Consagram-se, nesse momento inicial, os chamados *direitos humanos de primeira geração*, que representam, em essência, limites à intervenção do Estado na esfera individual. Tais direitos impõem ao Poder Público um dever de abstenção, sendo por isso identificados como liberdades negativas (liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de associação, liberdade de locomoção, livre iniciativa econômica)” (p. 4, sem itálico no original).

segunda geração de direitos fundamentais (direitos econômico-sociais), de modo que ao dever de abstenção do Estado substituiu-se seu dever a um *dar, facere, praestare*, por intermédio de uma atuação positiva e que realmente permitisse a fruição dos direitos de liberdade da primeira geração, assim como dos novos direitos ⁴³.

E quando o Estado, para atingir os *objetivos fundamentais* relacionados no artigo 3º da Constituição Federal – aos quais a ilustre processualista acrescenta o *princípio da prevalência dos direitos humanos* (CF, art. 4º, II) – tem que se organizar no *facere* e *praestare*, esse “Estado social de direito transforma-se em Estado democrático de direito”⁴⁴.

A Constituição, além “de seu papel de instância meramente limitativa do poder (Constituição-garantia), assume a feição de um amplo programa de reformas econômicas e sociais a serem compulsoriamente concretizadas pelas legislaturas e pelos governos (Constituição-programa ou Constituição dirigente)”⁴⁵.

A passagem do Estado liberal para o Estado constitucional⁴⁶, preocupado em proporcionar justiça social a todos, trouxe um correspondente aumento dos poderes do juiz,

⁴³GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto Correa (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p. 110. Para Gustavo Binbenbojm, “a extensão do sufrágio a parcelas crescentes da população” e a crescente demanda por mudanças, “resulta na consagração de novos direitos – os direitos humanos da segunda geração. Surgem, assim, os chamados direitos sociais (direitos trabalhistas, direito à saúde, à educação), que passam a exigir do Estado a realização de prestações positivas no sentido de garantir o bem estar dos cidadãos. (...) O constitucionalismo de então formata juridicamente a passagem do Estado Liberal para o Estado sócio, traçando programaticamente as políticas públicas a serem implementadas e os objetivos sócio-econômicos a serem alcançados pela sociedade” (BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização, cit., p. 5-6, destaquei em itálico).

⁴⁴GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cit., p.112. Em um Estado Democrático de Direito, “não basta ao juiz apenas atuar concretamente a lei na solução de um conflito de interesses. A ele, quando no exercício da atividade jurisdicional, compete controlar essa mesma lei a partir dos princípios constitucionais – dentre eles os direitos fundamentais –, com o objetivo de assegurar legitimidade à tutela jurisdicional (legitimação quanto ao conteúdo). Para tanto, parece óbvio que o raciocínio a ser empreendido pelo magistrado deverá considerar os *significados* desses mesmos princípios constitucionais e direitos fundamentais” (DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. A tutela jurisdicional no Estado democrático de direito: algumas notas. In: _____; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro*: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 448).

⁴⁵BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização, cit., p. 6.

⁴⁶O Estado Constitucional, “que não se confunde com o simples Estado de Direito, baseado na legalidade”, é “o ambiente propício para o desenvolvimento de uma racionalidade prática, do tipo material, iluminada por uma lógica dialética, em que a legalidade é superada pela juridicidade, finalizada para alcançar a justiça do caso, a determinar mais intenso diálogo e, portanto, maior necessidade de cooperação” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Prefácio. In: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais,

chamado a desempenhar funções que antes não lhe incumbiam, mas sim ao legislador ou à administração.

Houve um sensível reforço do papel da jurisdição, agora verdadeiro *poder judicial*, que, conforme expõe **Perfecto Andrés Ibañez**, derivou das experiências constituintes que se seguiram na Europa após a derrota dos fascismos, quando ficou expresso “o propósito de fazer da legalidade um limite às eventuais degradações da política. A elas se deve o facto da Constituição encarnar uma instância normativa. Como diz Ferrajoli, uma esfera de direito(s) de carácter imperativo, não apenas para o juiz, mas também em momento anterior para o legislador”⁴⁷.

Cercado por uma legislação abundante em algumas matérias e deficiente ou ausente em outras, e diante de mudanças sociais jamais imaginadas pelo legislador, coube ao juiz assumir funções que não lhe competiam, e sim a outros órgãos do Estado. Com isso, adquiriu também maiores responsabilidades na função que já possuía de julgar

Ao suprir lacunas do texto legal, sanar antinomias do próprio ordenamento ou interpretar e aplicar normas integradas por cláusulas gerais e por conceitos indeterminados, o juiz é chamado, na situação concreta que lhe é apresentada para julgamento, a prestar a tutela jurisdicional, fazendo uma escolha dentre as várias soluções possíveis que se apresentam e demonstrando o acerto da solução dada por meio da justificativa que a legitima, contida na motivação⁴⁸.

lógicos e éticos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 10. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; v. 14. Coord. Luiz Guilherme Marínioni e José Roberto dos Santos Bedaque). Para José Joaquim Gomes Canotilho, o Estado merece o qualificativo "constitucional" quando "a constituição, informada pelos princípios materiais do constitucionalismo - vinculação do Estado ao direito, reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais, não confusão de poderes e democracia - é uma *estrutura política conformadora do Estado*" (as palavras em itálico são de Martin Redish), ou, dito de outra forma, o Estado é constitucional quando "a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p.87-90). Mais adiante (p. 92), o autor conclui que "o Estado só se concebe hoje como **Estado Constitucional**" (com negrito no original).

⁴⁷ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. A profissão de juiz, hoje. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 34, jan./abr. 2007.

⁴⁸ “É uma graça divina, como pensou ouvir José Saramago, o grande escritor português, no diálogo mantido entre Deus e Jesus, que a lei não tenha uma vontade, mas inúmeras vontades, ou inúmeros ‘sentidos’ que essa ‘vontade’ poderá assumir, a serem revelados pelo intérprete, segundo suas circunstâncias históricas e as exigências políticas e sociais de seu tempo, de modo a harmonizar o texto, imperfeita expressão gráfica da norma – com as expectativas humanas contemporâneas ao julgador que a deva aplicar” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*. p. 5. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009).

São os juízes, com suas interpretações, que preencherão os espaços dos textos legais, esclarecendo-os, integrando-os e transformando-os, fazendo-os atuar concretamente por meio de um trabalho diário de aplicação do direito.

Assiste-se, como observa **Ovídio Baptista da Silva**, a um retorno da jurisdição moderna à *iurisdictio* romana, mais precisamente ao período do direito romano clássico⁴⁹, período em que várias eram as fontes do direito⁵⁰, o que favorecia o caráter criativo da jurisprudência.

Naquela época, a principal fonte do direito não era a norma geral e abstrata, cujo cumprimento era imposto pelo soberano, e daí o apontado retorno da jurisdição moderna às fontes romanas, pois, no período clássico, em vez de serem aplicadas “normas jurídicas legislativamente constituídas, era através da *iurisdictio* que a norma individual, a ser observada no caso concreto, era criada, literalmente criada, ao menos nas fases mais primitivas do direito romano”. Assim, ao pretor, e não ao *iudex*, cabia apontar a norma que regularia o caso (*dicere ius*), mas não com base em um sistema legal existente e vigente à época. Já o *iudex* se limitava a ‘aplicar’ o direito que o pretor lhe indicara⁵¹.

Nessa ordem de idéias, verifica-se hoje uma maior atividade criativa por parte dos magistrados, a quem não está mais reservada uma função de simplesmente declarar aquilo que foi colocado pelo legislador.

Havendo um “movimento natural entre o Direito e a sociedade”, e, para que o Direito produza resultados efetivos, o juiz “deixa de ser simples especialista em soluções formais para se transformar em agente de modificação e promoção da justiça reclamada pelo nosso Estado”⁵².

⁴⁹Trata-se da fase do chamado processo formulário, quando houve a bipartição da fase *in iure*, perante o Pretor, e a segunda fase, *apud iudicem*, confiada ao *iudex*. Na primeira, as partes compareciam perante o Pretor, que, após ouvi-las, “se considerasse, numa sumária cognição, as alegações do autor merecedoras de tutela jurídica, concedia-lhe uma fórmula – daí a referência a ‘processo formulário’, característico do período republicano, iniciado no II. século antes de Cristo -, expressa num documento escrito no qual o Pretor dava instruções ao *iudex* de como proceder para afinal julgar a causa, através de uma sentença” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A iurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 5).

⁵⁰“Dentre as fontes do direito, inclui Gaio (Inst. 1, 3), além da lei, dos senatusconsultos e das constituições imperiais, as respostas dos prudentes” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A iurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 1).

⁵¹SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A iurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 2-3.

⁵²MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*, cit., p. 111 e 134.

Buscando razões para essa complementação da produção do direito por obra dos juízes, que foi percebida com nitidez por **Cappelletti** ⁵³, e da ampliação do âmbito de atuação dos julgadores, é categórica a conclusão, quase profética, de **Nicola Picardi**: “*Possiamo dire che ci troviamo ormai in presenza di un consolidato fenomeno di giurisdizionalizzazione di tutta una serie di attività sociali, che sembravano, almeno in parte, devolute ad altri poteri dello Stato. In definitiva, la situazione attuale, lungi dal presentare carattere congiunturale, sembra porsi in una prospettiva di lunga durata, tanto da assumere la dignità di una fase storica*” ⁵⁴.

Com a ampliação do âmbito de atuação dos juízes, a jurisdição assumiu novos contornos. A atividade jurisdicional não pode mais ser prestada por um juiz que seja simplesmente *la bouche de la loi*.

Aliás, de há muito que à jurisdição bastava apenas dizer o direito. Com a alteração do perfil do Estado, da evolução da sociedade e com a consequente aparição de novos direitos, “modificaram-se as razões de demandar e as expectativas em relação à justiça civil”, de sorte que não basta hoje, em termos de tutela de direitos, dizer o julgador qual das partes tem o direito, mas deve tornar efetivo o comando contido nas sentenças⁵⁵.

As fórmulas abstratas da lei não trazem todas as respostas e há uma alteração do paradigma jurídico que, como anota **Luís Roberto Barroso**, na modernidade, passara da lei para o juiz, e agora se transfere para o caso concreto, “para a melhor solução singular ao problema a ser resolvido”⁵⁶.

⁵³“Em suma, o esclarecimento que se torna necessário é no sentido de que, quando se fala dos juízes como criadores do direito, afirma-se nada mais do que uma óbvia banalidade, um truísmo privado de significado: é natural que toda interpretação seja criativa e toda interpretação jurídica ‘law making’. Ainda nas palavras de Lord Radcliffe: ‘jamais houve controvérsia mais estéril do que a concernente à questão de se o juiz é criador do direito. É óbvio que é. Como poderia não sê-lo?’” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 24-25).

⁵⁴PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 12-13.

⁵⁵MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: ARMELIN, Donaldo; BONICIO, Marcelo J. M.; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Comentários à execução civil*: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. VII. Acrescenta o prefaciador que, “o sistema de distribuição de justiça não pode sobreviver sem uma estratégia executiva idônea. O Estado não pode desincumbir-se do seu dever básico de dar tutela aos direitos sem uma engrenagem executiva que dê suporte à atividade dos juízes. (...). Ainda que os esquemas tradicionais possam não se dar conta, o processo civil, nos dias presentes, é muito mais execução do que declaração” (op. cit., p. VII).

⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Coord.). *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 5.

A própria ideia, ainda hoje predominante, da jurisdição como emanção da soberania e uma das funções fundamentais do Estado, vem sendo questionada e já se convida a pensar a *jurisdictio* separadamente do *imperium*, dentro do contexto do novo fórum judicial transnacional ⁵⁷.

Dentro do que **Nicola Piccardi** denomina de *crise do modelo tradicional de justiça*, decorrente do progressivo aumento dos poderes do juiz que culminou com uma mudança nas relações entre o Poder Judiciário e outros sujeitos e poderes institucionalizados, tornando incertos os limites entre jurisdição e legislação ou entre jurisdição e administração, indaga o autor italiano se o juiz encontra, ainda hoje, a sua própria legitimidade na soberania do Estado, “*oppure se si vada ormai delineando una linea di tendenza diretta a distaccare la giurisdizione dall’apparato statale e ad erigere il giudice a controllare anche del corretto esercizio delle funzioni da parte degli stessi poteri statuali*” ⁵⁸.

⁵⁷“Se uma ordem jurídica se define pelo *imperium* que confere aos juízes, isto é, a força executória que atribui às suas decisões, a função da justiça consiste igualmente em interpretar o direito à luz de casos particulares, em aplicá-lo de forma convincente e racional. É a outra vertente da sua missão: a *jurisdictio*. Tradicionalmente, estes dois aspectos do trabalho judicial são indissociáveis: formam o poder e a autoridade da sentença. Mas o que acontece a estas funções no contexto do novo fórum judicial transnacional? Uma vez que, por vezes, se desenrola à margem dos mecanismos institucionais, este fórum convida a pensar na *jurisdictio* separadamente do *imperium* e a conceber o valor de uma norma jurídica privada de força vinculativa.(...) A força normativa do direito que se concretiza no processo já não reside apenas numa ordem hierárquica inteiramente adstrita à vontade política expressa por um legislador nem nos precedentes que forneceriam ao julgamento um fundamento histórico, rigoroso e sólido. A autoridade advém, actualmente, de um comércio transfronteiriço entre juízes iguais. Estes optam pela horizontalidade do intercâmbio em detrimento da verticalidade legiscêntrica ou da anterioridade do precedente” (ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget Ed., 2006. p. 71-72. (Coleção Direito e Direitos do homem, sob a direcção de António Oliveira Cruz).

⁵⁸PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 15. Para Luiz Flávio Gomes, há três palavras-chaves que podem exprimir as evoluções do Estado, do Direito e da Justiça: “legalidade, constitucionalização e transnacionalização. Cada uma delas corresponde a uma onda evolutiva. Uma quarta onda, neste princípio de novo milênio, também já começa a ser vislumbrada: trata-se do Estado de Direito global (que já conta com seus primeiros ordenamentos jurídicos e órgãos supraleais: Estatuto de Roma e TPI, ONU e Tribunal de Justiça Internacional etc.)” (GOMES, Luiz Flávio. Do Estado de direito legal ao transnacional, cit., p. 12). Também Luís Roberto Barroso fala da *decadência do conceito tradicional de soberania no plano internacional*: “As fronteiras rígidas cederam à formação de grandes blocos políticos e económicos, à intensificação do movimento de pessoas e mercadorias e, mais recentemente, ao fetiche da circulação de capitais. A globalização, como conceito e como símbolo, é a manchete que anuncia a chegada do novo século” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 3). Nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho, em entrevista dada em março de 2008 à Revista Diálogos & Debates da Escola Paulista da Magistratura, há hoje uma *concorrência dos ordenamentos jurídicos, para a escolha do Direito*: “Há o Direito do Brasil, de Portugal, da Espanha, e esse Direito era considerado de soberania do Estado. O problema é que hoje ‘compram-se’ os ordenamentos jurídicos. Uma empresa desloca trabalhadores de um lado para o outro e os submete a um novo ordenamento, porque as leis de trabalho lá são mais razoáveis, porque as leis fiscais são mais atraentes. Escolhem-se as legislações mais atraentes, escolhem-se as Constituições. O que me preocupa hoje é esse mundo global, essa concorrência em termos

Com todas as rápidas mudanças que se sucederam e o advento do Estado contemporâneo, o novo papel do julgador do nosso tempo, que deve se desincumbir da tarefa de distribuir justiça de forma equânime e à luz das normas constitucionais, inevitável que o conceito de jurisdição seja redefinido, de modo a espelhar o momento atual e os valores hoje predominantes em nossa sociedade.

Não basta ao juiz, a pretexto de estar aplicando a letra fria da lei, concluir que assim estará fazendo justiça, principalmente quando se sabe que a lei mais atende a interesses políticos e econômicos, sem maior compromisso com aquilo que é justo. Ao juiz cabe a responsabilidade de dar ao enunciado abstrato a melhor interpretação perante o caso concreto.

Há um resgate da importância do *ideal* de justiça, tema que, nas palavras de **Gregório Robles**, por culpa da *mentalidade positivista*, fora jogado no *limbo da ideologia*, do *não científico*, mas que agora vem sendo resgatado e colocado no seu devido lugar, por meio das *decisões jurídicas*⁵⁹.

Todas essas circunstâncias apontam para uma superação do *normativismo em prol do jurisprudencialismo*, ficando aqui a pergunta de **Ovídio Baptista da Silva** sobre se a jurisdição saberá se desincumbir da tarefa que a História nos impõe e vencer esse desafio⁶⁰.

quase de mercado das regras do Direito” (p. 15). Também em palestra proferida em 29.10.2009 na Escola Superior da Magistratura de São Paulo, Gregório Robles, filósofo e professor espanhol, ao discorrer sobre “Pluralidade de ordenamentos jurídicos e aplicação judicial do direito”, afirmou que o direito comunitário europeu penetra no ordenamento dos Estados membros, que com isso abrem mão, não da soberania, mas de “parcelas de soberania”, de modo que o direito comunitário passa a integrar o texto do ordenamento estatal.

⁵⁹ ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. São Paulo: Ed. Manole, 2005. p. 62. Segundo o filósofo espanhol, o tema da justiça deve ser tratado dentro da teoria da decisão, que, por obra do positivismo, fora esquecido e desprezado, mas que recentemente vem recebendo seu merecido destaque. A justiça, afirma ele, é “um aspecto da decisão, é aquilo que devemos decidir porque nossa razão nos impõe” (op. cit., p. 62).

⁶⁰ O autor faz referência, além da tendência à jurisprudência observada por Nicola Picardi, a uma constatação de Castanheira Neves, “ao dizer que nos orientamos para o jurisprudencialismo, superando ou tentando superar os normativismos. Todavia, diz o ilustre jusfilósofo português, ‘o juiz convocado ao juízo nestes termos é o juiz do jurisprudencialismo e a sua jurisdição a de uma validade problemático- concretamente realizada neste modo judicativo’” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 9).

2.3. A jurisdição no terceiro milênio: uma concepção atual

A violação das normas de conduta traçadas pelo direito material impõe a atuação do dever estatal de prestar a tutela jurisdicional, pacificando os conflitos.

Com a elaboração das leis, afirma **Liebman**, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Embora a lei dite as regras de conduta que devem ser observadas pelos membros da sociedade, essas normalmente possuem conteúdo geral e abstrato, de modo que “é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estreita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, é necessário, sempre que falte a observância espontânea, identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos”⁶¹.

O fenômeno da globalização interferiu no próprio modo de entender o direito, de forma que “a nova ordem sócio-econômica, poliédrica e multicêntrica, transporta alterações na própria compreensão da realidade e na capacidade da ordem jurídica para dar resposta às exigências de um tempo que se precipita em permanente futuro”⁶².

A incapacidade do legislador de disciplinar todas as situações da vida que se apresentam e de tipificar toda a variedade de direitos materiais tornou-se evidente.

A análise do dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional faz-se hoje à luz das disposições constitucionais, com ênfase nos resultados que a atividade jurisdicional produz⁶³.

É ao Judiciário que cabe o dever de prestar a tutela reclamada, atuando, dessa forma, a jurisdição⁶⁴.

⁶¹LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 3.

⁶²GASPAR, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 23, jan./abr. 2007.

⁶³“Hoje, pensa-se no processo de resultados. O instrumento estatal de solução de controvérsias deve proporcionar, a quem se encontra em situação de vantagem no plano jurídico-substancial, a possibilidade de usufruir concretamente dos efeitos dessa proteção” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 17).

⁶⁴Sobre a busca da técnica processual mais adequada a tutelar o direito material e as circunstâncias do caso concreto, como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, confira-se MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 117, item 7.20, “As regras processuais abertas como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional”.

Esse atuar da jurisdição deve propiciar uma *solução justa* do conflito, o que leva a uma releitura do exercício da jurisdição hoje, que privilegia, menos a fria aplicação da lei, desconsiderando as peculiaridades do caso concreto, e aceita a idéia de que a atividade jurisdicional de interpretação do direito é sempre criativa.

O juiz aplica a lei, mas precisa conformá-la com os ditames constitucionais, de forma a resguardar e concretizar os direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, o que exige uma aplicação criativa.

Os valores, “como realidade constitucional, e a justiça, como termo final, convocam os juízes a uma missão compromissada com a sua aplicação, o que resultará numa atividade valorativa na interpretação”⁶⁵.

A atividade jurisdicional, comprometida com a justiça das decisões, não resulta de mera subsunção, como se bastasse uma simples atividade mecânica de leitura do texto da lei para se obter a resposta mais justa para a solução do conflito trazido ao julgador pelo processo.

É por meio da interpretação feita pelo juiz sobre o *texto normativo* que será construída a *norma jurídica*, que, por sua vez, concretizará o direito para aquele caso examinado⁶⁶.

É clara, a esse respeito, a lição de **Eros Roberto Grau**: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo”⁶⁷.

É certo que o momento atual do direito, como decorrência da forma de legislar, com normas abertas, vazadas em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, propiciou ao julgador uma criatividade muito mais acentuada, revelada pelas decisões judiciais.

⁶⁵MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*, cit., p. 114.

⁶⁶“Não são sinônimas as expressões texto normativo e norma jurídica, conforme o faz, por tradição, grande parte da doutrina. Tecnicamente falando, texto normativo é a expressão final do processo legislativo que lhe deu origem. Já a norma jurídica é fruto da interpretação do texto normativo, sendo produzida ou fabricada pelo intérprete, mediante um trabalho que abarca não só os enunciados, mas também os próprios fatos e os valores envolvidos – em especial aqueles com sede constitucional –, cujo fim maior é a sua aplicação ao caso concreto sob exame, seja ele de que natureza for” (DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. *A tutela jurisdicional no Estado democrático de direito: algumas notas*, cit., p. 445, nota 16).

⁶⁷GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. Item III da primeira parte.

E mostrou que a interpretação jurídica, em busca da melhor solução para o caso a ser julgado, é trabalho que não se resume à simples leitura do texto normativo para a obtenção da solução mais justa, mas que envolve tarefa bem mais complicada, com uma interpretação valorativa de textos normativos e de fatos.

Mais do que nunca, a função criativa do juiz é hoje reconhecida, estando superada a visão antiga do julgador que se limitava a declarar o que está na lei, sem preocupação alguma com a justiça do resultado de seu julgamento.

A supremacia e suficiência da lei tornaram-se uma visão ultrapassada.

O aumento do poder dos juízes, que decorre da atividade de interpretar as normas abertas editadas pelo legislador e de preencher seus conteúdos em busca da solução justa para cada caso, não escapou de severas críticas, sob um repetido discurso de risco à segurança jurídica⁶⁸, com alusões ao *governo dos juízes*⁶⁹ e à *ditadura dos Tribunais*⁷⁰.

Mas essa atividade criativa mostra-se inevitável, como uma imposição do nosso tempo.

A sociedade moderna, para **Kazuo Watanabe**, assume uma *complexidade* cada vez maior, que atinge “não apenas a estrutura da sociedade e as atividades econômicas pela multiplicidade de campos de atuação e pelos conhecimentos especializados que tais atividades reclamam, como também o cidadão em suas diversas atividades cotidianas e em

⁶⁸“A criação jurisprudencial do Direito tem como ponto de partida um erro judicial, que, mil vezes repetido, vem a formar jurisprudência (*error communis facit jus*). Num processo de causação circular, o erro de ontem, não raro, determina o conteúdo da lei de amanhã.(...) Esse Direito, que é real, e não mera abstração, tem algo de caótico. Situações idênticas recebem tratamento diferenciado, por razões frequentemente aleatórias. Evolui, o que não significa que o de hoje seja melhor do que ontem, nem sequer melhor adaptado às circunstâncias atuais. É um misto de ordem e de desordem. Não se uniformiza a jurisprudência senão através de decisões antagônicas, de avanços e de recuos. Tentativas autoritárias, como a da súmula vinculante, de transformar todas as vozes numa só voz, estão destinadas ao fracasso. O Direito moderno, especialmente se de fundo democrático, é polifônico, mas não harmônico. Contém consonâncias e dissonâncias” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*. p. 1. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 02 nov. 2008).

⁶⁹Dalmo de Abreu Dallari explica que a expressão tem origem em um livro escrito em defesa da magistratura, *Le complot des juges* (Paris, Ed. Du Félin, 1993), de autoria de Yves Lemoine, antigo magistrado francês, onde havia um capítulo intitulado “O governo dos juízes” (cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*, cit., p. 94).

⁷⁰“Somos hoje um país em que tudo foi juridicizado e a porta do Paraíso é sinônimo de porta dos Tribunais. Digo Tribunais porque, embora ainda existam magistrados monocráticos na Primeira Instância, eles nada podem sem o referendo dos Tribunais, visto como nenhum ato que pratiquem, nem mesmo sua vida funcional, escapa do poder hierárquico dos Desembargadores e Ministros. E estamos caminhando, inclusive, para, economicamente, dispensar julgamentos colegiados e colocarmos no trono o Relator. Progredimos do politeísmo para o monoteísmo jurídico (...)” (CALMON DE PASSOS, J. J. Considerações de um cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 389-390).

sua vida de relação presidida pela economia de massa, regulada por um cipoal de leis e orientada por uma massa assistemática de informações de todas as espécies”, tudo acrescido da “incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade”⁷¹.

Essa crescente complexidade da dinâmica social, a velocidade das mudanças e o próprio avanço tecnológico mostram a incapacidade de se traduzir todas as soluções jurídicas por meio da lei ⁷² e fizeram com que os quadros normativos se tornassem pouco aptos a acompanhar essa evolução ⁷³.

Daí a conclusão de **José Maria Rosa Tesheiner** de que o direito “em suma é o emanado e aplicado pelas autoridades estatais”, que “não é máquina, que exija operadores”, mas “é recriado, dia a dia, por todos quantos, anonimamente ou não, participam da comunidade jurídica. São os construtores do Direito” ⁷⁴.

Cada vez mais se exercita a capacidade criativa do julgador na própria construção do direito, com um correspondente aumento das suas responsabilidades.

⁷¹WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 132.

⁷²Na observação de José Maria Rosa Tesheiner, “Concebia-se, outrora, um ‘mundo jurídico’, mundo platônico, constituído pelo conjunto das normas estatais, fundadas na Constituição. Era um mundo do ‘dever ser’, em que as normas jurídicas incidiam automaticamente. No mundo dos fatos, que se lhe contrapunha, podia ocorrer a aplicação ou não da norma, sem que isso de qualquer modo afetasse sua existência, validade e eficácia. Na soma, o que se tinha era um mundo de ‘faz de conta’, que supunha a pré-existência de normas jurídicas de conteúdo preciso, com uma única ‘exata’, correndo por conta da imperfeição humana a falta, ou a inexata, aplicação da norma, que automaticamente incidira no passado. A concepção agora é outra. Sabe-se que esse mundo jurídico é uma ilusão, porque o Direito só existe na medida em que se realizar. Mais do que um ser, é um fazer” (TESHEINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*, cit., p. 1).

⁷³Cf. GASPARD, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade, cit., p. 24.

⁷⁴TESHEINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*, cit., p. 1-2. Também na visão de Calmon de Passos, o Direito é um dizer do homem. E, sendo um dizer do homem, “o Direito só existe depois de pronunciado, dito, editado. Porque um produto que não se reifica (torna-se algo que se incorpora à dura Natureza) [expressão segundo Calmon trazida por Bobbio] somente existe se pronunciado e enquanto pronunciado. Vale dizer, ele exige um processo para a sua produção, ainda quando comporte vários procedimentos para alcançar esse objetivo. Seja qual for o fundamento metajurídico que busquemos para o direito, matriz divina, matriz natural, racional etc., nem a divindade, nem a Natureza, nem a razão falarão diretamente a cada homem, exigindo-se os ‘escolhidos’ que serão os intermediários entre aquelas matrizes e os pobres mortais. Daí os profetas, os teólogos, os filósofos, os sábios ou sabedores etc. E voltamos ao começo: o Direito só existe depois de pronunciado e enquanto pronunciado (produzido)” (CALMON DE PASSOS, J. J. Considerações de um cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro, cit., p. 386).

O controle do correto desempenho dessas novas funções é feito pela motivação da decisão, onde constam os argumentos que justificam o porquê das escolhas por ele feitas e o acerto da resposta dada ao jurisdicionado ⁷⁵.

Argumentar é “*dar razões* que justifiquem a decisão como uma decisão justa ou, pelo menos, não injusta; significa fundamentar a decisão”⁷⁶. Tem-se, pois, na justificativa contida na motivação, a forma de se controlar o limite do exercício dessa interpretação criativa.

A preocupação de encontrar a solução mais justa para o caso concreto obriga os juízes a multiplicar os argumentos que justificam o seu julgamento.

Nessa tarefa de interpretar dispositivos constitucionais e artigos de lei com cláusulas abertas (p. ex. dignidade da pessoa humana; função social do contrato como limite à autonomia privada – CC, art. 421; função social da propriedade – CF art. 5º. XXIII, 170 III, CC art. 1.228, par. 1º.), que atribuem ao intérprete judicial um *poder criativo*, que *se expande a um nível quase normativo*, deve o julgador agir sempre dentro dos limites permitidos pelo ordenamento jurídico, proferindo decisões racionais, objetivas e devidamente motivadas, respeitando a dogmática jurídica, os princípios de hermenêutica e também os precedentes judiciais ⁷⁷.

⁷⁵Por conta dessa função da motivação, pondera **Rui Portanova** que nada há a temer pela *ditadura do Judiciário*, quando se afirma que o juiz não é escravo da lei e se admite que o subjetivismo do julgador é inafastável do ato de julgar, pois, “além de não haver qualquer registro histórico de tal evento [*da ditadura do Judiciário*], trata-se de um poder desarmado e transparente pela motivação de suas decisões e pela fiscalização técnica das partes”. Para o autor, “libertar o juiz da escravidão e do império da lei é remetê-lo para uma motivação totalizadora, é aproximá-lo da realidade, é afastá-lo do idealismo positivista normativista. A intenção é fazer emergir um Direito original e legítimo, mais voltado à justiça e menos à legalidade” (op. cit., p. 133).

⁷⁶ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*, cit., p. 63.

⁷⁷BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 25 dez. 2008. p. 4. Disponível em: <www.conjur.com.br>. A atuação do Supremo Tribunal como *legislador positivo* vem destacada nos casos de interpretação conforme a Constituição, quando “não se trata de cobrir uma lacuna legal, mas de mudar o sentido de uma norma infraconstitucional já existente”, por meio de um julgado. Tal aspecto veio ressaltado na matéria veiculada pela Revista Veja edição 2075, com relação ao julgamento sobre o uso científico das células-tronco, quando, “em vez de declarar a lei sobre o assunto inconstitucional, cinco ministros com voto vencido – Carlos Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cezar Peluso e Gilmar Mendes – disseram que ela poderia ser válida, desde que recebesse acréscimos sugeridos por eles e assim ficasse ‘conforme à Constituição’. Os acréscimos iam da criação de um conselho federal para cuidar de reprodução humana à determinação do número de óvulos que podem ser fertilizados numa clínica. (...) Dentro do próprio STF, há quem veja com ressalvas o uso desse tipo de interpretação pelo risco (real) de se transformar num mecanismo sutil para modificar boas normas com base apenas em supostas ‘ambiguidades’ de linguagem. Marco Aurélio Mello levantou uma objeção desse tipo no caso das células-tronco” (Publicação de 27 de agosto de 2008, p. 63-64).

Em resumo, no Estado contemporâneo, que se caracteriza pela força normativa da Constituição, a compreensão do direito deve ser feita de modo a se conformarem as regras aos princípios constitucionais, o que é feito por meio da jurisdição⁷⁸.

O Poder Judiciário, que concretiza direitos fundamentais, passa a ser o protagonista deste nosso século, exercendo relevante papel no debate político, em detrimento de um Poder Legislativo qualificado na atualidade como *apático*⁷⁹.

O chamado *ativismo judicial* se impõe, explica **José Adércio Leite Sampaio**, “como uma compensação a essa falta de racionalidade da práxis política, como uma forma de atenuar o hiato existente entre o ideal político e a realidade constitucional, ou para preencher o ‘vácuo’ [deixado] pela renúncia do legislador (...) do seu papel político próprio”⁸⁰.

⁷⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 50.

⁷⁹A retrospectiva do ano de 2008, trazida pela matéria divulgada em 3 de janeiro de 2009 (RONCAGLIA, Daniel. Retrospectiva 2008: Congresso tem ano apático enquanto Judiciário cresce. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 03 jan. 2009), mostra um Poder Legislativo desautorizado e ofuscado pela atuação do Poder Judiciário. A matéria traz depoimentos de parlamentares reclamando da atuação do Poder Judiciário, como o do presidente da Casa legislativa, Garibaldi Alves (PMDB-RN), afirmando que “às vezes o Poder Judiciário esquece que é Poder Judiciário e pensa que é Poder Legislativo”. Já o presidente da Câmara dos Deputados, Arlindo Chinaglia (PT-SP) afirmou que se incomoda quando o Judiciário legisla. “Não deveriam legislar. Quando eles não julgam nós poderíamos, então, fazer justiça sob nossa própria ótica”. Conclui a reportagem, assinada por Daniel Roncaglia, que tudo não passa de retórica de mau perdedor, pois tanto senadores quanto deputados estariam cientes de que as causas do esvaziamento de seus poderes estariam dentro e não fora do Parlamento. Também em reportagem sobre o Supremo Tribunal Federal trazida pela Revista *Veja*, São Paulo, ed. 2075, p. 60-64, 27 ago. 2008, “A calma é só aparente”, o Congresso brasileiro vem descrito como um *poder apequenado*, em contraposição ao papel de protagonista assumido por aquele Tribunal e a cultura do *ativismo judicial* que nele se consolida. Na reportagem é dito que “um sistema político-jurídico é como a natureza, na frase de Nicolau Copérnico: abomina o vácuo. Se um dos três poderes não exerce o seu papel, os outros ocupam o espaço”. Essa mesma matéria alude à omissão do Congresso em suprir lacunas da legislação, o que coloca o Supremo Tribunal na posição de legislar, não por razões ideológicas ou por pressão popular, mas por exigência da própria Constituição, que teria outorgado à mais alta Corte de justiça do país poderes mais amplos com a criação da ação direta de inconstitucionalidade e o mandado de injunção. A reportagem transcreve, ainda, afirmação do professor Marcos Paulo Veríssimo, da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, de que a postura de ativismo judicial adotada pelo STF não é ruim: “Não conheço nenhuma ditadura em que o Judiciário tenha sido fundamental. O papel político da Justiça e o embate entre os poderes são fenômenos das democracias”. Conclui a reportagem ser inevitável uma certa dose de ativismo judicial em um sistema constitucional como o brasileiro, mas que seja informado pela razão jurídica, o que deve ser vigiado pela sociedade (Matéria assinada por Carlos Graieb, p. 60-64).

⁸⁰SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 65. Segundo o autor, “Os representantes do povo em vez de exercerem o mandato na direção de interesses gerais, terminam por perseguir o seu próprio ou de grupos de apoio, de modo que a *volonté générale* é com frequência a vontade mais direta de grupos determinados. Não apenas o processo eleitoral apresenta distorções graves, que passam pela inércia ou apatia do eleitorado, de um lado, e por campanhas marcadas por fortes apelos publicitários, quase sempre desprovidas de conteúdo pragmático, por outro, como ainda se lança como uma ponte, para que grupos de apoio às candidaturas se convertam em grupos de pressão ou de interesses no curso do mandato. Nesse instante, a fiscalização de constitucionalidade termina sendo um instrumento eficaz de controle do processo legislativo, especialmente para desmascarar a transformação do voto dessa minoria, interessada ou interesseira, na mítica vontade geral da maioria” (op. cit., p. 64-65).

Fala-se, dentro de uma concepção moderna da jurisdição, no fenômeno da *judicialização da vida*, na *politização do Judiciário* e em *ativismo judicial*, para definir uma expansão do Poder Judiciário sobre os demais poderes.

Vem à baila a observação precisa de **Nicola Piccardi** de que o problema não é “quem deve comandar”, mas sim, “como se controla quem comanda”:

“Non è tanto importante il potere, e le sue forme di legittimazione, quanto il controllo dell’esercizio del potere. Anche se sia stato legittimamente investito del potere, non è detto che le azioni di chi lo esercita siano, di per sè, giustificate. Il controllo impone un’adeguata organizzazione delle istituzioni e così finisce necessariamente per coinvolgere – anche e soprattutto – il giudice e la giurisdizione, l’istituzione di garanzia per eccellenza”⁸¹.

A chegada do Estado ativo, com um aumento das atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, implicou alterações profundas no exercício da jurisdição, impondo ao Poder Judiciário, além da atividade jurisdicional comum de resolver os conflitos que lhe são submetidos a julgamento, assumir também um papel de controlador das atividades políticas do Estado administrativo e do Estado legislativo, para que eventuais abusos de poder não possam ser capazes de subverter uma ordem jurídica justa e harmoniosa⁸².

Ao Poder Judiciário não mais é dado assumir uma postura simplesmente técnica, secundária, sem relevância perante a ordem jurídica e social. O ativismo judicial no Estado contemporâneo se justifica, sob pena do Judiciário não conseguir controlar os excessos dos Poderes legislativo e executivo, “avantajados no Estado social, nem reprimir os abusos dos super-poderes econômicos e sociais da sociedade tecnológica de massas”.

Essa advertência é feita por **Sílvio Dobrowolski**⁸³, para quem “não é admissível um Judiciário que permaneça encastelado, a decidir, comodamente, apenas conflitos privados sem maior expressão, perante a realidade sócio-política dos dias presentes. É compreensível uma Justiça ‘quase nula’, ao tempo dos iluministas, quando as populações eram rarefeitas, a tecnologia incipiente e os recursos estatais destituídos de maior

⁸¹PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., p. 1-2.

⁸²OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: _____; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 198.

⁸³DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. Sequência, Florianópolis, v. 31, p. 92-101, 1995. *Buscalegis*. Disponível em: <www.buscalegis>. Acesso em: 05 jan. 2008.

potencialidade. Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade”.

O tema do ativismo judicial reveste-se de evidente atualidade e é objeto de observação e de questionamentos pela imprensa e por toda a comunidade jurídica.

Exemplos trazidos em recente artigo intitulado “*Ativismo judicial estica limites da Justiça*”, mostram que a atividade do julgador, principalmente dos juízes de primeiro grau, mais próximos dos cidadãos, está longe de ser uma simples aplicação da lei, mas exige interpretações criativas como forma de buscar soluções justas, adaptadas à realidade.

O artigo noticia que um juiz da cidade de Taperoão (PB) teria determinado toque de recolher às 21h para menores de 12 anos. E que em Conceição de Coité (BA), um juiz teria condenado um homem por furto, mas não o teria mandado para cadeia. A pena, neste último caso, teria sido arrumar um emprego. Já na Paraíba, o toque de recolher imposto teria como fundamento os altos índices de violência na região. E na Bahia, o juiz teria agraciado o acusado por entender que ele passara a infância e adolescência à sorte, esquecido pelo Estado.

Ainda em Goiás, noticia o mesmo artigo que o titular do Juizado Especial de Águas Lindas teria criado um projeto denominado *kit educação*, que consistiria na compra de material escolar, com dinheiro das transações penais.

Também no campo do Direito de Família, os ministros da 4ª Turma decidiram que não cabe indenização por dano moral decorrente de abandono afetivo, entendimento anteriormente adotado por vários magistrados para obrigar o pai a indenizar o filho, pois a Justiça não pode obrigar um pai a dar afeto para um filho. Os juízes que entendiam pelo cabimento da indenização por abandono afetivo embasavam suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana ⁸⁴.

O fenômeno do ativismo judicial acarreta nítidos reflexos na argumentação judicial trazida nas motivações das decisões proferidas, o que será abordado a seguir.

⁸⁴Artigo extraído do site Consultor Jurídico, de 12 de julho de 2009, assinado por Gláucia Milício.

2.4. Judicialização e ativismo judicial: reflexos da argumentação judicial na jurisdição do Estado contemporâneo. A chamada *legitimidade argumentativa*

Várias decisões dos nossos Tribunais Superiores e dos Tribunais Estaduais vêm admitindo a atuação do Poder Judiciário como controlador das políticas públicas, a fim de examinar a compatibilidade destas com os objetivos fundamentais enumerados no artigo 3º da Constituição Federal, o que, como esclarece **Ada Pellegrini Grinover**, em nada viola o princípio da separação de poderes, que, embora sejam independentes, devem atuar de forma harmônica para alcançar esses objetivos fundamentais⁸⁵.

A ilustre processualista desta Faculdade faz referência a três limites para a intervenção do Judiciário junto ao Executivo, visando coibir eventuais excessos: **(i)** que apenas a garantia do *mínimo existencial* (direito à educação fundamental, direito à saúde básica, ao saneamento básico, à concessão de assistência social, o acesso à justiça, dentre outros) justifica a intervenção do Judiciário para corrigir os rumos ou implementar políticas públicas; **(ii)** uma razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público⁸⁶; e **(iii)** a *reserva do possível*,

⁸⁵São citados pela professora Ada Grinover, como exemplos de decisões ilustrativas dessa intervenção, o reconhecimento pelo STF do dever do Estado de fornecer medicação gratuita aos portadores do vírus HIV (RE 271.286 e AgRg 271.286); decisões do STJ assegurando o direito à integralidade da assistência à saúde a ser prestado pelo Estado, de forma individual ou coletiva (Resp 212.346 no Ag. 842.866, Resp 814.076, Resp 807.683, Resp 625.329, dentre outras), decisão do TJSP, onde, em ação civil pública ajuizada pelo MP em face da municipalidade paulistana objetivando a restauração do conjunto arquitetônico do Parque da Independência, ficou reconhecido que a omissão da administração pode ser enfrentada pelo Judiciário em decorrência do controle que este exerce sobre os atos administrativos, não se tratando de interferência na atividade do Poder Executivo (Apel. 152.329.5/4-00-SP), além de representativa decisão monocrática do ministro Celso de Mello, admitindo o controle de políticas públicas pela intervenção do Poder Judiciário (ADPF 45-9), onde constou que, se os poderes do Estado “agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a [a cláusula da reserva do possível], a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cit., p.114-116).

⁸⁶“(…) a intervenção judicial nas políticas públicas só poderá ocorrer em situações em que ficar demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público, devendo o juiz pautar sua análise em atenção ao princípio da proporcionalidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cit., p. 123).

uma vez que a implementação de uma política pública depende de disponibilidade financeira⁸⁷.

Bem por isso, conclui **Ada Pellegrini Grinover** que o Judiciário pode, sim, intervir no Executivo para controlar políticas públicas e verificar sua compatibilização com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º.), sendo certo que a teoria da separação de poderes sofre uma *mudança de feição*, a fim de que os três poderes, expressão de um só poder estatal, atuem de forma harmônica em prol dos objetivos fundamentais do Estado, cabendo “ ‘ao Poder Judiciário investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição (art. 3º. da CF brasileira)’ ”⁸⁸.

É hoje amplamente admitido por nossos Tribunais que o juiz determine a execução de determinadas políticas públicas, ainda que a escolha do administrador público tenha sido outra, implementando o Poder Judiciário, em última análise, escolhas feitas pelo próprio constituinte, ainda quando alegada falta de condições orçamentárias, respeitados, todavia, os limites acima apontados, que se mostram suficientes para reprimir possíveis abusos da intervenção judicial.

⁸⁷ Observa a professora Ada Grinover, todavia, que a insuficiência de recursos deverá ser *provada* e não *apenas alegada* pela Administração, seja por aplicação analógica da inversão do ônus da prova (CDC, art. 6º., VIII), seja pela *regra da distribuição dinâmica do ônus da prova*, “que flexibiliza o art. 333 CPC, para atribuir a carga da prova à parte que estiver mais próxima dos fatos e tiver mais facilidade de prová-los”. E conclui que, muitas vezes, a *reserva do possível* “pode levar o Judiciário à condenação da Administração a uma obrigação de fazer em duas etapas: primeiro, a inclusão no orçamento da verba necessária ao adimplemento de uma obrigação; e, em seguida à inclusão, à obrigação de aplicar a verba para o adimplemento da obrigação” (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cit., p. 123-124).

⁸⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cit., p. 112 e 134, citando a processualista trecho de um trabalho apresentado à USP por Oswaldo Canela Júnior para qualificação de doutorado, “A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: um novo modelo de jurisdição”, ainda inédito, p. 17-19, sob orientação do Prof. Kazuo Watanabe. Para Franciane de Fátima Marques, a atuação do juiz, não como simples especialista em soluções formais, mas como agente de modificação e promoção da justiça reclamada pelo nosso Estado, não fere a questão da separação de poderes, pois “a Constituição atribui ao Poder Judiciário a apreciação de lesões a direitos, e não raras vezes essa apreciação implicará, para efetiva resposta à violação, que se concretize o direito reclamado e que se determine que o Executivo tome providências para sua satisfação” (MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*, cit., p. 134-135). Ainda Plauto Faraco de Azevedo, lembrando argumento frequentemente esgrimido contra a *politicidade da aplicação judicial do direito*, de que a origem do Judiciário não seria democrática, contrapõe que “uma instituição não é democrática unicamente por provir de eleição popular e nem tudo o que não provém desta origem é necessariamente ‘aristocrático’. Uma instituição é democrática quando é funcional para o sistema democrático, isto é, quando é necessária à sua continuidade, como sucede com o Judiciário. Quando se diz que o Poder Judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática” (AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999. p. 46).

Judicialização, nas palavras de **Luís Roberto Barroso**, significa que algumas questões de larga repercussão política ou social, trazidas sob a forma de ações judiciais, estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, o Congresso Nacional e o Poder Executivo⁸⁹.

Isso implica transferência de maiores poderes aos juízes e tribunais, com inegáveis reflexos na própria argumentação judicial.

Já o *ativismo judicial* está ligado à *judicialização*, mas dela difere pela origem, por não possuírem as mesmas causas: “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado da vontade política. (...) Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”⁹⁰.

E acrescenta o constitucionalista: “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao poder político, notadamente em matéria de políticas públicas.

⁸⁹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 2. Resenha veiculada pelo *site* Consultor Jurídico, em 25 de dezembro de 2008, em uma retrospectiva de 2008 sobre o Supremo Tribunal Federal.

⁹⁰BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit. Luiz Flávio Gomes também distingue *judicialização* de *ativismo judicial*, afirmando que a judicialização nada mais expressa do que “o acesso ao judiciário, que é permitido a todos, contra qualquer tipo de lesão ou ameaça a um direito. É fenômeno que decorre do nosso modelo de Estado e de Direito. (...) Se a Constituição prevê um determinado direito e ela é interpretada no sentido de que esse direito seja garantido, para nós, isso não é ativismo judicial, sim, judicialização do direito considerado”. Já o ativismo judicial “vai muito além disso: ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico” (GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes? *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 16, abr. 2009).

(...) O ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da livre criação do Direito”⁹¹.

Fala-se em ativismo judicial *inovador*, “criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito”, e em ativismo judicial *revelador*, “criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa”, sendo certo que, neste último, “o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa”⁹².

A crescente intervenção do Poder Judiciário no Brasil é também alvo de críticas, principalmente quando os julgamentos contrariam decisões tomadas por aqueles que exercem mandato popular, o que, segundo alguns, levaria à falta de legitimidade do Judiciário para invalidar decisões daqueles que teriam sido escolhidos pelo povo.

A esse argumento cabe contrapor um outro, o de que a legitimidade do poder dos juízes tem exatamente a mesma fonte da legitimidade do poder dos parlamentares: a Constituição Federal.

O povo, no exercício do Poder Constituinte – que é superior a qualquer dos poderes constituídos – decidiu que os juízes, recrutados por concurso público, têm atribuição (e legitimidade) para julgar conflitos (causas) e também declarar a inconstitucionalidade de leis. No caso do Supremo e dos Tribunais Estaduais, a legitimidade se estende ao julgamento da inconstitucionalidade em abstrato, sem que esteja em questão nenhum conflito entre partes determinadas.

A legitimidade dos juízes do Supremo Tribunal Federal ainda possui um dado adicional, que é a indicação do presidente da República, eleito diretamente pela população, e que conta com o aval do Senado, também eleito.

⁹¹BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 3.

⁹²GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes, cit., p. 16. O professor doutor de Direito Penal exemplifica o *ativismo revelador* com o caso da fidelidade partidária, onde não havia regra explícita acerca do tema, quando então os Ministros do STF, “com base no princípio democrático (um dos eixos do moderno constitucionalismo) criaram uma regra: quem mudar de partido depois da eleição perde o mandato”. Essa regra não estava explícita em lugar algum e por isso ocorreu ativismo judicial (op. cit., p. 16). Já o caso da demarcação indígena (Raposa Serra do Sol) e as 19 medidas para a implementação da demarcação contínua seria “bastante revelador, mas já se incursionando no inovador”.

E quanto à também referida necessidade de controle das próprias decisões do Judiciário, inclusive daquelas proferidas pelos Tribunais Superiores, *ultima ratio*, agora envolvido no processo político, tem-se que “alguém deve ter a prerrogativa de errar por último”.

Acima de tudo, a obrigatória necessidade de fundamentação de toda decisão judicial é fator de legitimação da atuação do Judiciário. Não basta que o juiz simplesmente decida: ele tem de ser convincente, persuasivo e de submeter publicamente as razões de suas decisões à fiscalização da própria sociedade ⁹³.

A legitimidade do Poder Judiciário não resulta propriamente da origem dos seus membros, que não são eleitos, mas da forma como decidem e da argumentação jurídica que apresentam para justificar as decisões por eles proferidas. Trata-se, pois, de uma *legitimidade argumentativa*.

Nesse sentido, a conclusão de **Gustavo Binenbojm** acerca da legitimação da justiça constitucional, que encontra sua *fonte última* “no ‘plebiscito diário’ a que estão sujeitas

⁹³A respeito da legitimidade do Judiciário, Luís Roberto Barroso, com precisão, fornece duas justificativas, uma de natureza normativa e a outra de natureza filosófica: “O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. A maior parte dos Estados democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agentes públicos que não são recrutados pela via eleitoral e cuja atuação é de natureza predominantemente técnica e imparcial. De acordo com o conhecimento tradicional, magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. Essa afirmação, que reverencia a lógica da separação de Poderes, deve ser aceita com temperamentos, tendo em vista que juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica. Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, co-participantes do processo de criação do Direito. A justificação filosófica para a jurisdição constitucional e para a atuação do Judiciário na vida institucional é um pouco mais sofisticada, mas ainda assim fácil de compreender. O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas idéias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. Se houver oito católicos e dois mulçumanos em uma sala, não poderá o primeiro grupo deliberar jogar o segundo pela janela, pelo simples fato de estar em maior número. Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos.(...) Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco” (Objecções à crescente intervenção judicial na vida brasileira, *in* BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática, cit., p. 1-2).

suas decisões e na sua capacidade de gerar consenso, de forma a que sejam aceitas como justas e extraídas dos valores constitucionais básicos”⁹⁴.

Vale lembrar a observação feita por **Abram Chayes** de que a legitimidade do Poder Judiciário e a aceitação das suas decisões dependem da habilidade com que são proferidas, preservando um diálogo contínuo e prudente com os demais atores políticos, principalmente parlamentares, administradores, acadêmicos, eleitores, imprensa e membros da comunidade jurídica⁹⁵.

⁹⁴BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização, cit., p. 116. “É louvável o esforço das teorias contemporâneas sobre democracia e direitos fundamentais no sentido do balizamento de um âmbito próprio de atuação da jurisdição constitucional, que a torne compatível com o sistema de separação e harmonia entre os poderes. Mais do que meros corretivos liberais do princípio majoritário, os direitos fundamentais se afirmam, hodiernamente, como condições estruturantes da própria democracia; devem eles, por isso, ficar à margem das disputas políticas, sob a proteção de um órgão independente e capaz de subordinar os demais poderes à autoridade moral e intelectual de suas decisões. Por evidente, numa sociedade aberta e pluralista, tais decisões, embora definitivas, submetem-se, sempre, à crítica intersubjetiva, não apenas dos operadores profissionais do Direito como de todo e qualquer cidadão interessado” (op. cit., p. 118). Também a esse respeito, confira-se SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, cit., nos parágrafos 8 (A argumentação como legitimidade) e 9 (A legitimidade extraída do *status quo* e dos efeitos produzidos: do pragmatismo ao paternalismo judicial), da seção V, “Discursos de legitimidade da jurisdição constitucional”, p. 91-98.

⁹⁵Cf. CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional. *Revista Justitia*, n. 197, p. 160, dez. 2007, nota de rodapé 45. “More fundamentally, our transformed appreciation of the whole process of making, implementing, and modifying law in a public law system points to sources other than professional method and role for the legitimacy of the new model lawsuit. As we now begin to see it, that process is plastic and fluid. Popular participation in it is not alone through the vote or by representation in the legislature. And judicial participation is not by way of sweeping and immutable statements of *the* law, but in the form of a continuous and rather tentative dialogue with other political elements – Congress and the executive, administrative agencies, the profession and the academics, the press and wider publics” (CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1316, May 1976).

3. O JULGADOR DO SÉCULO DA JURISDIÇÃO

“Costumo afirmar que nada é mais significativo para diagnosticar o grau de saúde política de um povo do que fazer uma análise realística do papel que nela desempenha a magistratura. E só este fato de ser o magistrado o referencial básico para isso já diz tudo sobre a importância do Judiciário, mas por igual sobre sua imensa responsabilidade. Daí não podermos nem devermos ser injustos ou displicentes no julgar aqueles que nos julgam” (J.J. Calmon de Passos, *O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?*).

3.1. A figura do juiz: considerações gerais

A função de julgar, como ensina **Mário Guimarães**, é tão antiga quanto a própria sociedade. Em todo agrupamento humano as desavenças entre as pessoas são inevitáveis e devem ser solucionadas por alguém, no caso, um juiz ⁹⁶.

A figura do juiz sempre suscitou a curiosidade das pessoas e motivou escritos com diferentes abordagens a respeito daqueles que exercem o poder de julgar e sobre a *inquietude social* com possíveis abusos no exercício desse poder ⁹⁷.

Segundo **Edgard de Moura Bittencourt**, em sua conhecida obra *O juiz*, talvez nenhuma outra lide humana haja preocupado tanto os pensadores como a missão de julgar ⁹⁸.

É curioso observar como o juiz é visto por aqueles que não integram a magistratura. Por meio de exemplos extraídos de filmes do cinema, que mostram um juiz maduro e idoso, quando, ao contrário, a Magistratura é marcada pela jovialidade de seus integrantes, afirma o **Ministro Sidnei Beneti** que a percepção das pessoas sobre a figura do juiz vai do respeito e veneração até o preconceito e o ódio ⁹⁹.

⁹⁶ GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p. 20.

⁹⁷ Para Perfecto Andrés Ibañez, “o juiz, como mediador de conflitos e imbuído de autoridade para aplicar normas”, é um fato universal para todos os grupos humanos, bem como outro fato universal que o acompanha, “que é a inquietude social pelos possíveis abusos desse poder que, sobretudo na vertente penal, é particularmente incisivo” (IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. *A profissão de juiz, hoje*, cit., p. 31).

⁹⁸ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millenium Ed., 2002. p. 3.

⁹⁹ BENETI, Sidnei Agostinho. Personalidade e opções psicológicas de julgamento. In: PELUSO, Antonio Cezar; NAZARETH, Eliana (Coords.). *Psicanálise, direito e sociedade: encontros possíveis*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 242, nota de rodapé 1. Dentre outros, o autor cita o juiz de instrução representado por Dirk Bogarde em “O homem de Kiev”, Spencer Tracy de “O julgamento de Nuremberg” e Jean-Louis Trintignant em “Z”, de Costa Gravas.

Vários textos doutrinários cuidaram das qualidades pessoais e das virtudes que se exige do juiz para o exercício da função de julgar. Já D. Duarte, em *Leal Conselheiro*, apontava as virtudes do juiz: “rectidão de carácter; capacidade de descobrir a verdade; conhecimento científico; temperança, ou julgar com razão sem parcialidade; fortaleza, ou julgar sem medo ou fraqueza”¹⁰⁰.

As virtudes da independência, humildade, coragem, altruísmo, compreensão, bondade, brandura de trato de par com a energia de atitudes, o amor ao estudo e ao trabalho, enumeradas por **Moura Bittencourt**, formam o que ele denomina de *personalidade positiva* do juiz, que obrigatoriamente deve também ser dotado de honestidade, o que não seria exatamente uma virtude, mas “mero ponto de partida, essencial como o diploma ou a capacidade civil”¹⁰¹.

A maneira de pensar e a formação do convencimento do juiz envolvem intrincados questionamentos que, no âmbito do tema focado nesse trabalho, não comportam um aprofundamento¹⁰².

É certo que, como seres humanos comuns, estão os juízes sujeitos à influência de diferentes fatores psicológicos que interferem nos juízos de valor que formulam e nos julgamentos que proferem.

A neutralidade, como “um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais”, o que constitui uma ficção¹⁰³.

¹⁰⁰ Antônio Pedro Barbas Homem, “Judex Perfectus, Função Jurisdicional e Estatuto Judicial em Portugal, 1640-1820”, p. 600, *apud* GASPAR, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade, cit., p. 26.

¹⁰¹ BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*, cit., p. 17. “(...) um quê de compreensão e tolerância, de disposição para rever convicções e de consciência das próprias e naturais limitações é uma das marcas mais fortes dos grandes juízes. A intransigência, a inclinação para o melindre fácil, a repulsa preconcebida à crítica e a falta de abertura para a ponderação das idéias alheias constituem o polo oposto dessa virtude. Tenho repetido incansavelmente – desde o tempo em que exercia a judicatura – que o pior dos juízes, o mais temível, é aquele que não pode ser convencido. Aliás, esse não é juiz” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: _____ (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 85).

¹⁰² Richard Posner, juiz da United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, faz referência a nove teorias sobre o comportamento judicial (*nine theories of judicial behavior*): “The theories are the attitudinal, the strategic, the sociological, the psychological, the economic, the organizational, the pragmatic, the phenomenological, and, of course, what I am calling the legalist theory” (POSNER, Richard A. *How judges think*. Massachusetts, London, England: Harvard University Press Cambridge, 2008. p. 19).

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 8.

Bem por isso, seria impossível ao juiz indicar em sua sentença todos os motivos que teriam contribuído para a formação do seu convencimento, como exige o artigo 131 do Código de Processo Civil, tantas são as influências a que está sujeito o julgador, e que tornariam difícil uma explicação satisfatória acerca de *como se convenceu*, havendo, no julgamento, *premissas ocultas imperceptíveis* ¹⁰⁴.

A decisão judicial, como qualquer outra decisão, recebe os influxos da emoção do julgador. Aliás, em uma cultura pós-positivista, onde “o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana”¹⁰⁵, a emoção ao decidir vem sendo gradativamente valorizada, exigindo-se dos juízes, além da racionalidade, uma maior sensibilidade em seus julgamentos ¹⁰⁶.

Ilustrativa, a esse respeito, a passagem trazida por **Calamandrei** em *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, enfatizando exatamente a importância da intuição e da sensibilidade dos juízes para um julgamento justo: “Não digo, como tenho ouvido dizer, que a excessiva inteligência seja nociva ao juiz. Digo apenas que óptimo juiz é aquele em que, sobre a cauta intelectualidade, prevalece a intuição humana. O sentimento de justiça, pelo qual, conhecidos os factos, se sabe de que lado está a razão, é uma virtude inata, que nada tem a ver com a técnica do direito. O mesmo sucede na música, em que a maior inteligência não pode suprir a falta de ouvido”¹⁰⁷.

No mundo contemporâneo, desaparece a figura do juiz como um ser humano impenetrável, destituído de intuição¹⁰⁸ e surge a do magistrado receptivo aos reclamos das partes, sensível e preocupado, menos com uma rígida aplicação da lei, e mais com os *resultados justos* que emanam das suas decisões.

¹⁰⁴PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003. p. 15.

¹⁰⁵BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*, cit., p. 5.

¹⁰⁶PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 3. ed. Campinas: Millenium Ed., 2005. p. 135 e 137.

¹⁰⁷CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1977. p. 149-150.

¹⁰⁸Explica Lúcia Reis de Almeida Prado que “o malogro em integrar o mundo feminino em uma civilização patriarcal levou à masculinização da cultura, com uma predominante rigidez de atitudes mentais, em geral dogmáticas e abstratas, redundando numa sociedade excessivamente racionalista e árida, porque distanciada do sentimento e do instinto. O Direito, como prestação jurisdicional, não ficou imune a essa tendência, que se fez sentir também no Brasil. Aqui, a exemplo do que ocorreu em muitos outros países, surgiu a imagem dos juízes como seres humanos rígidos, impenetráveis e poderosos, e destituídos de intuição, espontaneidade, sentimento, criatividade, atributos que, durante séculos, têm sido considerados próprios das mulheres” (PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, cit., p. XXIX).

Uma incontável gama de fatores psicológicos interfere na formação do convencimento do julgador antes que a decisão seja prolatada. O psiquismo, como afirma **Sidnei Beneti**, encontra-se em pleno *mar aberto* ¹⁰⁹, de modo que uma inevitável carga de subjetividade recai sobre a decisão judicial, resultado da forma subjetiva como o juiz apreende o caso e o analisa. Tais dados subjetivos podem ser percebidos na motivação apresentada pelo julgador e que formaliza o julgamento ¹¹⁰.

Como observou com acuidade **Benjamin Cardoso**, “podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos” ¹¹¹.

Em recente sentença proferida por um magistrado paulista e amplamente divulgada pela imprensa, que rejeitou queixa-crime oferecida por um jogador de futebol apontado como homossexual, o juiz, ao fundamentar a sua decisão, afirmou que futebol é “*jogo viril, varonil, não homossexual*” e sugeriu que, se o atleta fosse homossexual, “*melhor seria que abandonasse os gramados*”.

Afirmou ainda que “*quem se recorda da Copa do Mundo de 1970, quem viu o escrete de ouro jogando (...) jamais conceberia um ídolo ser homossexual*”. E continuou: “*Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas forme seu time e inicie uma Federação*” ¹¹².

A motivação invocada nessa sentença, que foi qualificada como *homofóbica* pelo advogado do jogador, deixa clara a influência dos preconceitos pessoais do magistrado no julgamento por ele proferido e que culminou com a rejeição da queixa-crime apresentada pelo atleta, que se sentira ofendido com a insinuação sobre a sua homossexualidade.

Tais seriam os verdadeiros *motivos* da sentença proferida por esse juiz, *razão explicativa*, que se relaciona com “os estados mentais que são antecedentes causais de certas ações (normalmente a razão explicativa ou motivo é dada por uma combinação de

¹⁰⁹O autor enumera diferentes circunstâncias aptas a direcionar a decisão para um sentido ou outro, antes de ser exteriorizada, como, por exemplo, o condicionamento psicológico, decorrente de valores introjetados pela figura dominante na formação da personalidade, a formação religiosa, experiências agradáveis ou não da vida familiar e social, hábitos e preferências pessoais, etc (BENETI, Sidnei Agostinho. *Personalidade e opções psicológicas de julgamento*, cit., p. 244-245).

¹¹⁰Sidnei Beneti explica que a motivação silogística é apenas forma exterior de formalização do julgamento, mas não o julgamento em si, que resulta do embate das forças psicológicas profundas do juiz (BENETI, Sidnei Agostinho. *Personalidade e opções psicológicas de julgamento*, cit., p. 242).

¹¹¹CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Palestras proferidas na Universidade de Yale.

¹¹²Trechos extraídos da reportagem divulgada pela *Folha de S. Paulo*, do dia 3 de agosto de 2007.

crenças e desejos)”, e que não se confunde com as *razões justificadoras ou objetivas*, “exigências impostas aos julgadores no Estado Democrático de Direito, embora não sirvam para entender por que se realizou uma ação ou tomou certa decisão, servem para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista”¹¹³.

Distinguem-se, portanto, os *motivos* da decisão, que concernem ao lado psicológico do julgador, com os *fundamentos* por ele invocados, esforço argumentativo que justifica a decisão, objetivando atender ao dever de fundamentação.

No chamado *século da jurisdição*, o juiz, que se depara na prática diária com conflitos dos mais variados matizes e graus de complexidade, está obrigado a agir de forma mais humana e menos legalista e formal, com menos rebusco técnico e mais sensibilidade, maior criatividade e emoção, de modo a proferir decisões mais próximas da realidade dos fatos e com as expectativas da sociedade, dando uma resposta clara ao jurisdicionado acerca do direito que ele pretende ver reconhecido, concretizando-o com justiça.

Na síntese feita por **José Renato Nalini**, que vale a pena reproduzir, “A ética é a única matéria-prima de que o Brasil se ressente. Se houver incremento em sua reflexão e, principalmente, em sua vivência, o mais será enfrentado com galhardia. A mente privilegiada que decorou todo o conhecimento enciclopédico exigível de um candidato a juiz, contido na legislação, na doutrina e na jurisprudência, se não for sensível aos apelos éticos de uma nacionalidade sedenta de justiça, nada mais fará senão afligir o já aflito. Já a consciência direcionada à moral cívica de servir, ainda que não compartilhe a genialidade da erudição, terá condições de prestar a melhor justiça humana possível. Esta a necessidade do Brasil: magistrados humanos, capazes de compreender as angústias de quem necessita recorrer ao Judiciário e aptos a decidir em tempo oportuno. Justificando, sim, a sua opção. Mas mais preocupados em resolver a controvérsia do que em evidenciar sua sofisticada ilustração”¹¹⁴.

¹¹³ AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro. p. 5. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8248>>. Acesso em: 09 maio 2009.

¹¹⁴ NALINI, José Renato. CNJ, alavanca ética. *Boletim Informativo Academus*, n. 386, 30 out. 2009. Disponível em: <www.academus.pro.br>. Acesso em: 07 nov. 2009.

A *certeza* do direito vem assegurada pela estabilidade da sua interpretação feita de modo constante pelos Tribunais¹¹⁵. O que se espera do juiz hoje é que decida de *forma justa nas situações de incerteza*, cada vez mais comum em nossos dias.

Essa a mensagem deixada por **Canotilho** aos magistrados brasileiros, fazendo alusão à virtude da prudência: “O que nos pedem hoje é aquilo que a justiça sempre teve: prudência. Desde Aristóteles, prudência é decidir, em situações de incerteza, de uma forma justa. O que exigimos dos juízes e advogados é que contribuam para essa decisão em um mundo com cada vez mais incertezas, mas no qual procuramos ser justos. Penso que isso é um ideal”¹¹⁶.

Mostrar as dificuldades de ser um julgador no *século da jurisdição* é prestar um tributo ao Poder Judiciário, ao papel relevante que ele desempenha em um crucial momento onde o direito se constrói por meio de decisões criativas proferidas por cada um dos seus integrantes. É o prestígio adquirido pela jurisprudência que destaca a atividade criadora do juiz para proferir decisões mais justas.

3.2. O papel do juiz na época da crise das fontes do direito: a “desentronização” da lei

As antigas teorias que buscaram explicar a jurisdição não conseguem mais traduzir os valores trazidos com o chamado Estado constitucional, pois, além de “escravos do princípio da lei”, ainda negavam “lugar à ‘compreensão’ do caso concreto no raciocínio decisório”¹¹⁷.

Hoje, analisada a ordem jurídica pela perspectiva do consumidor dos serviços jurisdicionais, ou seja, pela ótica do jurisdicionado, destinatário das normas jurídicas, a

¹¹⁵Esse o magistério de Alfredo Buzaid, contido em um boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra de 1992, p. 131, citado por Marco Antonio Botto Muscari: “O problema da uniformização da jurisprudência não se confunde (...) com o da evolução do direito interpretado pelos tribunais. Este é um *prius*; aquele, um *posterius*. Que o direito, em consequência de modificações políticas, sociais e econômicas, possa sofrer entendimento diverso, é princípio pacífico na doutrina. O direito pode ser imortal, mas não é imutável. Destarte, enquanto forem as mesmas as condições em que surgiu o direito, a tendência é a sua certeza, assegurada pela estabilidade de sua interpretação constante pelos tribunais” (MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 34).

¹¹⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A serviço da comunidade e dos grandes ideais [Entrevista]. *Revista Diálogos&Debates*, São Paulo, p. 15, mar. 2008. Entrevista por Carlos Costa - Escola Paulista da Magistratura.

¹¹⁷MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 92.

preocupação do julgador deve estar voltada para o direito substancial, que, “sobre ser ajustado à realidade, deve ser interpretado e aplicado do modo correto”. Essa a posição defendida por **Kazuo Watanabe**, para quem, “para a aplicação de um direito substancial discriminatório e injusto, melhor seria dificultar o acesso à justiça, pois assim se evitaria o cometimento de dupla injustiça”¹¹⁸.

Não pode o juiz do nosso tempo, a quem cabe interpretar e aplicar o direito, se descurar de julgar com justiça e equidade¹¹⁹, o que é feito caso a caso, além de buscar tornar efetiva a tutela jurisdicional concedida.

A época da codificação trazia embutida a ideia de certeza do direito, evitando que a multiplicidade de fontes possibilitasse uma atuação discricionária dos operadores do direito. Supunha-se que bastaria escolher a norma correta para aplicar e resolver o caso concreto.

Com o passar do tempo, ocorreu uma espécie de “desentronização” (*detronizzazione*) da lei, que “non è più la stella polare dell’ordinamento, la fonte primaria per eccellenza che siamo stati abituati a considerare nei nostri studi di giurisprudenza. Tale “detronizzazione” – ripetutamente rilevata dalla dottrina costituzionalistica – risulta ancora più evidente dopo il processo caotico di delegificazione che c’è stato nell’ultimo decennio”. E complementa o autor italiano: “Se vogliamo descrivere con una metafora questo processo, possiamo dire che dal neoclassico siamo passati al barocco; oggi il sistema delle fonti è un sistema barocco, non ha più quella semplicità neoclassica che gli originari autori della codificazione volevano mantenere”¹²⁰.

Acreditou-se em épocas passadas que com a mera aplicação da lei o juiz estaria fazendo justiça. Todavia, sendo a lei hoje produto, não tanto da vontade popular, mas fruto

¹¹⁸WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna, cit., p. 128-129.

¹¹⁹“O equo sendo melhor que uma forma de justo – e aqui se percebe nitidamente qual a estrita relação existente entre o equo e uma forma específica de justo, o justo legal –, não deixa de ser justo; porém, não simplesmente pelo fato de que se constitui um gênero diferente representa algo a mais que o justo. Em verdade, são a mesma coisa o justo e o *équo* (*tautòn ára díkaion kaí epieikés*), de maneira que, assim sendo, o *equo* é algo melhor e mais desejável que o justo. Se equo e justo se equivalem, nesta medida, e da forma indicada segundo o gênero, não é verdade que o equo seja o justo segundo a lei (ou *tò katá nómon dé*), de acordo com o que está consignado na lei e foi posto pela vontade humana como vinculativo da conduta social, mas sim um corretivo do justo legal (*epanóρθoma nomímou díkaíou*). É a equidade a correção dos rigores da lei” (BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 110).

¹²⁰SILVESTRI, Gaetano. Il ruolo del giudice in un’epoca di crisi delle fonti del diritto, cit., p. 27.

de acordos entre líderes partidários¹²¹, essa visão pouco ou nada ilustra a verdadeira atividade do magistrado dos nossos dias, mas explica uma nova forma adotada pelo legislador de legislar por meio de normas abertas

Cada vez mais se torna necessário recorrer a outras fontes para dizer o direito, muito embora a lei ainda esteja na base do nosso sistema jurídico.

O princípio da legalidade, como pondera **Teresa Arruda Alvim Wambier**, entendido modernamente, não pode levar a uma situação de “automatismo na aplicação da lei”¹²², e, ainda que como um princípio importante, só tem sentido quando examinado em sua correlação com os demais princípios, até porque “pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico”¹²³.

O chamado *modelo constitucional de processo*, traçado por princípios e regras constitucionais, exige que o provimento jurisdicional derive de um processo justo, respeitado o devido processo legal, segundo a concepção de um Estado democrático de direito¹²⁴; mas não se concebe um juiz implacavelmente atrelado ao texto legal e a leitura mais recente do princípio da legalidade não permite que o julgador se reduza a um mero autômato na aplicação da lei.

Na verdade, na moderna concepção do direito, o papel do juiz não pode ser limitado “ao de uma boca pela qual fala a lei”. A lei já não constitui todo o direito, mas é apenas o principal instrumento que guia o juiz no cumprimento de sua tarefa, na solução de casos

¹²¹“A lei, quando não é produto da razão técnica executiva, mas forma de expressão de vontade e decisão política, surge, muitas vezes, como resultado de difíceis negociações na arte do possível, com fórmulas e termos vagos e formulações abertas ou de significações plurais que, por via de compromissos, permitem o acordo na aprovação” (GASPAR, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade, cit., p. 22-23).

¹²²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). *Código Civil análise doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 193.

¹²³É como entende Juarez Freitas: “Pensar o Direito como um conjunto de normas é subestimar a complexidade do fenômeno jurídico, pois, mesmo diante das mais rígidas disposições, a interpretação haverá de ser vista em novos e profícuos termos, assumida a dimensão hierarquizadora e finalística” (FREITAS, Juarez. Introdução. In: _____. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. p. 19).

¹²⁴A respeito, confira-se THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, fev. 2009, artigo onde os autores mostram a importância da análise do processo sob novas perspectivas em um Estado Democrático de Direito, realçando que “o processo democrático deve ser aplicado mediante os ditames do modelo constitucional de processo, conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela” (op. cit., p. 108).

específicos, cabendo-lhe encontrar, para aquela determinada controvérsia, uma solução “que seja razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária”¹²⁵.

Portanto, quando se diz que o Estado, instado pelo particular, deve atuar de forma imparcial na justa composição do conflito, por meio da *aplicação da lei ao caso concreto*, entenda-se como *lei*, não só o *texto legislado*, “mas o direito em sentido amplo (o arcabouço jurídico disponível ao julgador)”¹²⁶.

As leis não constituem um fim em si mesmo; são “setas indicadoras do caminho justo”, e não o caminho propriamente¹²⁷.

Administrar a justiça no início do terceiro milênio representa um grande e complicado desafio e exige do juiz um novo perfil, que se amolde às recentes exigências sociais, proferindo decisões céleres e justas.

A dinâmica das transformações da sociedade, se não podem ser acompanhadas com a mesma velocidade pelo legislador – incapaz de regulamentá-las todas por meio da lei –, impõe ao julgador a tarefa de discipliná-las em seus julgamentos, solucionando-as com justiça¹²⁸. Essa justiça da decisão deve ser examinada pelo ângulo da sua *aceitabilidade* no contexto jurídico e social.

Três seriam as condições necessárias, segundo **Michele Taruffo**, para que uma decisão judicial seja tida como *justa*: “a) ser a decisão o resultado final de um procedimento, no qual tenham sido respeitadas as garantias processuais; b) ser a decisão fundamentada sobre elementos verdadeiros dos fatos controversos; c) ser a decisão o

¹²⁵PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 221-222.

¹²⁶PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Cruz; Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 185.

¹²⁷PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, cit., p. 123.

¹²⁸Observa Antônio Henriques Gaspar que, não tendo a produção normativa acompanhado, e nem conseguiria fazê-lo, “a velocidade do real, ficam espaços de enorme sensibilidade pessoal, moral ou com sérias repercussões econômicas sem quadros normativos que constituam um suporte regulador. A ausência de regulação em espaços relevantes, que não podem ser espaços de não direito ou livres de direito, defere à Justiça os modos de regulação, em função integradora ou supletiva da inércia ou da incapacidade política para intervenção legislativa” (GASPAR, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade, cit., p. 24).

resultado de uma correta interpretação em aplicar as normas relevantes no caso concreto”¹²⁹.

Modernamente, avulta a importância do papel dos juízes na interpretação dos textos jurídicos, cada vez mais recheados de termos vagos e imprecisos, as chamadas normas abertas, que contêm conceitos indeterminados e cláusulas gerais, impondo aos julgadores a tarefa de completá-las, viabilizando a sua aplicação ao caso concreto.

Inevitável que se conclua também, como decorrência dessa reconhecida incapacidade do legislador de regulamentar todas as situações sociais, pelo correspondente e proporcional aumento do poder de decisão do juiz, quanto mais vagos forem os termos da lei ¹³⁰.

Evidente que não se trata de um poder ilimitado, mas que encontra seu limite nos próprios textos normativos e que pode ser controlado por meio do obrigatório dever de motivação das decisões judiciais, que, por sua vez, possibilita um controle pela sociedade da legitimidade do exercício desse poder.

É por meio dos fundamentos da decisão que o ato de julgar pode ser objeto, não apenas de um controle interno pelas partes e pelos julgadores das instâncias superiores, mas de um controle político externo feito pela sociedade, da mesma forma que todos os poderes em uma democracia estão igualmente sujeitos a esse controle¹³¹.

O *controle político* da motivação pela sociedade é feito pela opinião pública pelos diversos modos como ela se expressa: na mídia, por meio de reportagens, editoriais, comentários, cartas de leitores, etc.; na comunidade acadêmica, em dissertações, teses, artigos, seminários, etc.; na sociedade em geral, pelas discussões públicas, panfletos, coleta de assinaturas ("abaixo-assinados") e assim por diante.

¹²⁹Cf. TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Título original *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 14, p. 443, jul./dez. 2001.

¹³⁰PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 478.

¹³¹A respeito do controle exercido pela sociedade sobre a motivação, confira-se PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65-67, para quem “Num Estado de Direito, é fundamental que possa haver o exame das decisões por toda pessoa interessada em compreender a real razão que levou o julgador a decidir de tal ou qual maneira, mesmo porque ele é livre para formar o seu convencimento, mas não pode ser arbitrário” (op. cit., p. 66-67).

Também há um controle realizado pelos demais poderes: no Parlamento, ele se manifesta pelos discursos, projetos de lei, requerimentos de informação, etc; no Poder Executivo, por meios a esses comparáveis.

O julgamento se legitima, pois, por meio da motivação apresentada pelo julgador.

No novo contexto social, não há mais lugar para o juiz positivista, burocrata, que apenas repete os termos da lei, sem preocupação alguma com o resultado do julgamento e da sua repercussão na realidade das partes ¹³².

Não mais se admite dos juízes na atualidade uma “participação limitada ou distante do palco social em que estão inseridos e para quem vão direcionar sua atividade estatal”¹³³.

O tratamento por vezes dispensado aos *hipossuficientes* revela a preocupação do juiz de resguardá-los da conduta abusiva daqueles considerados mais fortes, o que, é bom que se diga, em nada compromete a imparcialidade do julgador ¹³⁴.

¹³²Alberto Silva Franco descreve o juiz que é resultado do *petrificante processo positivista*, de uma *compreensão burocrática dos feitos submetidos a seu julgamento* e de uma *postura insegura e corporativa*, o juiz formalista, que se deixa seduzir, não pela qualidade da justiça, mas pela quantidade de sentenças ou outros indicadores quantitativos. Aquele que não possui idéias próprias e nem deveria tê-las, pois sua função é a de aplicar a lei. Para o autor, juiz paulista aposentado, não haveria mais lugar para este tipo de juiz em uma sociedade globalizada como a nossa, caracterizada por um extremo dinamismo (FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2004. p. 810).

¹³³MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*, cit., p. 130. Nas palavras de Antonio Henrique Gaspar, “Tem o julgador contemporâneo como missão, “tornar efectiva a função da Justiça nas incertezas das sociedades contemporâneas”, aquele que atua como um “*construtor da catedral legislativa*”, fazendo “o fecho da abóbada do sistema normativo”, ou como um “*árbitro ou ministro da equidade*”, quando decide “segundo juízos prudenciais em que intervêm critérios de equilíbrio ou de equidade, ou na apreensão do sentido da transversalidade de certos valores sociais”, às vezes agindo como “*terapeuta social*”, pacificador das partes que manifestam no conflito seus dramas pessoais, e também como “*tecedor de filigranas*”, para superar “a incerteza e a insegurança que nasce da dispersão normativa, recolocando coerência onde, por vezes, possam ocorrer falhas metodológicas” (GASPAR, Antonio Henriques. *A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade*, cit., p. 28).

¹³⁴Em recente julgamento realizado perante a 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em acórdão relatado pelo Desembargador Maurício Vidigal (AI n. 571.910-4/8), foram os autores dispensados de apresentar o geo-referenciamento do imóvel usucapiendo, exigido pelo juiz de primeiro grau sob pena de indeferimento da petição inicial, uma vez que se tratava de pessoas pobres, que não teriam recursos para custear esse trabalho, sob pena de vedar-lhes o acesso à justiça. Ressaltou o eminente Relator em seu voto que, por força de decreto presidencial, em casos de isenção dos custos financeiros, o INCRA deveria proporcionar os meios necessários para a identificação do imóvel, o que não vinha fazendo. Assim, concluiu o Relator que deveriam os autores ser dispensados de apresentar tal levantamento, com a expedição de ofício ao Presidente da República dando-lhe ciência do descumprimento do decreto presidencial por parte do INCRA: “(...) Neste caso, a hipótese é do geo-referenciamento. A Lei n.10.267, de 28 de agosto de 2001, alterou o art. 176, da Lei de Registros Públicos, para criar a obrigação de perfeita identificação de imóvel rural no ato de registro de qualquer situação de transferência, fundamentada em memorial descritivo de autoria de profissional habilitado no qual se contenham as coordenadas dos vértices

A indispensável imparcialidade do juiz não se confunde com uma indesejada neutralidade, no sentido de indiferença ao êxito do pleito: interessa ao julgador zeloso dos seus deveres um desfecho justo do processo e que saia vitorioso aquele que realmente tem razão¹³⁵.

Em contraposição ao juiz passivo, a quem incumbe tão somente “declarar qual das partes está certa”, que ignora uma desigual distribuição de recursos, como riquezas e talentos, propõe **Owen Fiss** que, diante de tais desigualdades, assuma o juiz um papel mais ativo no processo, “para ter certeza de que está totalmente informado e de que um resultado justo será alcançado, evitando, dessa forma, uma solução nos moldes da distribuição de recursos em uma loteria natural ou pelo mercado”¹³⁶.

Cabe ao magistrado, como um papel novo a ser por ele desempenhado, “estar a serviço da comunidade e dos grandes ideais, da liberdade, da justiça social, dos valores supremos”¹³⁷.

definidores dos limites dos imóveis rurais, geo-referenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro e com precisão posicional a ser fixada pelo INCRA. Essa mesma lei assegurava isenção de custos financeiros aos proprietários de imóveis rurais cuja área não exceda a quatro módulos rurais. O parágrafo 3º, do art. 225, da mesma lei, foi alterado para dispor que nos autos judiciais os imóveis rurais devam ser identificados da mesma forma, reiterando-se a isenção de custos referida. O parágrafo 1º, do art. 8º, do Decreto n. 4.449, de 30 de outubro de 2002, que regulamentou a lei supra mencionada, estabeleceu que a isenção conferida ao pequeno proprietário rural abrange os casos de transmissão de domínio e seu parágrafo 2º. dispôs que o INCRA proporcionaria os meios necessários para a identificação do imóvel. **No caso, o INCRA, descumprindo o decreto presidencial, informou que, como ele próprio por ato normativo não estabeleceu regras de isenção, não a pode conceder. Já que o INCRA, órgão subordinado ao presidente da república, não cumpre seus decretos, não vejo porque outras repartições devam cumprir. E como o descumprimento impede que os agravantes desfrutem do direito constitucional da assistência judiciária e, indiretamente, do pleno acesso ao Judiciário, a solução possível, já que outra não se apresenta na prática, é o prosseguimento do processo sem a exibição do memorial referido, ordenando-se no final, caso julgada procedente a ação, que seja feito o registro independentemente do geo-referenciamento e sua completa regularização quando o INCRA atender ao disposto na lei e no ato presidencial.** Em caso assemelhado, acórdão deste tribunal, relatado pelo Des. Silvério Ribeiro, entendeu ser aplicável a regra do parágrafo 5º, do art. 22, da Lei n. 4.947/66, também modificada pela Lei n. 10.247/2001, segundo a qual nos casos de usucapião o juiz intimará o INCRA do teor da sentença para que faça o cadastramento. Nessa ocasião, o órgão oficial poderá providenciar o geo-referenciamento. **Como o INCRA não cumpre o decreto presidencial, oficie-se ao Excelentíssimo Presidente da República, comunicando a insubordinação**” (sem destaques no original).

¹³⁵ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, p. 29.

¹³⁶ FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 58. Diz o autor americano que “o modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve permanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais. Portanto, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa. A adoção dessa postura passiva é questionada por muitos fatores, entre os quais se inclui a desigualdade na distribuição de recursos, a saber, riquezas e talentos. Tais desigualdades fornecem ao juiz fortes razões para assumir um papel mais ativo no processo (...)” (op. cit., p. 58).

¹³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A serviço da comunidade e dos grandes ideais [Entrevista], cit., p. 15.

Deve buscar sempre fazer justiça, dando razão àquele que efetivamente a tenha, mantendo-se acima e além das paixões próprias de uma causa, mas nunca indiferente ao resultado que lhe pareça correto. Daí a acertada colocação feita por **Barbosa Moreira** de que não é correto dizer que para o juiz *tanto faz* que vença o autor ou o réu: essa “afirmação só é verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro”¹³⁸.

Esse, portanto, o perfil do juiz do *século da jurisdição*, que deve dizer o direito e justificar o sentido desse direito que afirma, mas que deve também ser capaz de desempenhar suas funções em uma sociedade de exclusão social¹³⁹ e de dirimir os mais diferentes conflitos sociais que diariamente se apresentam para julgamento, sem perder de vista o sistema jurídico¹⁴⁰, referência fundamental para a legitimidade da sua atuação, conferindo segurança e previsibilidade às decisões proferidas.

¹³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, cit., p. 30.

¹³⁹ Para José Eduardo Faria, a grande dúvida é se os magistrados, nesse “momento histórico de massificação da própria carreira e de ‘mídiação’ da justiça” terão sensibilidade e humildade suficientes para concluir que modernização da justiça não significa a construção de novos prédios, nem aquisição de modernos computadores; se saberão reciclar-se e entender a “metamorfose do direito, com a crescente convergência e aproximação dos institutos, categorias e procedimentos da *civil law* aos da (cada vez mais inequivocamente universal) *common law*” e se haverá um aperfeiçoamento do sistema de recrutamento de novos magistrados, de modo a selecionar profissionais mais aptos a enfrentar as “complexas e inéditas questões levadas aos tribunais” (cf. FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização, cit., p. 819, citando o autor na nota de rodapé n.27).

¹⁴⁰ Por *sistema jurídico* entenda-se, não apenas a lei, como direito positivado pelo Poder Legislativo, mas também os princípios jurídicos e valores. Conceitua Juarez Freitas o *sistema jurídico* como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, cit., p. 54). Em *O direito como texto*: quatro estudos da teoria comunicacional do direito, cit., Gregorio Robles diferencia o conceito de *ordenamento* do conceito de *sistema*: “Enquanto o primeiro é o *texto jurídico bruto*, resultado da atividade de decisão, o sistema representa o *texto jurídico elaborado* graças ao trabalho

3.3. A função criativa do juiz

A inexistência de legislação e o seu descompasso com as mudanças sociais, as lacunas¹⁴¹, antinomias¹⁴² e ambiguidades, e a sempre indispensável interpretação do direito positivo quando da sua aplicação, obriga a que se reconheça uma função criativa do juiz, negada com veemência em épocas anteriores, mas admitida em nossos dias pela maioria dos doutrinadores.

Já se disse “que as regras de direito não se colhem inteiramente maduras das árvores. Cabe ao juiz, consultando a sua própria experiência, determinar a forma e a tendência de um preceito normativo, o qual, nesse instante, se origina de um ato criador”¹⁴³.

A própria individualização da *regula juris* já se mostra criativa, na medida em que “ela não é estrita e rigorosamente determinada de forma a se impor, do externo, ao juiz (que, portanto, permaneceria passivo, uma espécie de *tabula rasa*), mas – ao contrário – que ela é fruto de uma escolha (ou de um conjunto de escolhas) que o juiz faz no momento da interpretação/aplicação da norma ao caso concreto”¹⁴⁴.

É o juiz quem irá adequar o direito às peculiaridades da situação que lhe é apresentada, buscando solucioná-la, e que demonstrará, por meio da motivação, o acerto da

da dogmática jurídica. Esta não é entendida como uma ciência descritiva, mas construtiva e prática; e o sistema que ela produz é o verdadeiro centro de interesse da teoria do direito” (p. XII).

¹⁴¹“Una norma può essere concepita, alternativamente, o come un enunciato che qualifichi deonticamente un certo comportamento, o come un enunciato sintatticamente condizionale che conetta una conseguenza giuridica ad una fattispecie. Adottando l’uno o l’altro concetto di norma, si può definire ‘lacuna’ nell’uno o nell’altro dei modi seguenti: (a) in un sistema giuridico vi è una lacuna allorchè un dato comportamento non è deonticamente qualificato in alcun modo da alcuna norma giuridica appartenente al sistema; oppure (b) in un sistema giuridico vi è una lacuna allorchè per una data fattispecie non è prevista alcuna conseguenza giuridica da alcuna norma appartenente al sistema” (GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 421).

¹⁴²Ricardo Guastini traz dois conceitos de antinomia: “(a) in un sistema giuridico vi è un’antinomia allorchè un dato comportamento è deonticamente qualificato in due modi incompatibili da due diverse norme appartenenti al sistema; oppure (b) in un sistema giuridico vi è un’antinomia allorchè per una data fattispecie sono previste due conseguenze giuridiche incompatibili da due diverse norme appartenenti al sistema” (GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, cit., p. 409).

¹⁴³AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 123. Afirma o autor, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, que, “se o verdadeiro fim da função jurisdicional é uma missão pacificadora e a procura de soluções adequadas aos litígios, deve-se inferir por um liame de necessidade lógica que o juiz há de estar habilitado a criar, em caso de necessidade, o direito aplicável, e também a determinar sob certas condições as soluções mais apropriadas” (op. cit., p. 122).

¹⁴⁴TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito, cit., p. 432.

solução por ele dada, de modo a legitimar a sua forma de atuar o direito e de fazer justiça no caso concreto.

Ainda que fosse possível a edição de incontáveis leis para disciplinar todas as situações da vida, o que já se sabe de antemão seria impossível, não há como se concretizar o direito, realizar o justo, senão por meio do exercício criativo diário do juiz.

Aliás, em todas as passagens do raciocínio decisório até a solução final da controvérsia, muitos são “os atos de escolha não vinculada e não predeterminada”, exercendo o juiz “poderes consistentes na escolha de uma entre muitas das possíveis alternativas de decisões”, de modo que, para **Michele Taruffo**, *poder criativo e escolha discricional* terminam sendo substancialmente sinônimos¹⁴⁵.

A motivação legitima o exercício da jurisdição¹⁴⁶, quando o julgador adapta o direito aos reclamos recentes da sociedade, que escaparam da previsão inexoravelmente falível do legislador.

De fato, como decorrência dos conflitos modernos submetidos diariamente à apreciação judicial e que exigem uma resposta rápida e eficiente do julgador, ainda quando a lei não a preveja expressamente, obriga-se o juiz a valer-se da sua criatividade para proferir o julgamento, justificando a solução por ele encontrada e que lhe parece a mais acertada para aquele caso.

Para tanto, traz o julgador argumentos que justificam a escolha que fez para julgar em um determinado sentido, e não em outro, e que estão expostos na motivação da decisão que torna pública.

Essa criatividade também se manifesta no plano processual, diante da inadequação da legislação processual, em algumas hipóteses, para servir de instrumento que possibilite a realização do direito material¹⁴⁷.

¹⁴⁵TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito, cit., p. 432-433.

¹⁴⁶“(…) il potere giurisdizionale è validamente esercitato solo se la sentenza è giustificata da ragioni valide e diffusamente controllabili” (TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*. In: LA SENTENZA in Europa: metodo, técnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 213).

¹⁴⁷Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p.182. Discorrendo sobre a atividade criadora do juiz no campo processual, faz o processualista interessante comparação: “A capacidade de adequação da ordem jurídica positiva, é sabido, corresponde à velocidade de um pesado transatlântico manobrando em canal estreito, ao passo que a realidade movimenta-se tal qual a velocidade

Muitos são os casos de ineficiência do instrumento processual ou até de ausência de uma disciplina legal, a exigir uma atividade criativa do juiz também nesse plano, sendo certo que, da mesma forma que os conflitos não podem ficar sem uma resposta do Poder Judiciário, a tutela jurisdicional também não pode ser simplesmente concedida à parte, mas deve ser apta a outorgar a quem tem razão uma proteção eficaz ao direito reconhecido.

Não sem razão, afirma **Marinoni** que “a idéia de adequação do processo ao direito material exige, em um primeiro momento, que o processo seja visto como técnica processual destinada à efetividade dos direitos, para depois se compreender que o processo, como técnica indiferente ao direito material, é fechado em sim mesmo e, portanto, algo inservível”¹⁴⁸.

A criação do direito por obra do juiz, na explicação de **Cappelletti**, não o transforma em legislador, reconhecendo o processualista que a criatividade judicial constitui um fato inevitável no exercício da função jurisdicional e que há “importantes razões para o acentuado desenvolvimento de tal criatividade em nosso século, correspondendo a características e exigências fundamentais de nossa época, econômicas, políticas, constitucionais e sociais”¹⁴⁹.

Constrangidos a serem *criadores do direito*, são os juízes, ainda na visão de **Cappelletti**, “chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores”, dadas as diferenças entre o processo legislativo e o jurisdicional¹⁵⁰.

Com extrema propriedade, o ilustre processualista italiano mostra a diferença que existe no *modo de criar o direito* pelo Judiciário – por meio da atividade dos juízes e Tribunais –, daquele desenvolvido pelo Legislativo: “O que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a)

de um moderno avião de combate, daí, pois, a oportunidade de se abrir espaço para a atividade criativa também no campo processual” (p. 183).

¹⁴⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004. p. 28.

¹⁴⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 74. Explica Liebman, em artigo de sua autoria, que Cappelletti, no livro *Juízes legisladores?*, cit., se propõe a “ilustrar não tanto a força criadora da jurisprudência, que é considerada como um dado fático pacífico, mas principalmente as razões em virtude das quais sua influência cresceu e vem se tornando a cada dia mais significativa na sociedade dos nossos dias” (LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, ano 11, p. 57, jul./set. 1996).

¹⁵⁰CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 74.

conexão da sua atividade decisória com os “*cases and controversies*” e, por isso, com as *partes* de tais casos concretos, e *b*) a atitude de *imparcialidade* do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re sua*, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (“*fair hearing*”), (...) e deve ter, de sua vez, grau suficiente de *independência* em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos ‘poderes políticos’”¹⁵¹.

Na mesma linha, as colocações de **Rui Portanova** de que, “criando ao jurisdicionar, o juiz nem de longe se torna legislador”, não podendo ser confundida a *criação judicial* com a *criação legislativa*, pois se está “falando de criação do direito no caso concreto”, em demanda “proposta pela parte interessada” e que, portanto, “não é geral”¹⁵².

Mais exata se mostra, ainda, a distinção feita por **Liebman**, ao distinguir as funções do juiz daquelas desempenhadas pelo legislador.

Após tecer elegante crítica a **Cappelletti**, que, ao discorrer sobre a diferença essencial entre criar o direito pela legislação e a criação feita pelo juiz, passa a descrever características distintivas da figura do juiz que não se encontrariam na pessoa do legislador (o juiz operaria “*super partes*, no contraditório das partes, ou seja, segundo aforismos *Nemo iudex in causa propria, audiat altera pars, nemo iudex sine actore*”), conclui **Liebman** que “dizer o que o legislador *não é* é bem pouco para saber como ele é e como opera”, além do que, se as características apontadas por **Cappelletti** estivessem presentes no legislador, elas não o impediriam de legislar.

Com peculiar clareza, passa então **Liebman** a formular a sua distinção, mostrando a proximidade da lei com a criação judicial do direito: “A distinção entre legislação e jurisdição reside, ao que me parece, na qualidade do objeto a respeito do qual o legislador e o juiz são chamados a pronunciar-se: problemas *abstratos* para o legislador; problemas *concretos* para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia concreta e eficaz só em relação a esta”¹⁵³.

¹⁵¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 74-75.

¹⁵²PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, cit., p. 132.

¹⁵³LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei, cit., p. 58-59. O autor conclui o artigo expondo sua discordância parcial da idéia de Cappelletti de que a interpretação judiciária é criativa, para dizer que apenas do ponto de vista sociológico, filosófico e político, e na visão do homem leigo, há no ato jurisdicional “sempre qualquer coisa, mais ou menos relevante, que não está na lei, a começar pelo caráter concreto da regra enunciada conteúdo da decisão, até as escolhas mais ou menos numerosas que a tomada de decisão reclamou. Mas do ponto de vista jurídico as coisas

Essa seria a principal distinção que há entre as duas funções: o juiz, quando decide casos concretos, profere decisão eficaz para aquele caso isoladamente considerado, e nada tem de legislador, mesmo que seu ato seja sempre criativo e possa servir como precedente para casos futuros.

Fique claro, todavia, que uma coisa é a *função criadora do juiz*; outra, muito diferente, é a discussão acerca de ser o precedente judicial ou não fonte do direito, o que será objeto de análise em outro item desse trabalho. Aqui, por ora, analisa-se o poder criador do juiz no caso concreto, que, conforme foi dito anteriormente, vem demonstrado todos os dias pela atividade desenvolvida pelos juízes, quando se defrontam com os casos que deverão ser julgados¹⁵⁴.

A criação judiciária do direito, para **Michele Taruffo**, é *premissa assumida*, que prescinde de outras justificativas e é ponto de partida para que se possa entender esse fenômeno, muito embora a sua existência venha descrita em termos muito genéricos e seja muitas vezes mal compreendida¹⁵⁵.

Isso porque, na advertência de **Hamilton Elliot Akel**, há uma grande diferença entre usar o sentimento individual de justiça, como substituto do direito, e o uso desse sentimento de justiça como *pedra de toque* na interpretação ou na extensão do direito.

Em monografia dedicada ao tema, observa o autor que, via de regra, “o juiz tem usado ponderadamente seus poderes porque se sente subordinado aos imperativos da

ocorrem de forma absolutamente diversa, porque o ângulo jurídico não pode prescindir do elemento formal e por isso o pronunciamento do juiz consiste exclusivamente em tornar explícito, manifesto e concreto aquilo que já estava contido na formulação do preceito legislativo”. Liebman admite, todavia, que a jurisprudência orienta a interpretação da lei, “adaptando-a, quando necessário, às variáveis exigências da sociedade, da economia e dos costumes” (op. cit., p. 59-60).

¹⁵⁴A distinção é também feita por MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 21. Para o autor, “No instante de exercer a sua atividade cotidiana, o juiz se depara com omissões e tem de solucionar os litígios com base em conceitos e idéias próprios. Na verdade, ‘a criação do Direito pelo juiz decorre do próprio exercício da função jurisdicional, de modo necessário e inafastável’, ou, noutras palavras, ‘o poder de criar regras jurídicas é uma competência implícita de toda função jurisdicional’. Atualmente, mais e mais o legislador se vale de *Standards jurídicos*, com tipos abertos que reclamam intensa atividade do órgão jurisdicional, com o fito de preenchê-los, para só então chegar à norma concreta. Referimo-nos a ‘bons costumes’, ‘bem comum’, ‘interesse público’, ‘boa-fé’, ‘repouso noturno’ e ‘ruído excessivo’, entre outros” (*Súmula vinculante*, cit., p. 22).

¹⁵⁵“Que o juiz disponha de um amplo ‘poder criativo’, no exercício da sua função decisória, é uma coisa comum, geralmente reconhecida como verdadeira e refletida em uma quantidade de material escrito sobre a interpretação do direito. Trata-se, portanto, de uma premissa que pode ser assumida, sem necessidade de justificativa particular ou discussão (...). Vale a pena, todavia, mencionar o fato de que normalmente, a enunciação da existência do poder criativo do juiz é formulada em termos muito genéricos, de modo que, frequentemente, não é fácil compreender o significado que ao mesmo se quer atribuir” (TARUFFO, Michele. *Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito*, cit., p. 431-432).

função que exerce no grupo social. Embora seja livre para escolher a norma apropriada, o juiz é, ao mesmo tempo, um poder social no sistema, em uma sociedade organizada e que ele por isso mesmo encontra-se vinculado pelos princípios ideológicos e pelas grandes idéias básicas sobre cujo conjunto está fundado o edifício social. Bem por isso, ele não pode, para cumprir corretamente sua missão, desprezar esses princípios básicos, esses ‘princípios gerais da organização jurídica do Estado’¹⁵⁶.

Dessa forma, conclui o autor, “a decisão do juiz é livre, mas não incondicionada”, pois “o respeito a esses princípios fundamentais da ordem social, a natureza mesma de sua função de julgar, o contato diário que o juiz tem com as realidades do cotidiano e os interesses em movimento, tudo isso constitui um obstáculo ao arbítrio e aos caprichos”¹⁵⁷.

Sintetizando, as necessárias escolhas que o juiz faz quando interpreta e aplica a norma ao caso concreto devem vir devidamente justificadas, exatamente por conta do inevitável exercício dessa criatividade judicial, de modo a legitimar tais escolhas e a possibilitar o seu controle, como se verá a seguir.

Por ora, fica evidente uma função criativa do juiz para desempenhar a tarefa de julgar¹⁵⁸, que obriga a uma redefinição do modelo de julgador para os dias de hoje, chamado a atuar em um emaranhado de leis e atos normativos para solucionar conflitos que, no mais das vezes, extrapolam até as próprias previsões legais.

Eros Grau, em riquíssima obra acerca da interpretação e aplicação do direito, vai mais além, ponderando que não só textos normativos que não são unívocos ou evidentes carecem de interpretação para serem concretizados, mas *todos* os textos devem ser necessariamente interpretados para serem aplicados a casos concretos. Assim, coloca o autor a “criação” do direito pelos juízes como consequência do próprio processo de interpretação¹⁵⁹.

¹⁵⁶ AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*, cit., p. 126-127.

¹⁵⁷ AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*, cit., p. 127.

¹⁵⁸ Em palestra proferida por Gregório Robles na Escola Paulista da Magistratura, no dia 29 de outubro de 2009, o professor catedrático da Universidade de Palma de Majorca, perguntou ao auditório, composto por juízes e desembargadores, se eles “criavam o direito”. Ao obter uma resposta afirmativa da platéia, mostrou-se aliviado e afirmou que uma resposta negativa seria um caso para ser resolvido pela psicologia forense...

¹⁵⁹ “Quando refiro à ‘produção’ do direito pelo juiz, refiro-a em sentido diverso daquele veiculado pelo vocábulo ‘criação’. Pois o que desejo afirmar é que o intérprete autêntico ‘produz’ direito porque necessariamente completa o trabalho do legislador (ou do autor do texto, em função regulamentar ou regimental). (...) Aqui me permito lembrar que sempre foi assim: independentemente de cogitarmos de ‘criação’ de direito pelo juiz; tem de ser assim. Em outros termos: não se trata de afirmarmos que as

Vejamos quais os limites dessa criatividade judicial.

3.4. Limites da criatividade judicial: o dever constitucional de motivar

A atividade de interpretação/aplicação do direito é feita em uma só operação, como afirma **Eros Grau**, pois todas as normas carecem de interpretação, mesmo aquelas cujo significado esteja claro¹⁶⁰, pela simples razão de que interpretamos os textos jurídicos e também interpretamos (compreendemos) os fatos, interpretação que influirá decisivamente na norma a ser aplicada ao caso.

Segundo o autor, toda interpretação é constitutiva, e não meramente declaratória, estando superada, após toda a evolução da reflexão hermenêutica, a concepção de interpretação como técnica de subsunção do fato na norma¹⁶¹.

A interpretação é do *texto normativo*, de onde resulta a *norma jurídica*, a ser aplicada a um caso concreto. A aplicação será feita por uma sentença, de sorte que, embora todos os operadores do direito interpretem, apenas um chega ao *ponto culminante do processo de interpretação*, que é o *intérprete autêntico*, qual seja, o juiz¹⁶².

É por meio da *norma de decisão* que o juiz dá a solução ao caso, concretizando, dessa forma, o direito e *operando a sua inserção na vida*.

Essa criação da norma jurídica, todavia, como bem adverte o autor, não constitui uma *criação ex nihilo*, mas uma produção da norma jurídica pelo intérprete a partir do *invólucro do texto normativo*, de sorte que a norma jurídica é sempre produzida a partir do texto jurídico e dos elementos do caso concreto examinado.

decisões judiciais possuem eficácia geral, são normas individuais, supõem a criação de uma norma geral que serve de justificação à sentença, ou que os juízes formulam normas novas não vinculadas a textos normativos preexistentes; afirmo a ‘criação’ de direito pelos juízes, como consequência do próprio processo de interpretação” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 64).

¹⁶⁰Já se disse que não haveria “interpretação literal”, pois se é *literal*, não necessitaria de interpretação, e se há necessidade de *interpretação*, então não seria literal...

¹⁶¹Todas as idéias a seguir resumidas acerca da interpretação e aplicação do direito estão expostas no livro *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit.

¹⁶²Entenda-se por interpretação o “processo intelectual através do qual, partindo de fórmulas lingüísticas contidas nos textos, enunciados, preceitos, disposições, alcançamos a determinação de um conteúdo normativo” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 30).

E, ainda que se parta de um mesmo texto, sua compreensão é feita de forma diversa pelos diferentes intérpretes, sempre à luz de um caso determinado ao qual a norma produzida será aplicada e segundo a compreensão de cada um dos fatos examinados.

Como ressalva o mesmo autor, não há *verdade dos fatos*, mas diferentes formas de pré-compreensão acerca deles, diferentes formas de como são os fatos percebidos pelo intérprete. Daí resultam as diferentes interpretações que são feitas sobre um mesmo texto normativo.

A conclusão trazida por **Eros Grau** é que “a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas” e que “o sentido do justo comporta sempre mais de uma solução”¹⁶³.

Em matéria de interpretação, não existe o certo/errado, o verdadeiro/falso das ciências matemáticas, mas sim o *justificável*, o *aceitável*.

A esse respeito, afirma **Karl Larenz**: “Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação ‘correcta’, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação ‘absolutamente correcta’, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões”¹⁶⁴.

Muito embora não haja uma única solução correta, o intérprete está sempre *vinculado pelo sistema jurídico*, por uma interpretação que recai sobre o texto normativo e os princípios jurídicos, de modo que, na mesma linha sustentada por **Eros Grau**, não há que se falar em discricionariedade judicial.

O juiz não produz as normas de decisão livremente, partindo do nada, mas está sempre vinculado aos textos normativos e ao que veiculam os princípios: “A ‘abertura’ dos textos de direito, embora suficiente para permitir que o direito permaneça ao serviço da realidade, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 39.

¹⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 1991. p. 434.

atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto”¹⁶⁵.

O intérprete não atua no campo da discricionariedade, onde podem ser formulados juízos de oportunidade, mas formula apenas *juízos de legalidade*, contido pelos lindes da legalidade e da constitucionalidade¹⁶⁶.

O que se tem erroneamente chamado de *discricionariedade judicial* “é poder de definição de normas de decisão, posterior à produção de normas jurídicas, que o juiz exercita formulando juízos de *legalidade* (não de *oportunidade*)”, cuja distinção está “em que o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente; o *juízo de legalidade* é atuação, embora desenvolvida no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve, atado, retido, pelo *texto*”¹⁶⁷.

No mesmo sentido, a conclusão de **José Roberto dos Santos Bedaque**, para quem o juiz não tem poder discricionário, ainda que tenha que decidir à luz de leis com termos abertos, vagos ou indeterminados e que conferem ao juiz maior poder de concretização da regra. Cabe ao julgador determinar o sentido e decidir à luz dessas regras, e não por conveniência e oportunidade, “juízos de valor próprios da discricionariedade”. E finaliza: “Tal quadro não é compatível com a idéia de discricionariedade, salvo se diverso o sentido atribuído a essa expressão. Se poder discricionário significa maior liberdade na interpretação da norma, tendo em vista os conceitos vagos e imprecisos nela existentes, o juiz o exerce”¹⁶⁸.

Assentada a idéia de que não há uma única solução correta que derive da vontade da lei, vê-se que é exatamente a motivação trazida pelo julgador que irá justificar o raciocínio judicial adotado para prestar a tutela reclamada ao direito material violado e para

¹⁶⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 56.

¹⁶⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 56-57.

¹⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008. p. 209-210. Observa o autor que, “à questão de se saber quando o intérprete autêntico (= o juiz) subverte o *texto*, cumpre observarmos que, sendo a interpretação uma *prudência* (ela não é *saber puro*, separado do ser), essa subversão verificar-se-á quando estiver ele a produzir interpretante (*norma*) *não correto*. A apuração dessa *subversão* também é (deve ser) objeto de uma *prudência*” (op. cit., p. 210). Em outro momento, o mesmo autor afirma que a interpretação do direito é uma *prudência*, e que o juiz, intérprete autêntico, ao produzir normas jurídicas, pratica a *juris prudentia*, e não *juris scientia*, que reclama o *manejo de noções, e não somente de conceitos*: “quando afirmo ser uma *prudência* o direito estou a dizer, também, que o saber prático que interpreta é saber prático do sujeito, isto é, do intérprete – quer dizer, daquele intérprete” (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 39 e 41).

¹⁶⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 127 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008. p. 374.

demonstrar a utilização do meio executivo necessário para concretizar a tutela naquela dada situação.

Não há como dissociar a jurisdição, em sua concepção contemporânea, dos resultados que produz concretamente na vida das pessoas, cabendo ao juiz dar efetividade, dar concretude à tutela que concede. E, para que se tenha como cumprida a promessa constitucional de que seja prestada uma tutela jurisdicional efetiva, deve o juiz se valer também do meio executivo mais adequado para realizar o direito reconhecido à parte.

Detentor de um poder, o juiz, em um regime democrático, está obrigado a prestar contas do modo como o utiliza, e deve fazê-lo mediante a motivação que invoca no ato de julgar.

Essa a lição trazida por **Chaim Perelman**: “o direito é, simultaneamente, ato de autoridade e obra de razão e de persuasão. O direito autoritário, aquele que se impõe pelo respeito e pela majestade, não precisa motivar. Aquele que se quer democrático, obra de persuasão e de razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada”¹⁶⁹.

É por meio da justificação apresentada pelo julgador, exigência constitucional, que as partes e também a sociedade exercem o controle da decisão proferida e que a atuação judicial se legitima.

Esse o significado constitucional do dever de motivar: assegurar a qualquer um do povo o controle sobre a forma como o poder jurisdicional é exercido, garantindo o controle democrático difuso sobre os fundamentos e a legalidade das decisões¹⁷⁰.

Na síntese feita por **Michele Taruffo**, o significado constitucional do dever de motivar assenta-se em dois elementos: “(i) che l’aministrazione della giustizia si legittima attraverso la giustificazione e la controllabilità dei provvedimento giurisdizionali”; (ii) “la possibilità del controllo esterno e diffuso sull’esercizio del potere giurisdizionale si configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia”¹⁷¹.

¹⁶⁹PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 566 e 570.

¹⁷⁰Cf. TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 40.

¹⁷¹TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 42.

A legitimidade do Judiciário, como já referido, não vem da origem dos seus membros, que não são eleitos, mas da maneira como decidem, valendo-se os juízes da argumentação jurídica que justifica a decisão, demonstrando o acerto das escolhas feitas, e que permite verificar se a decisão é justa e válida¹⁷².

Essa necessidade de controle da atividade do julgador pela motivação, que também deriva do aumento dos poderes que são concedidos ao juiz pelo legislador com a edição de normas abertas, reflete, nas palavras de **Marinoni**, a transformação do próprio conceito de direito, com o surgimento de novas situações de direito substancial e a conscientização de que o Estado tem o dever de outorgar uma efetiva proteção aos direitos¹⁷³.

A obrigatoriedade da motivação das decisões demonstra que o poder do juiz não pode ser exercido de forma arbitrária ou ilimitada e permite aferir que a solução dada ao caso concreto é aquela mais adequada à solução da controvérsia.

Como forma de controle do exercício do poder jurisdicional, a garantia da motivação assegura também a atuação efetiva de outras garantias, ligadas ao exercício da jurisdição: (I) a *imparcialidade* do juiz, que só pode ser verificada na decisão proferida em cada caso concreto; (II) a *legalidade* das decisões, que deve ficar demonstrada pelas razões deduzidas pelo julgador para justificar a aplicação do direito em determinado caso, as quais deverão encontrar fundamento no sistema jurídico; e (III) a garantia da *ampla defesa*, como possibilidade das partes, não só de exercer o direito de defesa, mas de influir sobre a decisão, o que também deve vir refletido na motivação¹⁷⁴.

¹⁷²Cf. CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional, cit., p. 159. Para o autor, “A argumentação judicial desenvolveu historicamente um estilo mais depurado e persuasivo do que as exposições legais e as motivações administrativas, ‘talvez porque tanto o Poder Legislativo quanto o Executivo baseiem sua legitimidade na justificação de sua origem, mais do que na racionalidade de suas decisões’ (cf. GASCÓN ABELLÁN, 1993, p. 9)” (op. cit., p. 159).

¹⁷³MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 120 e 130. Segundo Perelman, “o juiz é considerado, em nossos dias, como detentor de um poder, e não como ‘a boca que pronuncia as palavras da lei’, pois, mesmo sendo obrigado a seguir as prescrições da lei, possui uma margem de apreciação: opera escolhas, ditadas não somente pelas regras de direito aplicáveis, mas também pela busca da solução mais adequada à situação. É inevitável que suas escolhas dependam de juízos de valor; é por isso, aliás que, para evitar demasiada subjetividade na matéria, prevê-se para os casos mais importantes, a colegialidade dos tribunais, que contribui para eliminar modos de ver por demais afastados da opinião comum” (PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 566).

¹⁷⁴“È ovvio infatti che la decisione non è imparziale in sè, ma in quanto dimonstri di essere tale. Al requisito dell'imparzialità può essere adattato il detto di Bentham per cui ‘good decisions are such decisions for wich good reasons can be given’”; “(...) l'applicazione della legge non è mai qualcosa di meccanico e di oggettivamente determinate, ed è invece il risultato di un insieme complesso di scelte e di valutazioni.(...) Ocorre dunque che questa sia dimostrata, con l'enunciazione delle ragioni che giustificano l'applicazione della legge nel singolo caso, poichè solo mediante il controllo sulla validità di queste ragioni si può stabilire

A motivação contida nas decisões para justificá-las, contribui para a formação da ordem jurídica, na medida em que as decisões passam a servir como precedentes para casos futuros.

Observa **Perelman** que é da inegável importância dos precedentes e da regra de justiça que trazem, qual seja, a de que situações semelhantes sejam tratadas da mesma forma, que a jurisprudência fornece material para a doutrina, de forma que não se pode “explicar a vida real do direito sem reconhecer essa interação da jurisprudência e da doutrina, em que o conhecimento e a vontade colaboram intimamente para satisfazer, na medida do possível, a um só tempo, as nossas necessidades de segurança e de equidade”¹⁷⁵.

Todas as considerações anteriores permitem concluir que uma profunda mudança ocorreu no conceito de jurisdição e no próprio modo de atuação do juiz.

Tornou-se mais difícil nos dias de hoje ao juiz dizer o direito, seja pelo invencível volume de trabalho, quando não pelo amplo espectro de questões novas e de difícil solução que lhe são submetidas a julgamento, muitas delas sem disciplina legal específica a respeito.

Já se disse, com propriedade, que “Las herramientas que ofrece la identificación de las normas del legislador son insuficientes para construir una teoría de la adjudicación que sea mínimamente útil para el que debe tomar decisiones. Una teoría de la adjudicación no se puede construir desde el punto de vista positivista porque la imaginación creativa de los nuevos argumentos no se puede canonizar, de la misma manera que no es posible establecer las reglas para la creación artística. Muchas veces el desafío a la tradición es una etapa necesaria para la emergencia de un nuevo estilo artístico. De modo análogo, tampoco quisiéramos tener una teoría de la adjudicación que ahogara toda posibilidad de mejora de nuestros argumentos. El equilibrio entre conservación de normas e innovación siempre ha sido uno de los objetivos de una teoría de la adjudicación”¹⁷⁶.

se la decisione deriva dalla legge o dall'arbitrio del giudice”; “La garanzia della difesa, infatti, non è diretta solo a consentire alle parti di difendersi, ma anche a far sì che le loro difese influiscano sulla decisione, poichè qualora esse venissero trascurate dal giudice, la garanzia si ridurrebbe ad una copertura formale dell'arbitrio del giudice” (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione, cit., p. 43-44).

¹⁷⁵ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 478.

¹⁷⁶ CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, n. 1, p. 218, 1998.

Ampliou-se, em muito, o âmbito de interpretação da lei e da criatividade judicial. A consequência é a obrigatoriedade para o juiz de apresentar uma motivação mais consistente para a decisão, rica em argumentos convincentes, de modo a fundamentá-la e também legitimá-la.

Luigi Ferrajoli identificou na função judicial um *poder de disposição*, que seria, na explanação de **Perfecto Ibañez**, “o espaço da decisão que não está suficientemente coberto pela norma e, por consequência, fica liberto *de facto* na autonomia do julgador, o qual só pode mover-se dentro dele com certa legitimidade mediante o rigoroso exercício de auto-consciência e um esforço comprometido de transparência na motivação”¹⁷⁷.

Traçar-se “linhas abstratas delimitativas genéricas das fronteiras até onde pode chegar legitimamente a decisão judicial”, constitui, segundo **Rui Portanova**, missão quase impossível, pois “os valores supremos devem ser interpretados pelos juízes e a interpretação implica necessariamente criação”¹⁷⁸.

Todavia, para que essa criatividade judicial, que assume contornos obrigatórios para o desempenho da função de julgar, não desembocasse em arbítrio, deu-se um matiz constitucional ao dever de motivação das decisões judiciais, que opera como forma de controle.

O limite traçado pelo dever constitucional de fundamentação das decisões imposto aos magistrados foi sintetizado por **Calmon de Passos**: “Viola-o quem julga sem apoio na prova dos autos, ou aplica o direito aos fatos sem invocar um suporte doutrinário autorizado ou precedentes jurisprudenciais que atenderam à exigência constitucional de sua fundamentação substancial e ainda, se tanto puder, inovar ele próprio, oferecendo conclusão inédita mas alicerçada em cânones da dogmática legitimada como saber jurídico pela comunidade em que atua”¹⁷⁹.

As decisões proferidas apresentam, por todas as razões já antes referidas, aspectos de intensa criatividade, que obrigam o juiz a justificar, com argumentação persuasiva, as suas escolhas interpretativas e o resultado do seu julgamento.

¹⁷⁷ IBAÑEZ, Perfecto Andrés. A profissão de juiz, hoje, cit., p. 44-45.

¹⁷⁸ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, cit., p. 138.

¹⁷⁹ CALMON DE PASSOS, J. J. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel García; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Cruz; Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 222.

Daí a ponderação exata de **Taruffo** de que, “do momento em que se reconhece a natureza criativa do raciocínio decisório, emerge, com particular evidência, a necessidade – típica do Estado de direito, fundamentado sobre o princípio da legalidade – que esse ato criativo se verifique conforme critérios de racionalidade, e seja reconduzível dentro do contexto – dinâmico tanto quanto se deseje – mas não isento de ordem – do ordenamento”¹⁸⁰.

Passa a motivação, portanto, a ser utilizada, não como simples justificativa da lei que foi aplicada ao caso concreto, mas como forma de concretizar o direito e de legitimar a atuação do Poder Judiciário.

Esses os novos contornos e o novo sentido assumidos pela motivação, quando o julgador, em última análise, busca demonstrar que exerceu de forma correta o poder de julgar.

O significativo crescimento do papel do juiz e sua maior independência, com a consequente valorização do chamado *direito pretoriano*, aproxima o sistema de *civil law* com o de *common law*, o que será mais adiante estudado.

De qualquer forma, é certo que, mesmo no nosso sistema, que não adota a regra do *stare decisis*, os juízes não devem, sem justificada fundamentação, afastar-se de decisões anteriormente tomadas por outros juízes em outros casos iguais já decididos.

Seja porque as sentenças proferidas tornam-se *fonte do direito*, seja porque há um princípio de justiça de que *casos iguais sejam decididos igualmente*, é imposto ao juiz um “ônus de argumentação, ou seja, eles não podem pura e simplesmente passar por alto os precedentes judiciais, devendo sempre levá-los em conta. O que qualquer juiz pode, diversamente do que ocorre nos sistemas regidos pela regra do precedente, é afastar-se da decisão anterior. Só que, para tanto, é indispensável que os juízes apresentem as razões que justificam tal afastamento”¹⁸¹.

O respeito aos precedentes implica maior segurança jurídica, valoriza a isonomia e a eficiência da prestação jurisdicional.

O papel da jurisprudência na formação do direito e sua estreita vinculação com a segurança jurídica assumem considerável relevância em nossos dias, a ponto de se discutir

¹⁸⁰TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito, cit., p. 456.

¹⁸¹MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 103.

acerca da necessidade de preservação das situações consolidadas ao abrigo de orientação jurisprudencial, vedada a retroatividade dos efeitos da alteração nela ocorrida, que atuaria apenas *ex nunc*, projetando efeitos para fatos presentes e futuros, mas nunca para fatos pretéritos.

Essa a conclusão trazida por **Donaldo Armelin**, para quem, “sob uma ótica menos dogmática e formal, pode-se reconhecer que o direito emerge organicamente da vida social, sendo revelado precipuamente pela lei, na conformidade com a distribuição de poderes do Estado de Direito. Mas à jurisprudência não se subtrai o poder de o revelar, fixando-lhe entendimento quando da sua atuação, nos casos concretos, trazidos à sua apreciação. Isto porque tem ela o condão de impor definitivamente, na órbita de sua atuação, esse entendimento, na medida em que, na estrutura vigente, ao Judiciário cabe a última palavra na interpretação do direito. Assim, obviamente, o exercício desse poder tem reflexos imediatos nas atividades dos jurisdicionados, que passam a pautar suas condutas no sentido definido pela jurisprudência, consolidada a respeito da inteligência de uma norma jurídica”¹⁸².

¹⁸² ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada. In: DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 190 e 201. Confirma-se, ainda a esse respeito, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004, que examina a eficácia retroativa do “novo” precedente judicial e cita um único julgado do STJ que, após se afastar da orientação dominante sobre a matéria, concedeu os seis primeiros meses de 2000 para admitir o manejo de medida cautelar para *destrancar* recurso especial retido no tribunal de origem, a fim de não surpreender as partes e seus advogados, quando então passaria a ser cabível apenas recurso de agravo de instrumento (Medida Cautelar n. 2.454, DJU 13/3/2000, repetido o mesmo julgamento dias depois na Medida Cautelar n. 2.501-MG), o que demonstrou “notável consciência da lealdade que deve fluir da função judicante” (op. cit., p. 311). No entanto, conclui o autor que “o princípio da unidade do direito deve ser entendido em relação ao espaço e não em relação ao tempo”, observação válida igualmente para a uniformidade da jurisprudência, não podendo pretender-se a sua imutabilidade. E diz, citando *Larenz*, que “se tal fosse possível, ‘conduziria a que os tribunais houvessem de estar vinculados a uma jurisprudência outrora consolidada, mesmo quando esta se revela insustentável à luz do conhecimento apurado ou em vista da mudança das relações sociais, políticas ou econômicas’” (op. cit., p. 308-312).

4. MOTIVAÇÃO: PERFIL HISTÓRICO

4.1. A motivação da sentença no processo civil romano

É imprescindível que toda decisão seja motivada, a fim de que as partes tenham conhecimento das razões pelas quais o juiz proferiu o seu julgamento em um dado sentido, e não em outro.

Essa explicação contida na motivação sobre as razões que fundamentam o julgamento possui, segundo **Calamandrei**, uma *função pedagógica*, de justificativa e de persuasão das partes sobre a razoabilidade e o acerto da sentença, além de uma *função jurídica*, de permitir às partes compreender o raciocínio desenvolvido pelo juiz e nele reconhecer eventuais falhas e defeitos que darão ensejo à impugnação¹⁸³.

Houve um momento em que, admitida a falibilidade dos juízes como seres humanos, sentiu-se a necessidade da apresentação de uma justificativa lógica, que demonstrasse a justiça da sentença:

“Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perchè è giusta; e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un meditato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione”¹⁸⁴.

O atual interesse pelo estudo da motivação, exigência dos estados de direito e que encontra previsão constitucional, deriva das “novas tendências publicistas do direito processual civil contemporâneo”, preocupado em conferir aos litigantes garantias constitucionais “contra atos violadores dos denominados direitos fundamentais”¹⁸⁵.

¹⁸³CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Ed., 1965. v. 1, p. 664-665.

¹⁸⁴CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*, cit., v. 1, p. 664.

¹⁸⁵CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 4. Para Nicolò Trocker, “L'introduzione, a livello costituzionale, di una garanzia generale di azione, intesa

A atividade jurisdicional encontra na sentença o seu momento culminante, quando o juiz, após um processo intelectual de conhecimento chamado de *formação* ou *gênese lógica da sentença*, escolhe, analisadas as razões deduzidas pelas partes, a solução que se mostra mais ajustada ao direito e à justiça ¹⁸⁶.

A sentença é mais do que um mero raciocínio silogístico, onde a premissa maior seria a norma jurídica, a premissa menor os fatos provados e o juiz, por meio de uma operação de subsunção, analisaria se os fatos se enquadrariam ou não na hipótese legal, e, a partir do resultado dessa operação, chegaria a uma conclusão materializada no dispositivo.

Proferir uma sentença envolve atividade muito mais complexa, desde o conhecimento e avaliação de todos os elementos de convicção até a apresentação pelo julgador de sua solução para aquele caso concreto, acompanhada da respectiva justificativa daquilo que vier a ser decidido.

A motivação contém um relatório escrito das razões de fato e de direito, “*che hanno portato il giudice a quella conclusione (quasi, si potrebbe dire, il giornale di viaggio della sua logica), è il tramite indispensabile per introdurre il lettore dentro il pensiero del giudice, per dargli la possibilità di controllare se, nella strada dei suoi sillogismi, vi sia stata in qualche punto, una caduta o una deviazione dal retto cammino*” ¹⁸⁷.

É, pois, a motivação da sentença “*aquella parte de la misma que precede y justifica el fallo; es decir, expresa las razones que el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta para decidir en el sentido en que lo haya hecho*” ¹⁸⁸.

A importância que a motivação adquiriu na atividade jurisdicional, elevada a exigência constitucional (CF, art. 93, IX), merece ser estudada no âmbito do direito processual romano, que deu origem ao processo civil moderno.

Nas palavras de **Biondo Biondi**, “*il processo moderno è dunque di origine ed impostazione romana, semprechè intendiamo riferirci non a quel processo formulare,*

come diritto di accedere agli organi giurisdizionali per la tutela delle proprie situazioni soggettive di vantaggio, è stata dettata storicamente, (...), dalla preoccupazione di impedire per il futuro abusi e deviazioni come quelli verificatisi nel período totalitario, ed è diretta all’obiettivo ‘político’ di ristabilire la fidúcia del cittadini nell’aministrazione della giustizia” (TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 687-688).

¹⁸⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 8.

¹⁸⁷CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*, cit., v. 1, p. 665.

¹⁸⁸VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, n. 2, p. 11-46, 1995.

*tipicamente latino, che è tramontato per sempre, ma a quella cognitio extra ordinem che sorge fin dai primi tempi dell'Impero, si consolida ed allarga via nella prassi giudiziaria, finchè con Giustiniano si afferma, come unico sistema processuale”*¹⁸⁹.

Dos três sistemas processuais romanos, aquele que mais se assemelha ao processo moderno é o da *cognitio extra ordinem*, o que pode ser explicado pelo fato de que o sistema processual atual derivou principalmente das construções do processo canônico, que teve como fonte justamente aquele sistema romano¹⁹⁰.

A história da fundamentação das decisões confunde-se com a história do próprio ofício de julgar, sendo certo que, no direito primitivo, a “justificação das sentenças estava na fé religiosa” e os julgamentos descritos na Bíblia “representavam uma espécie de revelação ou eram fruto da sabedoria de inspiração divina, como a sentença proferida por Salomão, no caso das duas mulheres que disputavam a maternidade da mesma criança”¹⁹¹.

Pretende este capítulo buscar no processo civil romano as origens da motivação dos julgamentos, saber se essa exigência existiu na história do processo como requisito formal das sentenças, as razões dessa exigência e a sua ligação com o surgimento dos meios de impugnação.

Essa retrospectiva histórica possibilitará melhor compreender como se deu a introdução do requisito da motivação da sentença no processo civil e a sua evolução, desde Roma até os dias de hoje.

4.1.1. Períodos do processo civil romano: período das *legis actiones*, período *per formulas* e período da *extraordinaria cognitio*

O processo civil romano está dividido em três grandes períodos: o das *legis actiones*, desde a fundação de Roma em 754 a.C. até os fins da república; o *per formulas*, introduzido pela lex Aebutia – 149-126 a.C., oficializado pela lex Julia privatorum de 17 a.C. e aplicado até a época do imperador Diocleciano (285-305 d.C.); e o da *extraordinaria*

¹⁸⁹Biondo Biondi, “Intorno alla romanità del processo civile moderno” BIDR, XIII, 1935, p. 430, *apud* VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 12.

¹⁹⁰MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1, p. 243.

¹⁹¹FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3-4.

cognitio, instituído com o início do principado (27 a.C.) e vigente, com grandes modificações, até os últimos dias do império romano do Ocidente¹⁹².

Tais fases, embora distintas entre si, não foram isoladas no tempo, mas coexistiram em alguns momentos, sem que se possa precisar exatamente quando uma delas desaparecia para deixar lugar à próxima.

O período das ações da lei e o período formulário compõem o sistema da “ordem dos juízos privados” (*ordo iudiciorum privatorum*), cujo procedimento era dividido em duas fases sucessivas: (a) *in iure*, que se passava perante um magistrado; e (b) *apud iudicem*, que se processava perante o *iudex*, um particular e não um funcionário do Estado. O *iudex* (ou juiz popular) da segunda fase apurava a veracidade ou não dos fatos alegados pelas partes e, com base nisso, proferia a sentença¹⁹³.

Já o período imperial ou da *cognitio extra ordinem* representou uma “oficialização da administração da justiça por magistrados imperiais”, quando o processo torna-se totalmente público¹⁹⁴. No processo extraordinário desaparece a divisão de fases e tudo se passa perante um só juiz, funcionário do Estado, como acontece até hoje em nossos dias, com uma fase procedimental única.

No processo romano, afirma **Chiovenda**, havia uma *preponderância ou superlativação* do ato de vontade do Estado, que materializava a vontade concreta da lei, em detrimento do *elemento lógico* antecedente, de natureza preparatória, onde o juiz observa, verifica, avalia e raciocina, que seria a motivação.

Assim, “no processo clássico (*ordo iudiciorum*), essa formulação da vontade da lei é operada potencialmente e condicionalmente pelo pretor; e o centro do processo é constituído por esse solene ato de vontade, com que a magistratura atribui ao juiz a indagação dos fatos: ‘*si paret CONDEMNA, si non paret ABSOLVITO*’. Na *extraordinaria cognitio* o processo unifica-se como atividade de um só órgão, o funcionário; mas a sua finalidade, sempre evidente e em primeiro plano, é ainda a emanção de um ato de vontade estatal”¹⁹⁵.

¹⁹²CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 39.

¹⁹³MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 184 e 188.

¹⁹⁴CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 48.

¹⁹⁵CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., p. 120.

A respeito dos *requisitos formais da sentença*, explica **Alfonso Murillo Villar** que, nos procedimentos do *ordo iudiciorum privatorum*, a sentença era lida oralmente na presença das partes, sem que haja notícias de outras exigências de forma, enquanto no procedimento formulário a sentença não tinha uma forma prescrita, nem um modo de proclamação estabelecido. Adverte, todavia, que, “*a medida que se va imponiendo la cognitio extraordinem, aumentan considerablemente las formalidades, carácter solemne que han de acompañar a la sentencia; su eficacia muchas veces queda vinculada al estricto cumplimiento de tales exigencias formales*”¹⁹⁶.

No que tange à motivação, em momento algum é expressamente exigida como requisito de validade da sentença, o que não impedia que fosse algumas vezes incluída uma justificativa pelo juiz em sua decisão¹⁹⁷.

Como se verá a seguir, nos diferentes períodos do processo civil romano, o conteúdo da sentença passará por significativas transformações, com uma gradativa ampliação do seu conteúdo acompanhando uma também gradual evolução da maior liberdade de atuação do juiz, o que levará à conclusão de que foi nesse momento que surgiu a necessidade de ser apresentada uma justificativa para as decisões judiciais.

4.1.2. O regime do *Ordo iudiciorum privatorum*

A ordem dos juízos privados envolveu, como já foi dito, o período das ações da lei e o período *per formulas*.

A jurisdição nasce em Roma como atividade exclusiva dos sacerdotes, que auxiliavam o “*rex*” na solução dos conflitos entre os litigantes. Da influência da religião resultou a estrutura excessivamente formalista do regime das *legis actiones*, o mais antigo sistema processual romano.

Esse monopólio da distribuição da justiça pelo colégio sacerdotal perdurará por mais de dois séculos, até “as derradeiras décadas da realeza e na sucessiva constituição política republicana”, quando então o *rex* ou o sacerdote, única autoridade perante a qual se desenrolava o processo arcaico, por força do desenvolvimento do comércio, da vida social

¹⁹⁶VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 13.

¹⁹⁷Neste sentido, VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 14.

e do crescimento de Roma, será substituído por magistrados públicos (*magistratus publici populi romani*)¹⁹⁸.

Em Roma não havia um Poder Judiciário autônomo e os magistrados romanos, além de distribuir justiça, tinham também outras atribuições administrativas e militares¹⁹⁹.

O conceito de *iurisdictio* no direito romano é bastante controvertido.

Em sua origem, a palavra significa *dizer o direito*, ou seja, declarar em um caso concreto, e com efeito vinculante para as partes, a vontade da norma jurídica. E esse significado (*ius dicere*), explica **Moreira Alves**, somente se ajusta ao processo da *extraordinaria cognitio*, onde o magistrado, como hoje, conhecia do litígio e decidia na sentença, quando declarava a vontade da lei.

Ressalva o doutrinador, todavia, que no sistema das ações da lei e no período formulário, o magistrado, que tem a *iurisdictio*, não prolatava a sentença, mas sim o *iudex*, que não tinha esse poder. De modo que, conclui o romanista, “a opinião mais comum é a de que a *iurisdictio* é o poder de declarar o direito aplicável (mas, não, em princípio, o de julgar) e de organizar o processo civil”²⁰⁰.

Portanto, no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, a *iurisdictio* consistia “no poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto”²⁰¹.

O procedimento no regime do *Ordo*, como visto, era dividido em duas fases: *in iure*, perante o pretor, e *apud iudicem*, perante o *iudex unus*. O julgamento também acontecia perante um órgão colegiado, “nas controvérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos *recuperatores*; ou, ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos *centumviri*”²⁰².

Nesse procedimento bipartido havia uma diferença quanto à importância das funções desempenhadas: ao pretor (fase *in iure*) cabia fixar os termos da controvérsia. Já na

¹⁹⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 27.

¹⁹⁹MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 186.

²⁰⁰MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 186.

²⁰¹CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 43.

²⁰²CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 44.

fase *apud iudicem*, o julgamento era feito pelo *iudex*, que assim se desincumbia de uma tarefa a ele atribuída pelo pretor, encerrando-se então o processo.

Nesse sistema, “o *iudex* é um cidadão romano escolhido pelas partes, ou designado pelo pretor dentre os nomes constantes do *album iudicium*, para decidir a controvérsia e dizer a qual dos contendores assiste razão, condenando ou absolvendo o demandado consoante seu parecer declarado na sentença”²⁰³.

Portanto, no sistema do *Ordo*, o prolator da sentença era um cidadão comum, e não um magistrado, que emitia um parecer, condenando ou absolvendo.

4.1.2.1. Período das ações da lei

É o mais antigo dos sistemas do processo civil romano.

Trata-se de período caracterizado por um severo formalismo, que se desenvolvia, no início, com exclusividade perante o *rex* e o colégio sacerdotal, com solene ritual a ser obedecido pelos envolvidos no conflito, sob pena de invalidade e ineficácia dos atos processuais²⁰⁴.

Havia um formal e intrincado procedimento perante o sacerdote, para então passar-se à fase decisória, quando um simples e único dispositivo, com pouca publicidade, era apresentado aos litigantes²⁰⁵.

Essa a lição de **Giorgio Roncagli**,

“I sacerdoti romani, non potendo usare il latino, ricorsero all’espedito di nascondere addirittura il testo delle motivazioni, che stavano a fondamento dei responsi che di volta in volta fornivano ai due litiganti; in breve, dei tre compiti propri del giurista, i giuristi-sacerdoti celarono il rispondere, cioè quello fondamentale, ai due richiedenti doveva probabilmente essere consegnato, con la minore pubblicità possibile, un semplice, unico dispositivo”²⁰⁶.

²⁰³COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*. São Paulo: Ícone Ed., 1995. p. 11.

²⁰⁴CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 25-26.

²⁰⁵CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 26-27.

²⁰⁶RONCAGLI, Giorgio. *Il giudizio sintetico nel processo civile romano*. Milano: Giuffrè, 1955. p. 83.

E acrescenta o doutrinador italiano:

“La rilevanza giuridica del segreto appare chiaramente nella condizione invero pedanea del magistrato praticamente sfornito di vera giurisdizione, ridotto a parlare il meno possibile (do, dico, addico), impotente a stabilire qualunque direttiva per la propria ulteriore giurisprudenza: l’essenza della motivazione, dalla rilevanza del giudicato alla *exceptio*, era infatti nelle mani sacerdotali”²⁰⁷.

Com a substituição dos sacerdotes por magistrados públicos, que passaram a desempenhar funções judiciais, o procedimento tornou-se bipartido: *in iure*, “perante o magistrado incumbido de tomar o *sacramentum* e fixar os termos da controvérsia”; em seguida, *apud iudicem*, “diante do *iudex unus* (ou tribunal), cidadão romano que, tomando conhecimento do litígio (*causa coniectio*) a ele submetido, julgava soberanamente, em nome do *populus*”²⁰⁸.

Nas duas fases, o processo das ações da lei era todo oral. E a rigidez do formalismo que devia ser observada chegava ao ponto de, como no exemplo de Gaio citado por **Moreira Alves**, a parte “perder a demanda pelo fato de haver empregado em juízo a palavra *uites* (videira), ao invés do termo *arbor* (árvore), como preceituava a Lei das XII Tábuas com relação à *actio de arborius succisis* (ação relativa a árvores cortadas), e isso apesar de, no caso concreto, as árvores abatidas terem sido justamente videiras”²⁰⁹.

4.1.2.2. A ausência de motivação das sentenças no período das *legis actiones*

No regime das ações da lei, o *iudex*, para se desincumbir da missão que lhe fora cometida pelo pretor, podia limitar-se a proferir um julgamento, que encerrava o processo.

²⁰⁷ RONCAGLI, Giorgio. *Il giudizio sintetico nel processo civile romano*, cit., p. 84.

²⁰⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 27.

²⁰⁹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 193-194. Consta nas Institutas de Gaio, 4.11: “As ações usadas pelos antigos chamavam-se ações da lei, seja por se originarem das leis (pois, no tempo, não existiam ainda os editos do pretor, introdutórios de várias ações), seja por se conformarem às palavras das próprias leis, conservando-se por isso imutáveis como as leis mesmas. Daí, o ter-se respondido que perdía a ação quem, agindo por causa de videiras ceifadas mencionara videiras, pois a lei das XII Tábuas, na qual se fundava a ação por videiras cortadas, falava de árvores cortadas em geral” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 198).

O *iudex* apenas proferia a sentença, mas não era dotado de poder algum (*nulla comanda e nulla impone*), limitando-se a declarar *iustum* o *sacramentum* de uma parte, que ganhava o processo, ou a qualificar o *sacramentum* de *iniustum*, o que acarretava a perda pela parte daquela demanda²¹⁰.

Também não estava o *iudex* obrigado a julgar, caso não conseguisse formar a sua convicção naquele caso, quando poderia pronunciar o *sibi non liquere* (“não me parece claro”) e então novo julgador seria escolhido pelo magistrado para apreciar o conflito.

Nessa época, a sentença não era motivada. Continha apenas a declaração de um parecer, condenando ou absolvendo o demandado²¹¹. Com a prolação da *sententia*, sem fundamentação, encerrava-se o processo e a função do juiz privado exauria-se²¹².

Justifica **Moacyr Lobo da Costa** que “a decisão do *iudex privatus* é irrecorrível, em decorrência do sistema do *Ordo* e da própria estrutura do processo”²¹³.

Com efeito, o *iudex*, à época, não se subordinava a uma estrutura hierárquica. E, como o recurso contra a sentença “pressupõe uma organização judiciária hierarquizada, com órgãos inferiores e superiores, inexistente na República e que somente vai se estabelecer no Império, no sistema da *cognitio extra-ordinem*”²¹⁴, concluiu-se que as sentenças eram mesmo desprovidas de fundamentação.

Essa lição extraída de *Mommsen*²¹⁵, aceita durante muito tempo, foi aos poucos sendo revista por outros doutrinadores.

Isso porque, ao lado de apelações dirigidas ao *princeps* no período de Augusto a Deocleciano, foram achados alguns poucos casos com impugnações que teriam sido julgados conforme o regime do *Ordo*.

A explicação para tanto seria a de que, paralelamente ao sistema do procedimento da *cognitio extraordinem*, que viria a ser implantado, ainda continuava sendo aplicado o procedimento clássico ordinário. Coexistindo os dois sistemas e “sendo permitida a

²¹⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 27-28.

²¹¹COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*, cit., p. 11.

²¹²CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 59.

²¹³COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*, cit., p. 11.

²¹⁴COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*, cit., p. 12, citando Th. Mommsen, *Droit Public Romain*, trad. Girard, Paris, 1896, v.V, p. 270 e segs.

²¹⁵Vide na nota anterior a referência a Th. Mommsen.

apelação ao príncipe das decisões proferidas pelos funcionários judiciais no sistema *extra-ordinem*”, o recurso talvez tenha sido admitido também, em alguns casos, contra sentenças proferidas por *iudices privati* ” ²¹⁶, ainda que de forma imprópria e como extensão da *cognitio*.

Não é outra lição de **Calamandrei** sobre a divergência da doutrina a respeito:

“Uguale discordia regna nella dottrina per decidere se l'*appellatio*, sorto sotto l'impero nella *cognitio extra ordinem*, si sia da questa esteso anche al procedimento dell'*ordo* contro la sentenza del *iudex privatus*, che, come si sa, era assolutamente irrevocabile nel período reppublicano: il MOMMSEN há risoluto la questione in modo nettamente negativo, ma la maggioranza degli scrittori sta per l'affermativa”.

E conclui:

“ove non si voglia seguire l'opinione del MOMMSEN, bisogna ammettere che l'*appellatio* contro le sentenze del *privatus iudex* si rese possibile soltanto perchè questo perse a poco a poco sotto il principato il suo carattere originario, acquistando per gradi impercettibili quello di um funzionario delegato alla decisione di una causa dall'inizio alla fine (*iudex pedaneus*)” ²¹⁷.

Também **Riccardo Orestano** discorre sobre a possibilidade de impugnar por *appello* a sentença do *Ordo*, ainda utilizando esse sistema, de forma concomitante, durante o período da *extraordinaria cognitio*:

“Occorre infatti supporre che prima si sia cominciato a introdurre l'uso di rivolgere all'imperatore contro le decisioni rese in base ad uma cognitio extra ordinem, e poi, sul modello e a imitazione dell'appello contro tali decisioni, si sia cominciato a introdurre l'uso di rivolgersi all'imperatore anche contro le sentenze dell'ordo iudiciorum privatorum.

In altre parole, l'appellabilità delle sentenze dell'ordo – secondo noi – non precede l'appello contro le cognitiones, ma viene dopo, come un'estensione (impropria e arbitraria) del principio della appellabilità delle cognitiones” ²¹⁸.

²¹⁶COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*, cit., p. 12.

²¹⁷CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1920. v. 1, p. 65. (Storia e Legislazioni).

²¹⁸ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1952. p. 198-199, sem destaques no original.

Pode-se afirmar, pois, a partir das lições de **Calamandrei** e de **Riccardo Orestano**, que a *appellatio* foi admitida contra as sentenças do *privatus iudex*, no sistema do *Ordo iudiciorum privatorum*.

A apelação, embora contemporânea do sistema da *extraordinaria cognitio*, foi utilizada no sistema do *Ordo*. Para tanto, seguia-se pelo *Ordo* até um determinado momento; mas, para apelar, era necessário passar para o sistema da *cognitio*²¹⁹.

4.1.2.3. O período formular. A *lex Aebutia* e a *lex Julia*

Ainda dentro da ordem dos juízos privados (*ordo iudiciorum privatorum*), e convivendo com a fase das ações da lei, surge o período formular (*per formulas* ou *per concepta verba*), uma forma menos rígida de procedimento e mais aperfeiçoada de processo, melhor adaptada aos reclamos da sociedade²²⁰.

Essas transformações do *iudicia privata* foram introduzidas com as fórmulas escritas trazidas com a *lex Aebutia* e posteriormente pelas leis Júlias²²¹.

A causa da decadência das *legis actiones* e, por consequência, do aparecimento do processo formulário, foi, segundo a narrativa de Gaio referida por **Moreira Alves**, o exacerbado formalismo, “que fazia com que uma das partes perdesse a lide por qualquer lapso, mínimo que fosse, no cumprimento das formalidades então exigidas”²²².

²¹⁹Explicação dada em sala de aula pelo Prof. Luiz Carlos Azevedo, em aula ministrada aos 15.6.2007 no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na matéria História do processo civil romano, canônico e lusitano.

²²⁰CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 28.

²²¹“Importante testemunho é fornecido por Gaio (I, 4, 30 e 31), ao elucidar que o exacerbado formalismo das *legis actiones* viria, com o passar do tempo, torná-las odiosas, razão pela qual acabaram sendo abolidas pela *lex Aebutia*, e, mais tarde, pelas leis Júlias (...). Em dois únicos casos eram admitidas as ações da lei: na ação por dano iminente (*damni infecti*) e nas ações que se desenrolavam (*apud iudicem*) perante o Tribunal dos centúviro” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 40 e 75).

²²²MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 205.

Foram esses dois diplomas legais, entre os quais se passaram 100 anos, que encerraram o período das ações da lei. Termina o período religioso e começa o período laico²²³.

No período das *legis actiones*, dado o regime de tipicidade das ações, se as questões não se encaixassem nas cinco ações da lei, não existiria o direito. E, se não existisse ação, não havia como veicular a pretensão.

A *lex Aebutia* abranda as ações da lei e começa a introduzir o período formular (direito honorário ou direito pretoriano).

Surge, progressivamente, uma maior liberdade de atuação para o pretor, que passa a atender às diversas pretensões apresentadas pelas partes, dando para cada uma delas uma fórmula, um modelo. Escapava-se, assim, das formalidades rígidas das ações da lei.

Esse modelo das fórmulas nasce do pretor peregrino, provavelmente com o influxo da praxe judiciária nas províncias, onde as ações da lei não tiveram aplicação, culminando por se generalizar e ser adotado em Roma.

A fase do processo *per formulas* coexistiu com as ações da lei, que aos poucos foram caindo em desuso. Já sob a coroa de Augusto (27 a.C.), a *lex Julia* oficializou o processo formular, mas que ainda conviveria com o sistema das ações da lei²²⁴.

No processo formulário também havia a fase *in iure* (diante do magistrado) e a *apud iudicem* (perante o *iudex* ou juiz popular).

Mas diferenciava-se o processo *per formulas* do sistema das ações da lei: (i) por ser menos formalista e mais rápido; (ii) com a fórmula, que era escrita, perdeu-se o caráter estritamente oral de que se revestiam as ações da lei; (iii) o magistrado passa a ter uma maior atuação no processo; e (iiii) a condenação torna-se exclusivamente pecuniária²²⁵.

Cabe ressaltar importante aspecto do período formular, referente à ampliação da atuação do magistrado: no período das *legis actiones*, essa atuação era limitada e não era possível criar ações, mas apenas utilizar aquelas já existentes no *ius civile*. Já no período

²²³Os dados expostos a respeito da *lex Aebutia* e da *lex Julia* foram colhidos em aula ministrada em 13.4.2007 pelo Professor José Rubens de Moraes, no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na matéria História do processo civil romano, canônico e lusitano.

²²⁴Em vigor até a época de Diocleciano (294 d.C.), cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 28, nota de rodapé n.15.

²²⁵MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 207.

formulário, o magistrado poderia conceder fórmulas que tutelassem situações que não estivessem previstas no *ius civile* ²²⁶.

4.1.2.4. A sentença e o processo formular. A inexistência de motivação

As ações da lei eram destinadas apenas aos cidadãos romanos. As situações não regradas pelo direito quirritário deram origem ao direito formular, menos formal.

Fórmula vem do grego, que significa *modelo*. Por meio desse modelo abstrato, no período formular se litigava em juízo de acordo com o programa do pretor e os esquemas jurisdicionais nele previstos ²²⁷.

Extraída do conflito, a fórmula se materializa, com origem no *edito*, que era o programa de situações jurídicas que seriam tuteladas pelo pretor.

Essa fórmula era um roteiro escrito, redigido pelo magistrado, onde todos os dados imprescindíveis para que o *iudex* pudesse julgar deveriam estar inseridos, ainda que resumidamente.

Nesse documento escrito, eram fixados os pontos litigiosos e se outorgava ao árbitro privado, o *iudex*, poder para condenar ou absolver o réu, conforme ficasse ou não provada a pretensão do autor ²²⁸.

Tudo era feito com o consenso e presença das partes, inclusive a escolha do juiz. Só então, já redigida a fórmula, esse modelo era levado ao *iudex* para o julgamento.

Embora a palavra *iudicium* seja usada também para indicar a fórmula enquanto documento, o vocábulo tem acepção mais ampla, podendo significar, além da concessão da fórmula, o procedimento perante o pretor ou o próprio ato do julgamento ²²⁹.

²²⁶MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 207, nota de rodapé n. 15.

²²⁷As informações acerca do processo no período formular são fruto de anotações em aula ministrada pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci, no dia 20.4.2007, no curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na matéria História do processo civil romano, canônico e lusitano.

²²⁸MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 207.

²²⁹Para Moreira Alves, o *iudicium* é esse documento escrito que se redige, no caso concreto, tomando por modelo a fórmula, esquema abstrato existente no edito dos magistrados judiciários (MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 209).

Por meio da fórmula, a demanda era proposta por palavras fixas (*per concepta verba*).

Na antiga fase das *legis actiones*, o juiz popular, explica **Moreira Alves**, julgava a questão que era exposta oralmente pelas partes, enquanto no processo formulário ele julgava o litígio conforme a fórmula elaborada na fase *in iure*, de sorte que “a atuação do magistrado no processo formulário é muito mais intensa do que nas ações da lei, onde ele quase se limitava a ser um fiscal de formalidades”²³⁰.

Moacyr Lobo da Costa também assevera a irrecurribilidade da sentença proferida no período formulário: “durante a República, porém, como o *iudex privatus* é um cidadão que julga em nome do povo romano, sem qualquer vínculo de subordinação hierárquica ao pretor, que, investido nos poderes de jurisdição e império, organiza o processo *in iure* e atribui ao *iudex* a função de julgar a lide *in iudicio* (*iussum iudicandi*), de acordo com os termos da fórmula, sua sentença é irrecurível”²³¹.

Como o *iudex* não estava subordinado a ninguém, a sentença era irrecurível e, portanto, despida de fundamentação, ainda que obtida por meio da *formula*.

Foi também nessa época que a *sententia*, que consubstanciava um parecer do juiz, passou ao *iudicatum*, quando o juiz, após formar a sua convicção, condenava ou absolvía o réu, mas dentro do *iussu iudicandi* outorgado pelo magistrado²³².

A sentença, embora proferida sem motivação alguma, deixou de ser declaratória (quando declarava qual o *sacramentum* era justo) e passou a ser condenatória (*condemna, si non paret, absolvito*).

Como o *iussus* do magistrado, embora não determinasse previamente uma opinião, impunha um comportamento (condenação ou absolvição), o *iudex*, após examinar os dados apresentados e convencer-se das razões expostas por um dos envolvidos, pronunciava oralmente a *sententia*, sem apresentar “qualquer exposição dos motivos que o levaram a decidir de um ou de outro modo”²³³.

²³⁰MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 207.

²³¹COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*, cit., p. 12.

²³²Essa a lição de José Rogério Cruz e Tucci, quando afirma que, “dada a estrutura da fórmula, mais precisamente da *condemnatio*, não havia possibilidade do juiz extrapolar tal comando: ‘*condemna, si non paret, absolvito*’” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 30).

²³³CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 31, transcrevendo Ulpiano, D. 42.1.59. pr, libro quarto de omnibus tribunalibus: “In sententiis, sufficet, si expresserit iudex summan in sententia, solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit” D. 42.1.59.pr,

A condenação era sempre em pecúnia, mesmo nas ações reais.

Por ser um processo mais aberto, não tão adstrito à letra da lei, o julgador poderia, com certa dose de discricionariedade e nos limites da fórmula, formar a *ratio decidendi*, mas sempre se limitando a afirmar a procedência ou improcedência da *intentio*: *condemnatio* ou *absolutio* ²³⁴.

Dessa sentença, sem motivação ²³⁵, emergia uma declaração que punha fim à controvérsia e gerava uma nova relação entre as partes, a *res judicata*, “que iria servir de fundamento da *actio iudicati*, pela qual o vencedor podia exigir o cumprimento da sentença que lhe fora favorável” ²³⁶.

4.1.3. O processo no sistema da *Cognitio extra ordinem* ²³⁷

Sob o principado augustano ²³⁸, ocorreram várias mudanças políticas significativas. Houve uma concentração de poderes nas mãos do *princeps* (“primeiro cidadão”), com evidente repercussão no direito da época.

Otaviano Augusto era dotado de uma grande capacidade de articulação política e por isso logrou reunir muitos poderes em suas mãos. Houve a consolidação do poder junto à classe aristocrática, com nítidos reflexos no campo do direito.

Augusto articulou uma reforma processual ²³⁹, com substanciais modificações: (i) a unificação de instâncias, antes bipartidas, foi a principal modificação. Passou-se de

libro quarto de omnibus tribunalibus: “In sententiis, sufficet, si expresserit iudex summan in sententia, solvique iusserit vel praestari vel quo alio verbo hoc significaverit” (Nas sentenças bastará que o juiz expresse a soma e mande que se pague ou que se entregue, ou que isto se manifeste com qualquer outra palavra”) (nota de rodapé 28).

²³⁴ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 126-127.

²³⁵ Para Giorgio Roncagli, “la formula non è altro se non il modello tradizionale della motivazione...” (RONCAGLI, Giorgio. *Il giudizio sintetico nel processo civile romano*, cit., p. 99).

²³⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 128. Nessa época, não havia mais a *manus iniectio*, mas apenas a *actio iudicati*.

²³⁷ Os dados a seguir relatados foram obtidos em sala de aula, do curso de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em aula ministrada sobre o tema pelo Professor José Rubens de Moraes, no dia 1º.6.2007, na matéria História do processo civil romano, canônico e lusitano.

²³⁸ Na República, quem mandava era o Senado. No Império, o poder passou para as mãos do *princeps* e depois do imperador. Assim o poder passou a ficar nas mãos de um só, que julgava, legislava e executava.

²³⁹ Na verdade, o que o inquietava era a aplicação da lei de forma diferente daquela que ele almejava...

magistrado e *iudex* apenas para o magistrado, que era um funcionário imperial; (ii) da hierarquização do sistema surge, provavelmente, e ainda que de forma tímida, a *appellatio*, como uma forma de recurso.

Consta que, aos poucos, o imperador Augusto foi estendendo algumas modalidades excepcionais de condução do processo, adotadas apenas para certos casos – onde o pretor era um funcionário especial da sua chancelaria –, para várias outras matérias ²⁴⁰.

Até que em um dado momento, todas as matérias passaram a ser julgadas por um magistrado estatal e o direito era, portanto, aplicado por funcionários do Estado, da chancelaria dos Imperadores.

É provável que o processo *extra ordinem* tenha contado com a preferência das partes por ser mais rápido (em razão da unificação da fase *in iure* com a *apud iudicem*), bem como pela possibilidade de interposição de recurso contra a sentença pela parte vencida ²⁴¹.

É criado o Tribunal Imperial e surge a *appellatio*, recurso que serviu como instrumento político, habilitando o imperador a avocar matérias e rever decisões.

A *extraordinaria cognitio* trouxe uma visão publicista do processo, antes privatista (*ordo iudiciorum privatorum*) e que permitia o *non liquet*. Logo, nessa fase, o julgamento deveria necessariamente ser feito por um magistrado.

A *cognitio extra ordinem* estava fora do *ordo iudiciorum privatorum* e caracterizava-se como uma forma extraordinária de julgar ²⁴².

Como das vezes anteriores, a introdução da *cognitio* não se deu de forma abrupta, mas sim aos poucos. Augusto nomeava juízes para julgar em nome dele e o *iudex* aos poucos passou a ter cargo decorativo. A sentença deixa de ser um parecer, mas uma *ordem* de um magistrado, sujeita a recurso justamente porque proferida por um funcionário do Estado, hierarquicamente subordinado a superiores que poderiam rever o seu julgamento ²⁴³.

²⁴⁰“De início, o processo extra ordinem só se aplicou à tutela de direitos subjetivos que tinham sido criados por constituições imperiais, e que constituíram o *ius extraordinarium*, como o fideicomisso e as obrigações alimentares”. (cf. MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 242).

²⁴¹MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 242.

²⁴²A *Ordo* era a forma normal e até então aplicada.

²⁴³MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, cit., p. 243.

4.1.3.1. A motivação da sentença no período da *extraordinaria cognitio*

A motivação da sentença no processo civil romano surgirá no sistema da *extraordinaria cognitio*.

Houve uma progressiva afirmação do sistema da *cognitio*, em gradual substituição ao antigo sistema do *Ordo*, como explica **Riccardo Orestano**:

“a) che le prime manifestazione di quella che sarà la nuova procedura si hanno già sotto Augusto, tanto in campo penale quanto in campo civile, e tanto in Roma quanto nelle provincie, sia senatorie che imperiali.

b) che la nuova procedura nasce direttamente dalla prassi, senza far capo ad alcuna disposizione legislativa, nè per quanto concerne Roma, nè per quanto concerne le provincie.

c) che la nuova procedura si svolge per lungo tempo senza una precisa regolamentazione e quando questa comincia a rivelarsi, sarà in parte essa stessa frutto della prassi e in parte frutto di costituzioni imperiali, che vengono a regolare – probabilmente sempre in relazione e in dipendenza di casi concreti – ora questo ora quel punto della procedura, fissando norme di lenta formazione consuetudinaria (molte delle quali derivate dall'*ordo*), dirimendo incertezze e diversità, introducendo norme nuove, per altro anch'esse suggerite piuttosto dalle necessità dell'esperienza concreta che da una precisa volontà di dar vita ad un sistema nuovo, organicamente concepito e imposto”²⁴⁴.

Com a atividade jurisdicional *extra ordinem* do *princeps* em algumas causas, que careciam de tutela jurídica, o sistema da *cognitio* foi se firmando. O procedimento, antes bipartido, passa a desenrolar-se perante uma única autoridade estatal, o magistrado-funcionário²⁴⁵.

Dentre as várias transformações importantes trazidas com Augusto e o novo ordenamento político-constitucional estava a possibilidade de a parte insatisfeita impugnar a sentença proferida pelo magistrado do Estado, que, na esfera da *extraordinaria cognitio*, levaria o litígio ao reexame pelo tribunal imperial²⁴⁶.

²⁴⁴ ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*, cit., p. 205-206.

²⁴⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 31-32.

²⁴⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 31.

Essa prática estaria em consonância com a política de Augusto, que, dessa forma, passava a ter absoluto controle sobre a distribuição da justiça em todo o Império ²⁴⁷.

Como as sentenças consideradas injustas podiam ser objeto de recurso, conclui-se que as decisões proferidas no sistema da *cognitio extra ordinem* eram motivadas, além de se revestirem de outros requisitos formais que condicionavam a sua validade e eficácia, como serem escritas e lidas publicamente na presença dos envolvidos no conflito ²⁴⁸.

Conclui **José Rogério Cruz e Tucci** a partir dessas grandes modificações – sentença proferida publicamente na presença das partes e necessidade dos julgamentos serem escritos –, “somadas à possibilidade de interpor-se recurso contra os atos decisórios injustos”, que, “não obstante a lacunosidade das fontes”, as sentenças prolatadas na órbita da *cognitio extra ordinem* eram motivadas” ²⁴⁹.

Resulta nítida, como se vê, uma modificação do conteúdo da sentença, nesses vários períodos do processo civil romano.

No rígido processo das *legis actiones* esse conteúdo estava vinculado aos termos pré-fixados da controvérsia, recitados pelas partes na fase *in iure*, enquanto no período formulário o conteúdo está representado pela alternativa proposta ao juiz de proferir uma *condemnatio* (sempre em uma soma em dinheiro) ou uma *absolutio* ²⁵⁰.

Já na fase da *cognitio extraordinem*, o conteúdo da sentença passa a ser mais variado, sem a limitação imposta pelos sistemas anteriores de simplesmente condenar ou absolver.

²⁴⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*, cit., p. 31.

²⁴⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 147.

²⁴⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 33. Invoca o ilustre processualista da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, a lição de Calamandrei (La teoria “dell’error in iudicando” nel diritto italiano intermedio, in “Opere giuridiche”, v. 8, 1979, p. 206), que teria chegado à mesma conclusão, ao salientar que as fontes de Justiniano, referindo-se à sentença viciada por error in iudicando, “trazem exemplos de ato decisório fundamentado, porquanto, não fosse assim, teria simplesmente sido impossível detectar as sentenças proferidas contra ius no ordenamento jurídico romano...” (A motivação..., p.33). Acrescenta o doutrinador a admissão da appellatio parcial, que objetivava a reforma de parte do julgamento, o que só seria possível sabendo-se os motivos da decisão, outra “prova irrefutável da motivação da sentença no processo romano dessa época” (CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 33). José Henrique Lara Fernandes, após citar a doutrina do professor Cruz e Tucci, aponta entendimento contrário de Michel Grimaldi, em “La motivacion”, Limoges, Travaux de L’Association Henri Capitant, 1998, tomo III (FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 8).

²⁵⁰ VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 14.

Passa-se, pois, de um trabalho quase mecânico no ato de julgar e, por isso, da desnecessidade da motivação da sentença no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, para um período de maior liberdade do julgador, que leva à necessidade da motivação, ou seja, “la posibilidad de variación del contenido de la sentencia impulsa a creer en la necesidad de su motivación como justificación de la decisión”²⁵¹.

4.1.4. Exemplos extraídos das fontes históricas sobre a prática da motivação da sentença no processo civil romano

Como se viu, a ampliação do conteúdo da sentença e o maior espaço dado ao juiz para julgar no sistema da *cognitio extraordinem* leva à conclusão de que as sentenças passaram a ser motivadas.

Algumas fontes do direito imperial deixam muito clara essa exigência da motivação nas sentenças dessa época²⁵².

Indicativos contidos nesses textos permitem concluir que, de fato, havia uma necessidade da motivação, como forma de justificar a decisão.

Primeiro, porque se trata de um antecedente lógico, que funciona como uma preparação do ato de vontade final. Segundo porque, já no sistema do *Ordo*, o juiz respondia por prejuízos causados às partes por sua sentença²⁵³, que seriam perseguidos por meio da *actio si iudex litem suam fecerit*.

Assim, muito embora não estivesse obrigado a tanto, “*si el proprio iudex estaba sometido a la responsabilidad tan drástica que suponía el éxito del ejercicio de la actio si iudex litem suam fecerit, evidentemente, tendería a justificar con la mayor precisión posible su sentencia, al objeto de evitar la acción citada contra sí. En consecuencia, tanto como medida justificadora de su decisión, como medida de prevención, no dudamos de que*

²⁵¹VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 14-15.

²⁵²VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., mostra sua discordância de Visky: “no estamos de acuerdo con Visky, cuando dice que no se encuentra ninguna declaración, ni en los papiros ni en las fuentes del Derecho imperial, que induzca a pensar que el juez tuviese un deber de motivar sus sentencias. Asimismo, tampoco compartimos la opinión de que cuando la motivación aparece en algún supuesto se deba a la discreción de los jueces, lo cual si puede ser cierto em el *ordo iudiciorum privatorum*, pero en absoluto (...)en la *cognitio oficial*” (art. citado, p. 17).

²⁵³Daí a razão pela qual, muitas vezes, eximia-se de julgar, por não ver claramente a solução do litígio.

el iudex romano tendería a motivar sus sentencias, aun cuando dicha obligación no existiese formalmente”²⁵⁴.

Alguns textos transcritos por **Alfonso Murillo Villar**, em seu minucioso estudo “La motivación de la sentencia en el proceso civil romano”, permitem ilustrar, com trechos retirados das fontes do Direito Romano, como a motivação era requisito necessário da sentença, embora não fosse exigido expressamente.

Passemos, pois, à reprodução de alguns deles, mais exemplificativos a respeito da exigência de motivação²⁵⁵:

*C.7,44,2 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA ad Probum Praefectum Praetorio) Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eos, qui ministerium suum eis accomodant, sententias definitivas recitare (a 371)*²⁵⁶.

Essa constituição exige uma solução justa para cada caso (*sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibi ante formarent*) e celeridade (*statim*), lida perante as partes. Referindo-se à *deliberatio et ponderatio*, que devem constar por escrito, exige-se reflexão e ponderação antes da redação da sentença (que não pode ser corrigida depois), ou seja, “fundamentación interna del fallo previa a su exteriorización, como una valoración de certeza que ya no podrán corregir o cambiar”²⁵⁷.

C. Th. 4, 17, 2 (Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA ad Clearchum Praefectum Praetorio) Iudex in proferenda sententia quae

²⁵⁴VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 19.

²⁵⁵As conclusões extraídas de cada texto são também do autor espanhol, no mesmo artigo VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit.

²⁵⁶“Los Emperadores Valentiniano, Valente e Graciano, Augustos, a Probo, Prefecto del Pretorio: Creemos deber mandar por esa ley perpétua, que los jueces, a quienes obliga la necesidad de conocer y de fallar, no redacten subitamente las sentencias, sino ponderandolas antes para si habiendo deliberado después del negocio y que enmendadas las transcriban inmediatamente en la demanda, guardada su fidelidad y escritas las lean a las partes en la demanda, pero sin que después tenga facultad para corregirlas o cambiarlas” (C. 7, 44,2. Cuerpo de Derecho Civil Romano, trad. I. García del Corral, tomo II, Barcelona, fac simile da edição de 1895, Barcelona: Lex Nova, 2004, p. 249).

²⁵⁷VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 21.

iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus (a 382).

Nesta constituição imperial há uma determinação para que os juízes reflitam profundamente antes de proferir suas sentenças, de modo a evitar novos pleitos. Com a expressão *quod senserit scribat et relegat* tem-se, como afirma **Villar**, a chave da necessidade de motivar a sentença: “*el juez debe describir lo que perciba, es decir, el juicio de valor, la razón que le lleva a juzgar de una u otra manera*”²⁵⁸. É o *sentir*, do qual deriva a palavra *sententia*, “aquilo que se sente”.

Essas duas disposições imperiais citadas previam que o juiz deveria refletir sobre o caso debatido, formar seu convencimento interno, para posteriormente exteriorizá-lo no documento que leria às partes.

Daí a conclusão do articulista espanhol de que, a partir dos imperadores Valentiniano, Valente y Graciano, “*se produce el punto de inflexión acerca de la exigencia de plasmar la motivación de la sentencia en su redacción, como inducen a pensar los requisitos previos a la misma*”²⁵⁹.

(1) D. 49, 5, 6 (Mac 2 de Appell) *Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipere sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur.*

(2) D. 49, 7, 1 pr (Ulp 4 de appell) *Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur.*

(3) D 48, 18, 20 (Paul 3 decret) *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem desideraverat et quaestionem haberi de ancilla Suro negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla procurator quaestionem de ancilla habuerat cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*

²⁵⁸VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 22.

²⁵⁹VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 23-24.

Colacionamos esses três últimos textos da época imperial, que, de forma clara, mostram a necessidade de que se justificassem as decisões proferidas: o (1) e o (2) referentes à *appellatio non recepta*; o (3) mostra que o julgamento da apelação não se reduz a confirmar ou cassar o julgamento anterior, mas há uma exposição das razões da nova decisão.

No caso de não recebimento da apelação, o apelante podia recorrer dessa inadmissão do recurso. Mas o juiz que não admitia a impugnação deveria justificar a sua decisão, “*por medio de un comunicado, y la causa por la que no admitió la apelación, dando al litigante una copia del escrito*”²⁶⁰.

Era exigida rapidez processual e que se deduzissem por escrito as razões da denegação da apelação, o que também deriva do texto de Ulpiano, D 49, 7, 1

São exemplos claros, pois, na legislação imperial, da necessidade de se motivar a decisão judicial que rejeita a apelação.

O terceiro texto (3), referente a um julgamento que envolveu o marido, herdeiro de sua falecida mulher, e Surus, de quem era reclamada uma soma em dinheiro com ele depositada pela falecida, mostra, para aquilo que aqui nos interessa, o imperador conhecendo da apelação e confirmando-a, uma vez que não se poderia dar crédito a uma só testemunha.

Na análise de **Villar**, o imperador, como juiz, não se limitou a confirmar a apelação, mas a dar as razões pelas quais assim agia, reconhecendo como ilícita a prova e dando como fundamento jurídico o fato de que o testemunho de uma só testemunha é insuficiente.

E conclui o doutrinador espanhol, que, quando o imperador diz *quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum* está motivando sua sentença, “*lo que refleja un intento de evitar y corregir la arbitrariedad del juez inferior*”²⁶¹.

²⁶⁰VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 41.

²⁶¹VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 44.

4.1.5. Conclusões

No sistema do *Ordo iudiciorum privatorum*, que compreendeu as fases das *legis actiones* e o processo *per formulas*, o processo era privado e o *iudex*, nomeado pelo magistrado na fase *in iure*, era o árbitro que instruía e decidia o litígio.

Em razão das características desse sistema, em que o julgamento era feito por um árbitro privado, a sentença continha a declaração de um parecer do *iudex*, absolvendo ou condenando o demandado.

Com o sistema da *cognitio extra ordinem*, que vigorou desde Augusto até a queda do Império Romano, coexistindo, é certo, com o sistema do *Ordo* até que este finalmente caísse em desuso, houve uma publicização do processo, que também deixou de ter um procedimento bipartido.

Desapareceu a figura do *iudex privado* e o processo passou a se desenrolar apenas perante um magistrado com poder estatal, que conhecia do litígio, instruía e julgava.

Na fase da *extraordinaria cognitio*, a sentença não era mais um mero parecer, mas um julgamento proferido por um magistrado do Estado, subordinado hierarquicamente a um Tribunal Imperial, que poderia rever essa sentença.

Daí se conclui que, embora o juiz tivesse maior liberdade para proferir seu julgamento em comparação com a fase das ações da lei ou no período formulário – quando estava vinculado aos termos pré-fixados da controvérsia (*litiscontestatio*) ou à fórmula concedida pelo magistrado na fase *in iure* –, é na *cognitio* que surge a necessidade de que as decisões sejam motivadas, de modo a possibilitar à parte vencida saber as razões pelas quais havia perdido a demanda e poder formular seu inconformismo ao órgão superior.

Alguns exemplos extraídos de fontes históricas demonstram a prática da motivação da sentença durante a fase da *extraordinaria cognitio*, ausente, todavia, uma disposição expressa a respeito exigindo a fundamentação.

Os textos constitucionais daquela época determinam que os juízes ponderem e reflitam para formar seu convencimento interno, antes de exteriorizá-lo na sentença.

Também nos casos da *appellatio non recepta*, era necessário que o juiz expusesse as razões pelas quais não admitia a impugnação, justificando a sua decisão.

O estudo da evolução da motivação no processo civil romano mostra ainda que, embora as decisões do *iudex privatus* fossem irrecorríveis, o que decorria da própria estrutura do sistema do *Ordo iudiciorum privatorum*, foram encontradas algumas impugnações que teriam sido julgadas pelo regime do *Ordo*. Esse sistema, já caindo em desuso, ainda era aplicado concomitantemente com a *cognitio*, que viria a ser definitivamente implantada.

Assim, a apelação, que é contemporânea da fase da *extraordinaria cognitio*, foi utilizada no sistema dos juízes privados de forma imprópria e como extensão da *cognitio*. Para tanto, seguia-se pelo *Ordo* até um determinado momento do procedimento, mas, para apelar, era preciso passar para o sistema da *cognitio*.

Essa retrospectiva permite compreender um pouco da origem da necessidade de que os juízes motivem suas decisões, demonstrando, nas palavras de **Calamandrei**, que sua sentença é justa e por que é justa, prática que existiu desde os tempos de Roma e tornou-se, no processo contemporâneo, exigência dos estados de direito, com previsão constitucional em vários países.

4.2. Aspectos da motivação da sentença no processo civil canônico

4.2.1. Nota introdutória

No capítulo anterior, em que se buscou realizar uma análise da evolução histórica da motivação da sentença no processo civil romano, chegou-se à conclusão de que a exigência da motivação surgiu somente na fase da *extraordinária cognitio*.

De fato, foi nessa fase que a sentença deixou de ser um mero parecer, para se tornar um julgamento proferido por um magistrado do Estado, subordinado hierarquicamente a um Tribunal Imperial, que poderia rever essa sentença.

Daí a conclusão de que, embora o juiz tivesse maior liberdade para proferir seu julgamento do que na fase das ações da lei ou no período formulário, quando estava vinculado aos termos pré-fixados da controvérsia (*litiscontestatio*) ou à fórmula concedida pelo magistrado na fase *in iure*, é na *cognitio* que surge a necessidade de que as decisões sejam motivadas, de modo a possibilitar à parte vencida saber as razões pelas quais havia perdido a demanda e poder manifestar seu inconformismo ao órgão superior.

Alguns exemplos, extraídos de fontes históricas e anteriormente transcritos demonstram a prática da motivação da sentença durante a fase da *extraordinaria cognitio*, ausente, todavia, disposição expressa a respeito exigindo essa fundamentação.

Pretende-se agora estudar, neste capítulo, alguns aspectos da motivação no processo civil canônico.

Como se verá, a sentença no Direito Canônico deve ser fundamentada, conforme preveem os cânones 1.611 e 1612 do vigente Código de Direito Canônico, que também coloca a motivação como requisito da sentença ²⁶².

Essa obrigatoriedade da fundamentação se estende ainda à sentença interlocutória (cânone 1.613) e aos decretos decisórios (cânone 1.617).

A ausência de motivação gera nulidade sanável (c. 1.622, 2º.²⁶³), que deve ser alegada por meio da *querela nullitatis* (c. 1.623). A exigência de motivação tem repercussão ainda no âmbito da eficácia e autoridade da sentença canônica e no chamado reexame da causa de estado (c. 1.644).

Esses alguns aspectos que serão a seguir abordados, embora escassa a bibliografia existente a respeito do assunto.

Um estudo da motivação da sentença canônica e das suas peculiaridades permitirá uma melhor compreensão do direito e do processo canônico, sua dimensão e objetivos, e da própria Igreja na sua dimensão espiritual, além da sua contribuição para o direito atual.

²⁶²C. 1611 – “A sentença deve: 1º (...); 2º (...); 3º expor as razões ou motivos de direito e de fato, em que se fundamenta a parte dispositiva da sentença; 4º (...)”.

²⁶³“Cân. 1622 – A sentença é viciada de nulidade sanável, se: 1º. (...); 2º. Não contém os motivos ou as razões da decisão; (...)”.

4.2.2. Direito Canônico

O objetivo do Direito Canônico é a salvação das almas (*salus animarum*)²⁶⁴. É a percepção de que tudo deve ser feito para que alguém retorne para a fé.

Define-se como *o conjunto de normas jurídicas, de origem divina ou humana, reconhecidas ou promulgadas pela autoridade competente da Igreja Católica, que determinam a organização e atuação da própria Igreja e de seus fiéis, em relação aos fins que lhe são próprios*²⁶⁵.

Recolhe o *ius canonicum* sua *seiva vital* da Teologia, sem com ela se confundir, pois, embora vinculado à Revelação divina, que estuda a Teologia, é “um instrumento autônomo que concretiza juridicamente a Revelação divina ao regulamentar a vida externa da sociedade eclesial”²⁶⁶.

Sua ligação com a ciência teológica é, contudo, evidente, partindo o direito canônico do princípio bíblico da “difusão do evangelho (“...*ide e pregai a minha palavra a todas as criaturas...*”, Marcos 16.15), a boa nova, o propósito de que todos vivam em harmonia, o ideal de pacificação em todos os grupos sociais”²⁶⁷.

Também mantém o Direito Canônico estreita ligação com o Direito Civil, possuindo ambos como elemento característico a *juridicidade*²⁶⁸, mas guardando entre si diferenças relevantes, pois “o Direito secular tende a regular a ordem da justiça na *sociedade temporal* tendo em vista a consecução do *bem comum temporal*, e o Direito

²⁶⁴ José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo vêem nessa “relevância jurídica do elemento religioso o aspecto mais interessante e importante do problema da ‘juridicidade’ do ordenamento canônico. A salvação das almas ou a felicidade eterna dos homens constitui a primordial finalidade não só da Igreja, mas, igualmente, do próprio direito canônico, segundo o clássico ensinamento de Tomás de Aquino (“*finis iuris canonici tendit in quietem Ecclesiae et salutem animarum*”) (...)” (CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 15).

²⁶⁵ CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de direito canônico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1971. p. 10.

²⁶⁶ CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de direito canônico*, cit., p. 10-11.

²⁶⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 14-15.

²⁶⁸ “Porque o direito, seja qual for a sua espécie, é necessário que tenha como nota constitutiva e característica a juridicidade, isto é, a sua particular participação na ordem da justiça” (CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de direito canônico*, cit., p. 11).

Canônico está destinado a estabelecer a justiça na *Igreja*, para alcançar o *bem comum sobrenatural* dos fiéis”²⁶⁹.

Distingue-se, finalmente, o Direito Canônico do Direito Eclesiástico, este último com a finalidade de “reger o relacionamento da Igreja enquanto considerada Estado, nos assuntos políticos de natureza diplomática (*direito público externo*), bem como nas relações jurídicas (civis e penais) com os habitantes do Vaticano (*direito público interno*)”, sendo o Código de Processo Civil do Vaticano exemplo de lei de direito eclesiástico²⁷⁰.

Já o Direito Canônico, tendo em conta a Igreja como “instituição puramente religiosa, visa a disciplinar o relacionamento entre ela e seus subordinados pela fé”, que professam a doutrina do cristianismo²⁷¹.

Segundo **Marcelo Batlouni Medroni**, “a jurisdição eclesiástica aparece primeiro como um instrumento para defender os interesses da Igreja e subtrair dos Clérigos a Jurisdição secular. Depois, torna-se atributo de influência e dominação, para menoscabo da própria autoridade real, em virtude de uma paulatina multiplicação dos fatos que se considerem lesivos a tais interesses. (...) É certo que, em um primeiro momento, o próprio monarca fomentou o poder da Igreja (como fez com os Municípios), com a esperança de que as armas espirituais do papa se sujeitassem aos nobres e favorecessem assim a sua estabilidade (os homens ricos chegaram a competir em poder com o Rei, e este necessitou coligar-se com o povo, que desejava, por sua vez, sacudir o jogo pesado a que o tinha sujeitado uma aristocracia turbulenta e ambiciosa); mas mais tarde se observa, ante a desmedida ingerência daqueles, uma verdadeira luta entre os três poderes que disputavam a preeminência: Real, Senhoril e Eclesiástica”²⁷².

Em breve digressão histórica²⁷³, é relevante anotar que o esgarçamento do império romano coincide com o fortalecimento da Igreja, que vai ganhando poder, servindo-se de um direito forte, com um processo para toda a cristandade.

A igreja começa penetrando pelas camadas mais pobres, em um mundo romano muito desigual, com uma maioria empobrecida.

²⁶⁹ CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de direito canônico*, cit., p. 11-12.

²⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 14.

²⁷¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 14.

²⁷² MEDRONI, Marcelo Batlouni. Linhas gerais do processo canônico. *Revista de Process*, São Paulo, n. 135, p. 71-74, maio 2006. p. 71.

²⁷³ As idéias foram trazidas pelo Professor José Rubens de Moraes, em aula ministrada aos 5.10.2007, no Curso de Processo Civil Canônico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Com a queda do império romano, o ordenamento laico vai afrouxando e a Igreja se fortalece, produzindo cada vez mais em termos de legislação canônica.

Nessa época, a aliança trono-altar foi muito produtiva, com forte influência da Igreja, que daí tirou toda a sua força, aproveitando-se da fragilidade do império romano e da fraqueza dos bárbaros.

O fortalecimento da igreja, portanto, não foi tão fortuito assim como se possa imaginar, mas fruto de um favorável contexto histórico.

4.2.3. A sentença e a motivação à época da consolidação do direito canônico (séculos XIII-XV)²⁷⁴

4.2.3.1. Aspectos da evolução histórica

A consolidação do direito canônico surgiu da necessidade de que fossem compiladas as inúmeras decretais editadas à época pelos papas.

A coleção conhecida por *quinque compilationes antiquae* abrangeu decretais desde Alexandre III até Honório III e acabou por influenciar as decretais de Gregório IX.

Em uma tentativa de evitar a insegurança e compilações de valor duvidoso, em face das inúmeras decretais então existentes, Gregório IX, em 1230, determinou a Raymundo de Pennaforte que coletasse todas as decretais que estavam fora do *Decreto* de Graciano, mas que eram observadas em Tribunais e no ensino do direito canônico.

O trabalho foi aprovado pela bula *Rex Pacificus*, em 5.9.1234, onde estavam as *Decretais* de Gregório IX e com caráter universal. Nela havia decretais desde Inocêncio III a Honório III.

²⁷⁴ Este item está baseado nos ensinamentos ministrados em aula no dia 21.9.2007 pelo Professor José Rogério Cruz e Tucci, no curso de Pós-Graduação em Direito Processual na Faculdade de Direito da USP, na matéria História do processo canônico. Além dos subsídios colhidos em aula, o texto baseia-se também no capítulo 4, do livro *Lições de processo civil canônico*, cit., de José Rogério Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo.

Posteriormente, uma nova compilação, denominada *Sextus Liber*, surgiu com Bonifácio VIII, que veio como um apêndice das Decretais de Gregório IX (3.3.1928), revogando todos os textos que não estivessem nas decretais ou no próprio livro *Sextus*.

Vieram ainda, as Clementinas (*Clementinae* – 6.5.1312), durante o papado de Clemente V, considerada o *liber septimus*.

As *Extravagantes* reuniram toda a produção legislativa de João XXII e foram compiladas a partir de 1319.

Finalmente, o *Corpus iuris canonici* reuniu o *Decreto* de Graciano, as *Decretais* de Gregório IX, o *Sexto* de Bonifácio VII, as *Clementinas* e as *Extravagantes*, compiladas por Jean Chappuis, em 1500.

Alguns aspectos relevantes do direito processual dessa época merecem ser destacados.

Nas *Decretais* 2.19.11, o cânone *quoniam contra* impôs o processo escrito e formal. Dividia-se o processo em *termini* ou *stadia*, fases que se sucediam e eram encerradas com decisões interlocutórias, passíveis de recurso.

O procedimento ordinário era lento e custoso, reservado para causas mais importantes.

Havia uma luta para que o processo fosse mais célere, o que foi tentado por Clemente V com as bulas *Saepe contingit* (1306) e *Dispendiosam* (1311), que introduziram um procedimento mais simples, oral e com prazos exíguos. Era o chamado *procedimento plenário rápido*, onde não havia corte na cognição, mas sim, cognição exauriente, com redução das formalidades e encurtamento dos prazos.

As citações eram vedadas em feriados e dias santos. A contestação deveria ser oferecida em prazo razoável.

Nas *Decretais* de Gregório X foi disciplinada a reconvenção (2.4.1 e 2.4.1 – *de mutuis petitionibus*).

4.2.3.2. Da sentença e da inexistência de motivação à época da consolidação do direito canônico

Após a colheita de provas, que não era submetida ao contraditório, dava-se às partes ciência recíproca do contexto probatório coligido.

A sentença deveria ser escrita e, por determinação de Inocêncio IV, deveria ser lida pelo próprio juiz prolator (*iudice sedente* – *Sextus* 2.14.5).

Não havia previsão alguma da necessidade da motivação, de forma que havia uma condenação ou absolvição em primeiro grau, e a confirmação ou não em segundo grau.

Na verdade, estudiosos da época, civilistas e canonistas medievais, mostravam-se contra a exigência de que os magistrados motivassem seus pronunciamentos judiciais. Daí a razão de Acúrsio, em glosa a D. 11.6.1, ao observar que o juiz não estava obrigado a apontar os fundamentos da sentença que proferisse, “a menos que o autor aforasse uma ação em lugar de outra”, quando então o ilustre estudioso sugeria “aos juízes que declinassem o motivo fulcral do ato decisório de natureza terminativa, a fim de que o demandado, na sucessiva ação, ficasse impossibilitado de opor a exceção de *res iudicata*”²⁷⁵.

Cabia apelação da sentença, mas não era possível apelar-se de três sentenças conformes²⁷⁶ (“*ab eadem sententia ab eodem tertio appellare non licet*” – capítulo 65 das *Decretais*).

Como se verá em seguida, a sentença canônica, dentre as suas peculiaridades, deve ser revestida da chamada *certeza moral*, mas, como não se admitem iniquidades ou erros de julgamento, a sentença pode ser revista e a coisa julgada tem uma certa relatividade²⁷⁷.

²⁷⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 63.

²⁷⁶ Hoje há a exigência da chamada “dupla conforme”.

²⁷⁷ A esse respeito, confira-se excelente artigo de TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 24-63, jul./set. 2002.

4.2.4. A sentença no processo civil canônico

Para **Fernando Della Rocca**, “la sentenza è oggi considerata dalla prevalente teoria processualistica civile più quale atto di volontà dell’organo statuale che quale atto rappresentativo di um processo logico del giusdicente” ²⁷⁸.

Prevê o cânone 1.607 que a sentença pode ser *definitiva*, quando aprecia o mérito da causa (1ª parte), ou *interlocutória*, quando apenas decide questão incidente, de caráter processual (2ª parte).

Os demais pronunciamentos do juiz, que não forem sentença, serão *decretos*, de cunho ordinatório, que dispensam motivação se forem simples disposições (c. 1.617).

Tanto a sentença interlocutória como o decreto terão “força de sentença definitiva”, se impedirem ou puserem fim ao processo ao menos em parte do objeto do litígio (c. 1.618).

Distinguem-se um do outro pelo fato de que o decreto decisório dispensa normalmente prévio contraditório pela pequena relevância das questões incidentais por ele decididas, “impositivas de *simplex cognitio*” ²⁷⁹.

Também por resolver questões de menor importância, o decreto “non è diffusamente motivato, come la sentenza interlocutória” ²⁸⁰.

A sentença que conclui o processo e resolve a lide resulta, segundo **Fernando Della Rocca**, de um elemento lógico e de um elemento imperativo: com o primeiro, “il giudice dá conto dei risultati di quella ricerca della verità cui è stato obbligato dalla domanda giudiziale; col secondo, (...) egli impone alle parti la soluzione che si è data alla controversia” ²⁸¹.

A sentença, quanto ao conteúdo, pode ser de mérito, se define a lide com relação ao objeto da relação material deduzido; ou *di rito*, que resolve questões de caráter processual. Também podem ser tidas como justas ou injustas (ou melhor *legítimas* ou *ilegítimas*),

²⁷⁸ Appunti sul processo canônico, Milano, Giuffrè Editore, 1960, p. 121.

²⁷⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 138.

²⁸⁰ DELLA ROCCA, Fernando. *Appunti sul processo canonico*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 121.

²⁸¹ DELLA ROCCA, Fernando. *Istituzioni di diritto processuale canônico*. Torino: Editrice Torinese, 1946. p. 297.

“secondo che è conforme o meno alle leggi e *valida* o *invalida* (ovvero *irrita*) secondo che è completa o meno in tutti i suoi elementi sostanziali”²⁸².

4.2.5. O requisito da “*certeza moral*” previsto no cânone 1.608, parágrafo 1º do Código Canônico

Ao proferir a sentença, determina o Código Canônico que o juiz obtenha uma *certeza moral* sobre a questão que irá decidir na sentença (*thema decidendum*).

É o que consta do cânone 1.608, § 1º²⁸³, acrescentando o parágrafo 2º que tal certeza deverá estar presente no espírito do julgador e deve ser haurida *ex actis et probatis*, ou seja, daquilo que foi coligido para o processo e nele está demonstrado.

Logo, não pode o juiz julgar com base em elementos que não estão nos autos e que não foram submetidos ao crivo do contraditório.

De qualquer sorte, como também não se admite sentença injusta, poderá o juiz, vislumbrando que tal poderá vir a acontecer, valer-se do seu poder de determinar a produção de provas de ofício (c. 1.600, 3º), a fim de que elas venham para os autos.

Para **Eduardo Talamini**, a doutrina canônica atribui especial relevância a esse requisito da *certeza moral*, sendo freqüente a colocação de que a *verdade* “buscada pelo processo da igreja seria distinta, mais profunda, do que aquela com que se satisfaz o processo laico”. Bem por isso, faz o doutrinador referência à regra do cânone 1.643, de que as causas de estado nunca passam em julgado, porque nunca se obteria um grau de certeza suficiente²⁸⁴.

Na verdade, a certeza que o direito canônico exige, adjetivada como *moral*, não deve ser fruto de sentimentos subjetivos do julgador, mas vir fundamentada objetivamente em elementos constantes dos autos. Assim, “se requiere certeza moral, no física ni

²⁸²DELLA ROCCA, Fernando. *Istituzioni di diritto processuale canônico*, cit., p. 299.

²⁸³“Para pronunciar qualquer sentença, requer-se, na mente do juiz, certeza moral sobre a questão a ser definida pela sentença”.

²⁸⁴TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica, cit., p. 44. Para Talamini, o significado dessa exigência típica do direito canônico estaria bem traduzida em célebre locução do Papa Pio XII ao tribunal da Rota Romana: “A ‘certeza moral’ está entre a ‘certeza absoluta’ e a ‘quase-certeza ou probabilidade’. Deve ‘excluir qualquer fundada ou razoável dúvida’, ainda que deixando ‘subsistir a possibilidade absoluta do contrário’. A certeza moral, enfim, é aquela ‘necessária e suficiente’ para o

metafísica, ya que es requisito del proceso, que se entable sobre algo dudoso; a toda certeza moral se llega por el raciocínio. Esta certeza solo excluye la posibilidad de error, y no absolutamente, sino solo relativamente; con ella se llega a la posibilidad de exclusión de error”²⁸⁵.

Não atingido esse grau de certeza, o pedido deve ser julgado improcedente, consoante determina o parágrafo 4º do cânone 1.608, salvo se se tratar de causa que goze do *favor do direito* (*favor legal* ou *favor iuris*), demandas onde milite “uma presunção estabelecida em prol de determinados institutos ou princípios, como no casamento ou na sagrada ordenação”²⁸⁶.

É ônus, portanto, de quem afirma o fato, prová-lo (cânone 1.526), salvo se o fato alegado estiver abrangido pela presunção legal ou não seja contestado.

Daí porque, apesar de não obtida a *certeza moral*, poderá haver julgamento contra o réu, “não só quando vigorar uma presunção em favor do autor, mas também quando o réu não se houver conseguido desincumbir do ônus da prova de um ato extintivo, impeditivo ou modificativo do direito do autor, cujo fato constitutivo ficara provado ou incontroverso”²⁸⁷.

Do caráter objetivo da *certeza moral*, que deve vir embasada em elementos probatórios retratados nos autos (*ex actis et probatis*) e do sistema da persuasão racional adotado, decorre o dever de motivação aplicável a todas as decisões de juízes e tribunais da igreja (cânones 1.611, § 3º, 1.612, § 3º e 1.617), o que será analisado a seguir.

4.2.6. A motivação e a sentença no processo civil canônico

A sentença, no processo canônico, deve ser obrigatoriamente motivada, (c 1.611), sob pena de nulidade sanável (c 1.622, 2º), obrigatoriedade essa que se estende aos decretos decisórios, onde se admite a motivação *per relationem* (C 1617)²⁸⁸.

pronunciamento do juiz” (Locução de 1º.10.1942, citada, entre outros, por Moneta, cf. TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica, cit., p. 44, nota de rodapé 68).

²⁸⁵MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canónico*. Madrid, Aguilar, 1956. p. 286.

²⁸⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 139.

²⁸⁷TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica, cit., p. 46.

²⁸⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 140.

Assim, “l’errore nella motivazione in diritto determinerà in genere la nullità della sentenza, mentre quello che colpisce i motivi in fatto renderà la sentenza ingiusta e passibile per lo più dei rimedi dell’appello o della *restitutio in integrum*”²⁸⁹.

Ao motivar a sentença, deve o juiz demonstrar à parte que realmente chegou à necessária *certeza moral*, àquela exata compreensão da controvérsia e, bem por isso, que está habilitado a decidir.

Por isso, deve o juiz indicar os motivos, *tam in facto quam in jure*, que embasam o dispositivo da sentença.

A exposição dos motivos da sentença, além de demonstrar a certeza moral do julgador, deve possibilitar que o interessado possa eventualmente externar seu inconformismo com aquilo que ficou decidido.

Antes de proferir a sentença, há uma deliberação prévia feita pelo juiz, que consiste essencialmente em “una operación íntima del animo del Juez para obetener la certeza moral de lo actuado y probado sobre lo controvertido”²⁹⁰.

Com a exposição dos motivos feita pelo julgador, o órgão *ad quem* fiscalizará com mais eficiência a justiça e legalidade do ato decisório atacado.

A exigência da motivação da sentença é, finalmente, “instrumento de uniformização da jurisprudência dos tribunais canônicos”. A regra do dever de fundamentação da sentença visa ainda a “tornar efetivas as normas que garantem o direito de defesa e a imparcialidade do juiz”²⁹¹.

A motivação assume um peculiar papel pedagógico no direito canônico, voltado para a parte derrotada e sempre com uma preocupação com a recondução dos fiéis ao caminho da fé.

Isso porque “la sentenza canonica incide su una materia che – direttamente o indirettamente – ha sempre un contenuto spirituale. Essa quindi deve convincere se vuole essere efficace. Anzi è la Chiesa che colle sue istituzioni (...) si preoccupa di acquisire – ove possibile – l’accettazione dell’interessato (succumbe) alle sue sanzioni onde avere permanentemente viva e efficiente la *ratio* essenziale dell’ordinamento della Chiesa: la

²⁸⁹ DELLA ROCCA, Fernando. *Istituzioni di diritto processuale canônico*, cit., p. 305.

²⁹⁰ MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canônico*, cit., p. 290-291.

²⁹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*, cit., p. 141.

salus animarum. E tutto ciò non può non dare una speciale responsabilità all'attività intellettuale del giudice e quindi, di riflesso, alla funzione che per essa hanno le prove"²⁹².

A motivação não deve ser prolixa ou redundante, mas deve, sim, ser exauriente, “nel senso che ogni parte del dispositivo abbia un riscontro giustificativo nella parte motiva (...) ed *autonoma*, nel senso che non è consentito al giudice di riferirsi, omettendosi le argomentazioni, nella parte motiva ad atti processuali determinati e tanto più alla difesa e conclusioni delle parti e ad altre sentenze dello stesso giudice”²⁹³.

E conlui o doutrinador: “Deriva inoltre da ciò il principio per cui è fatto obbligo al giudice non già di passare in rassegna nella sentenza tutte le deduzioni ed argomentazioni difensive delle parti e di confutale, sibbene di definire la controversia con una pronunzia che, pur tenendo conto degli sviluppi che ha avuto la causa nella fase della discussione, riposi per la parte motiva su una costruzione logica adeguata alla parte dispositiva per quelle che sono le finalità e le esigenze della statuizione giudiziale”²⁹⁴.

A motivação da sentença inclui, portanto, “no solamente aducir las razones a favor de una parte, sino refutar también las alegadas por la contraria”²⁹⁵.

A importância da motivação vem ressaltada por **Della Rocca**, ao afirmar que, “se si considera pertanto che la motivazione é incontestabilmente l'*iter* logico attraverso il quale il giudice perviene alla decisione si deve riconoscere che la importanza che ha nel processo canonico la motivazione della sentenza (cui si riannodano, d'altra parte, direttamente istituti speciali di quel processo, quali la *restitutio* e il *novum examen*) assume um carattere quanto mai significativo”²⁹⁶.

A ausência de motivação, nulidade qualificada como *sanável* no cânone 1.622, poderá ser alegada por meio de *querella nullitatis* típica criação canônica, com previsão expressa no cânone 1.621 do *Codex Iuris Cannonici* ²⁹⁷, que, nesse caso, atuará como simples meio recursal²⁹⁸.

²⁹²DELLA ROCCA, Fernando. *Appunti sul processo canônico*, cit., p. 125-126.

²⁹³DELLA ROCCA, Fernando. *Istituzioni di diritto processuale canônico*, cit., p. 305.

²⁹⁴DELLA ROCCA, Fernando. *Istituzioni di diritto processuale canônico*, cit., p. 305.

²⁹⁵MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canônico*, cit., p. 290.

²⁹⁶DELLA ROCCA, Fernando. *Appunti sul processo canônico*, cit., p. 128.

²⁹⁷Promulgado pelo Papa João Paulo II, aos 25 de janeiro de 1983.

²⁹⁸TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica, cit., p. 50-51. E observa o doutrinador que “é a querela de nulidade insanável que funciona como fator de mitigação a coisa julgada” (op. cit., p. 51).

4.3. As fontes lusitanas e a motivação da sentença no direito brasileiro

A primeira fase do Brasil Colônia transcorreu sob as Ordenações Afonsinas, editadas por Afonso V em 1446 e que vigoraram até 1521. Seu estudo não apresenta relevância por ter perdurado pouco mais de duas décadas após o descobrimento do Brasil, em 1500, ainda que fizesse menção à fundamentação em seu item 3.69²⁹⁹.

Já sob o reinado de Dom Manuel foram editadas as Ordenações Manuelinas, em 1521, em vigor até 1603. Nelas havia previsão expressa de que todos os juízes deveriam motivar suas decisões, sob pena de multa³⁰⁰.

As Ordenações Filipinas, de 1603, promulgadas pelo rei Felipe II, e que entre nós vigoraram até o advento do Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1950, previam em seu Livro III, Título LXVI, n. 7º. o dever do juiz de motivar as suas decisões. Nelas também era prevista a pena de multa em benefício da parte, caso o preceito fosse descumprido pelo juiz, mas não havia previsão de nulidade da sentença sem fundamentação³⁰¹.

Daí dizer-se que é da tradição do direito luso-brasileiro a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais³⁰².

Por ocasião da independência brasileira, em 1822, vigoravam no Brasil as Ordenações Filipinas, o que continuou a ocorrer por força do decreto de 20 de outubro de 1823, “em tudo que não contrariasse a soberania nacional e o regime brasileiro”. Assim, a conquista da independência política não implicou rejeição total da legislação lusitana e o país herdaria “as normas processuais contidas nas Ordenações Filipinas e em algumas leis extravagantes posteriores”³⁰³.

²⁹⁹ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Millennium, 2004. p. 31.

³⁰⁰ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 31-32.

³⁰¹FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 27.

³⁰²NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 284. No mesmo sentido, PERO, Maria Thereza Gonçalves. op. cit., p. 13.

³⁰³CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 104. “As Ordenações Filipinas, promulgadas por Felipe I em 1603, foram grandes codificações portuguesas, precedidas pelas Ordenações Manuelinas (1521) e pelas Afonsinas (1456), cujas fontes principais foram o direito romano e o direito canônico, além das leis gerais elaboradas desde o reinado de Afonso II, de concordatas celebradas entre reis de Portugal e autoridades eclesiásticas, das Sete Partidas de Castela, de antigos costumes nacionais e dos foros locais” (op. cit., p. 104).

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850 foi o primeiro código de processo elaborado no Brasil e, apesar de críticas, “examinado em sua própria perspectiva histórica (...) é notável do ponto-de-vista da técnica processual, especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento”³⁰⁴.

Em seu artigo 232, previa expressamente a exigência da motivação³⁰⁵, tornando-se o primeiro diploma legal brasileiro a prever a necessidade da fundamentação das decisões judiciais³⁰⁶.

Essa obrigatoriedade da motivação passaria posteriormente a ser adotada pelos principais códigos estaduais do país³⁰⁷, e, com a unificação da legislação processual, constou expressamente dos artigos 118, parágrafo único e 280, inciso II do Código de Processo Civil de 1939³⁰⁸, de abrangência nacional, por força da Constituição Federal de 1937, que previa a unidade legislativa em matéria processual, a cargo da União³⁰⁹.

O atual Código de Processo Civil, de 1973, prevê em seu artigo 131 que “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. O artigo 458, em seu inciso II, prevê como requisito essencial da sentença, os *fundamentos*, “em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Com a Constituição Federal de 1988, a motivação foi elevada a preceito fundamental, constando do artigo 93, inciso IX a determinação de que “todos os julgamentos do Poder Público serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

³⁰⁴CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 106.

³⁰⁵“A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob a responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda”.

³⁰⁶NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 28.

³⁰⁷Nelson Nery Júnior cita como exemplos o artigo 322 do CPC do Maranhão, o artigo 308 do CPC da Bahia, o artigo 388 do CPC de Pernambuco, o artigo 499 do CPC do Rio Grande do Sul, o artigo 382 do CPC de Minas Gerais, o artigo 333 do CPC de São Paulo, o artigo 273, caput, do CPC do Distrito Federal (de 1924), o artigo 330 do CPC do Ceará e o artigo 231 do CPC do Paraná (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 285).

³⁰⁸Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*, cit., p. 60; FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 30.

³⁰⁹ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 35.

Acolheu a Lei Maior, assim, “o entendimento doutrinário de que o problema da motivação se coloca no plano dos Direitos fundamentais, de ordem pública, avultando nela a idéia de garantia e controle extraprocessual, por servir como elemento para aferição, *in concreto*, da imparcialidade do Juiz e da legalidade da decisão, bem como da efetividade do contraditório e da observância do devido processo legal”³¹⁰.

³¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano 17, n. 50, p. 7-8, nov. 1990.

5. MOTIVAÇÃO: PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

“O bom funcionamento do Poder Judiciário é condição de cidadania” (Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal)

5.1. A exigência constitucional da motivação das decisões (CF, art. 93, IX)

O artigo 93, inciso IX da Constituição Federal prevê que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”.

Consagra a Constituição, portanto, a obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais.

Antes mesmo da Constituição de 1988, já acenava **Barbosa Moreira** com a conveniência da inclusão da motivação em dispositivo constitucional, por se tratar de “expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a quem compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos”³¹¹.

O dispositivo constitucional em vigor também comina de nulidade a decisão que não esteja fundamentada.

Muito embora a Constituição Federal não contenha normalmente *norma sancionadora*, sendo apenas *descritiva ou principiológica*, afirmando direitos e impondo deveres, a falta de motivação constitui vício de extrema gravidade, de forma que o legislador constituinte, “abandonando a técnica de elaboração da Constituição, cominou no próprio texto constitucional a pena de nulidade”³¹².

A ausência de fundamentação atinge a higidez da decisão judicial e viola, portanto, a Constituição Federal.

³¹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: _____. *Temas de direito processual*: 2ª. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 95.

³¹² NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 293.

O fato da exigência da fundamentação estar consagrada na Constituição encontra justificativa em diferentes razões, uma delas, segundo **Ovídio Baptista da Silva**, decorrente “da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei”³¹³.

Outra razão a ser destacada decorre “da necessidade de que nossa formação jurídica dogmática seja superada, através do reconhecimento de que o Direito não pode se submeter aos princípios epistemológicos das ciências naturais e menos ainda das matemáticas”³¹⁴.

Conclui o processualista que as *certezas*, que nem mesmo nas ciências naturais existem, não são e nem nunca foram critérios objetivos próprios do Direito. A justiça, afirma o autor, “para desgosto de nossos teóricos, não poderá ser *normatizada*. Haverá de ser descoberta laboriosamente em cada caso concreto, observados, porém, determinados critérios capazes de impedir que a natural *discrecionalidade* do ato jurisdicional se transforme em autoridade (...)”³¹⁵.

Conforme já foi visto, a atividade judicial hoje não prescinde da interpretação de normas abertas e de uma intensa criatividade judicial no julgamento de questões cada vez mais complicadas e que desbordam da previsão legal.

De fato, na lição trazida por **José Renato Nalini**, o brocardo *in claris cessat interpretatio* está devidamente sepultado, sem possibilidade de ressurgir, de forma que o “obrar judicial é contínua interpretação”, com todas as dificuldades que o ato de interpretar encerra³¹⁶. Aliás, até mesmo diante da clareza da lei é necessário antes interpretá-la, em busca do seu sentido, cotejando-a com os fatos do caso concreto.

A obrigatória motivação a ser invocada pelo julgador para justificar a decisão em determinado sentido, e não em outro, funciona como fator de controle dessa indispensável criatividade judicial exercitada ao julgar e como fator de legitimação do julgamento.

Na perspectiva constitucional, a obrigação de motivar é “un’espressione del principio della partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia” e assegura “il

³¹³SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 454.

³¹⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, cit., p. 454.

³¹⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, cit., p. 456.

³¹⁶NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas/SP: Millennium Ed., 2006. p. 264.

controllo democratico diffuso che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata”³¹⁷.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais constitui *garantia constitucional*³¹⁸ e manifestação da garantia do devido processo legal (CF, art. 5º. LIV), pois se insere no quadro de imposições ao juiz e de limitações à sua liberdade de atuação³¹⁹.

Somente quando motivadas todas as decisões proferidas no processo, estará atendida a garantia do *devido processo legal*. A fundamentação legitima a atuação do magistrado como agente de poder num Estado democrático de direito e a sua falta representa um atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal³²⁰.

Como *garantia constitucional do processo*, possibilita aos indivíduos exigir o exercício de uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, tendo em conta que o direito à jurisdição constitui “garantia constitucional primária e indispensável à eficácia de todos os outros direitos”³²¹.

A garantia constitucional da motivação acarreta reflexos, não só no conteúdo, mas na própria estrutura da motivação, que deve possuir necessariamente três atributos³²²: (a) *racionalidade* dos argumentos invocados para justificar a decisão; (b) *completude*, no sentido de conter toda a justificação das escolhas feitas pelo julgador e que foram determinantes para que a decisão fosse proferida em determinado sentido; e (c)

³¹⁷TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 189. Do chamado efeito extraprocessual da motivação surgem outros destinatários, que não apenas as partes e o Tribunal, mas também a opinião pública e os cidadãos em geral, “ai quali viene attribuito il diritto di controllo sulle modalità con cui viene esercitato il potere giurisdizionale” (op. cit., p. 189).

³¹⁸Sobre a diferença entre *princípios* e *garantias*, ilustrativa a explanação de Paulo Henrique dos Santos Lucon: “os princípios são ‘normas fundamentais ou generalíssimas dos sistemas, as normas mais gerais’. A garantia tem outra dimensão, já que consiste na ‘instituição criada a favor do indivíduo, para que, armado com ela, possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política’. As garantias aproximam-se de um meio de defesa por meio dos quais se assegura a fruição de direitos fundamentais e por essa razão, são elas acessórias dos direitos fundamentais” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 270). A respeito da diferenciação entre *princípios* e *regras*, confira-se MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas. 2006. p. 7.

³¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 242-243 e 245.

³²⁰OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, cit., p. 202-203.

³²¹Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 293.

³²²Cf. TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 47-49.

controlabilidade, devendo a decisão ser compreensível não apenas por avvocados ou por aqueles que tenham conhecimentos técnicos de direito, mas por qualquer pessoa do povo

Somente dotata a motivação de tais atributos, “può essere realizzato in concreto, e non solo al livello delle astratte enunciazioni, il significato profondo dell’obbligo costituzionale di motivazione, come garanzia di partecipazione del popolo all’amministrazione della giustizia attraverso il controllo sociale diffuso sull’esercizio del potere giurisdizionale”³²³.

5.1.1. A garantia constitucional da motivação e o Estado democrático de direito

A fundamentação das decisões judiciais legitima a atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito ³²⁴, pois permite à sociedade controlar o exercício do poder pelo magistrado e fiscalizar a sua atuação: “L’obbligo costituzionale di motivazione nasce infatti dalla crisi dello Stato persona, autocratico ed estraneo rispetto alla società civile e dal conseguente affermarsi del principio per cui la sovranità spetta al popolo. Sul piano della giurisdizione, cio significa che la giustizia non è più una manifestazione della volontà del sovrano, o del *Führerprinzip*, ma risulta dall’esercizio di un potere che il popolo ha delegato al giudice” ³²⁵.

A função *extraprocessual* da motivação consiste, nas palavras de **Taruffo**, “nell’assicurare la controllabilità sul modo in cui gli organi giurisdizionali esercitano il potere che è loro attribuito, nell’ambito di un più generale principio di controlabilità che caratterizza la nozione moderna dello Stato di diritto”³²⁶.

Em um regime democrático, todas as decisões devem ser justificadas pelos julgadores, como uma autêntica prestação de contas da atuação estatal. Somente em

³²³TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 50.

³²⁴Estado de Direito é aquele que se justifica em face da intromissão do Estado na esfera jurídica do indivíduo, cf. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008. p. 250, invocando lição de Barbosa Moreira.

³²⁵TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 41. “In questo contesto, l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali si configura come garanzia e principio generale della giurisdizione nello Stato di diritto, e per queste ragioni viene espressamente formulato in numerose Costituzioni” (op. cit., p. 40).

³²⁶TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 189.

regimes ditatoriais podem ser concebidas decisões arbitrárias, impostas mediante o uso da força e por isso despidas de qualquer fundamentação³²⁷.

Para o exercício da democracia, é necessário dotar o povo de mecanismos que lhe possibilitem participar da atuação do poder. Como explica **Olavo de Oliveira Neto**, “se as atividades executiva e legislativa são legitimadas pelo voto direto, o mesmo não acontece com a atividade judiciária”, uma vez que, “em nosso país, os juízes não são eleitos, como ocorre em alguns Estados americanos, mas recrutados mediante concursos públicos de provas e títulos. Por isso se torna fundamental permitir que o povo possa fiscalizar a atuação dos seus juízes, sendo a fundamentação das decisões o meio encontrado para tal finalidade”³²⁸.

Em um Estado Democrático, “que tem como pilares e instrumentos de realização, dentre outros, a transparência e publicidade de seus atos”, mas onde os representantes do Poder Judiciário não são eleitos democraticamente, o dever de fundamentação configura “condição *sine qua non* para a própria validade das decisões judiciais. Em outras palavras, é requisito essencial das decisões”³²⁹.

Barbosa Moreira, em conhecido artigo dedicado a esse tema, expõe com clareza: “No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como ‘*rechtsfertiger Staat*’, como ‘Estado que se justifica’. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa ‘justificação’: o material e o formal. A

³²⁷ O Superior Tribunal de Justiça deixou de homologar sentença estrangeira, por falta de motivação, “princípio de ordem pública, que, consoante o Supremo Tribunal Federal – SE 2521 – com ‘ele deve harmonizar-se o julgado estrangeiro para que tenha eficácia no Brasil’” (SEC n. 880, Rel. Min. Fernando Gonçalves). Outra sentença americana também deixou de ser homologada, por “ausência de motivação da decisão homologanda, em afronta ao art. 216, RISTF e 17 da LICC que assim dispõe: ‘*As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*’” (SEC n. 879, Rel. Min. Luiz Fux). Já na Sentença Estrangeira Contestada n. 760, Relator Ministro Felix Fisher, uma sentença arbitral estrangeira foi considerada suficientemente motivada e, por isso, mereceu acolhida o pedido de homologação: “De fato, nos termos do art. 26, I e II, da Lei n. 9.307/96, o relatório e a fundamentação são requisitos obrigatórios da sentença arbitral, de modo que a “*decisão que se limita a revelar a sanção aplicada à ré, sem dizer das razões que orientaram o árbitro, não se qualifica como hábil à homologação*” (SE 3.977, STF, Rel. Min. **Francisco Rezek**, DJU de 26.08.1988). Ocorreu que na hipótese dos autos, embora conciso, **o laudo arbitral apresentou relatório e está devidamente fundamentado**, como se lê de seu inteiro teor, às fls. 128/129 (...). Destarte, não merece acolhida a alegada nulidade da sentença arbitral, visto que esta apresentou **fundamentação suficiente para o julgamento da quaestio, demonstrando as razões para a condenação da parte requerida**”.

³²⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, cit., p. 202.

³²⁹ AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 2.

intromissão é materialmente justificada, quando para ela *existe* fundamento; é formalmente justificada, quando *se expõe, se declara, se demonstra* o fundamento”³³⁰.

A necessidade de que a atividade dos órgãos do Estado possa ser objeto de controle, que é ínsita à idéia do Estado Democrático de Direito, justifica, portanto, seja a motivação alçada ao patamar de garantia constitucional.

Não é outro o entendimento adotado por **Michele Taruffo**, ao tratar da passagem do Estado absoluto para o Estado democrático de direito, onde vigora o princípio da transparência no exercício do poder:

“Il passaggio dallo Stato assoluto, o – in epoca moderna – dallo Stato autoritario o totalitario, allo Stato democratico di diritto, implica la fine del potere assoluto e occulto dello Stato. Nello Stato democratico di diritto il potere non è assoluto, e soprattutto non è occulto: al contrario, vige il principio di trasparenza, o di ‘*maximale Diskutierbarkeit*’ dell’esercizio potere, dato che la sua legittimità non è più fondata sul principio di autorità, ma sulla legittimazione democratica. In altri termini, lo Stato di diritto si pone necessariamente come *rechtsfertigender Staat*, ossia come forma politica che si legittima in quanto giustifica il modo in cui il potere viene esercitato. Sul piano della giurisdizione, ciò significa che il provvedimento del giudice non si legittima in quanto esercizio di autorità assoluta, ma in quanto il giudice renda conto del modo in cui esercita il potere che gli è stato delegato dal popolo, che è il primo e vero titolare della sovranità. Donde l’obbligo di giustificare la decisione, che risponde sia alla necessita di dimostrarne la fondatezza in fatto e in diritto, sia alla necessita di permettere che tale fondatezza sia *diskutierbar*, cioè sia controllabile dall’esterno in modo diffuso. L’esercizio del potere giurisdizionale deve dunque essere ‘trasparente’, razionale e controllabile, al pari dell’esercizio di qualunque potere nell’ambito dello Stato democratico di diritto”³³¹.

O *caráter público das decisões* obriga que o julgador, por meio da motivação, possibilite o controle de *constitucionalidade da função jurisdicional*, bem como da *qualidade das decisões*, afastando eventuais erros de fato e de direito por meio do

³³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, cit. p. 89.

³³¹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 41-42.

oferecimento de recursos, impondo-lhe, no âmbito do direito processual constitucional ³³², o dever jurídico de fundamentar os atos decisórios, “com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes)” ao decidirem as questões a eles submetidas no processo ³³³.

Vê-se, assim, que no *dever de motivação adequada do ato judicial* “habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil”³³⁴.

É por meio da motivação das decisões que o Judiciário legitima sua atuação, valendo-se o julgador da argumentação contida na fundamentação para convencer do acerto da sua decisão, que fica sujeita à fiscalização da sociedade. É a já referida *legitimidade argumentativa*, que justifica a decisão para torná-la aceitável, não só pelas partes, mas perante a própria sociedade.

Essa *persuasão* (convencimento) da motivação diz respeito à *racionalidade* dos argumentos apresentados pelo julgador, que justificam a decisão. Na verdade, um discurso não racional pode ser persuasivo, enquanto um discurso racional pode não sê-lo, como bem observa **Taruffo**. Logo, abstraindo-se toda dificuldade concernente à definição de *racionalidade justificativa*, tem-se como requisitos de validade da argumentação a sua congruência, a coerência, o uso correto da linguagem comum e jurídica, dentre outros³³⁵.

³³²O direito processual constitucional consiste em um método que examina “o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 188).

³³³Cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 567.

³³⁴OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 31, jul. 2006.

³³⁵“Non è invece sufficiente, e non è neppure necessario, che la motivazione sia persuasiva nel senso perelmaniano, anche se è utile che lo sia. È possibile infatti che un discorso non razionale sia persuasivo, mentre può accadere che un discorso razionale non lo sia. Peraltro il fine della motivazione è giustificare razionalmente la decisione, non suscitare consenso irrazionale su di essa: il controllo, infatti, riguarda la razionalità degli argomenti con cui si giustifica un giudizio, mentre un consenso provocato con mezzi retorici significa soltanto adesione emotiva, non controllo delle ragioni che fondano il giudizio. La definizione delle razionalità giustificativa è comunque un problema troppo complesso per essere ridotto in poche parole, e soprattutto per essere ridotto allo schema classico del sillogismo giudiziale. Basti dire che essa non coincide con la logica dimostrativa, ma neppure si riduce alla capacità di persuadere retoricamente; piuttosto, essa rinvia ai requisiti di validità dell’argomentazione pratica, come ad es. la congruenza, la coerenza, la consequenzialità, l’uso corretto del linguaggio comune e giuridico, il rispetto delle regole d’inferenza, e così via” (TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione, cit., p. 48).

É bem de ver que o fato do julgador não mais se basear apenas na norma positivada em seus julgamentos e atuar como um criador do direito, não conflita com o Estado de Direito, que, na visão de **Teresa Arruda Alvim Wambier**, não pressupõe “que o juiz decida fortemente aferrado à lei”, pois “a vinculação que existe é entre o *juiz*, sua *decisão* e o *sistema jurídico*, e não à letra da lei, propriamente dita”³³⁶.

5.2. Devido processo legal substancial: a motivação como forma de limitação do poder jurisdicional

A garantia do devido processo legal vem expressamente prevista no inciso LIV, do artigo 5º da Constituição Federal. É ela quem rege superiormente todo o sistema, valendo como *norma de encerramento*, de modo a ser “portadora de outras exigências não tipificadas em fórmulas, mas igualmente associadas à idéia democrática que deve prevalecer na ordem processual”³³⁷.

Aliás, “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”³³⁸.

³³⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial, cit., p. 193. Em sentido diferente, confira-se DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito, cit., p. 570, nota de rodapé n.8, que afirma endossar posição de Rosemiro Pereira Leal, para quem “a reserva legal, como referente lógico-jurídico da legitimidade jurisdicional, erigiu-se em princípio constitucional de racionalidade na prolatação das decisões judiciais, o que torna imprescindível a fundamentação do ato jurisdicional em leis que lhe sejam precedentes”. Afirma o autor que as partes, no processo, têm “o direito de obter do Estado um provimento conforme o ordenamento jurídico (= lei, expressão utilizada pela Constituição Federal vigente, no art. 5º., II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’). Logo, a sentença tem de indicar com precisão as *normas jurídicas* (= *regras e princípios componentes do ordenamento jurídico*) que lhe serviram de base à fundamentação” (art. cit., p. 570, nota de rodapé n. 8).

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 243. Também Barbosa Moreira vê o *devido processo legal*, tradução quase literal da expressão “*due process of law*”, como *norma de encerramento*, “a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (n. LV), a do juiz natural (n. LIII), a da publicidade dos atos do processo (n. LX) e outras”, nítida influência do universo anglo-saxônico no direito brasileiro (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: _____. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 45).

³³⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 77.

A garantia do devido processo já absorve a exigência da motivação prevista na Constituição (art. 93, IX), de que as decisões judiciais não-motivadas ou insuficientemente motivadas são nulas e não podem prevalecer³³⁹.

De difícil conceituação, admite **Cândido Rangel Dinamarco** que a própria jurisprudência norte-americana, empenhada em definir o *due process of law*, conclui ser *algo que está em torno de nós e que não sabemos bem o que é, mas que influi decisivamente em nossas vidas e em nossos direitos*³⁴⁰.

Trata-se de uma garantia do cidadão, prevista na Constituição, que assegura, não só o acesso ao Poder Judiciário, mas permite que o processo se desenvolva de acordo com aquilo que está previamente estabelecido pela lei³⁴¹.

O devido processo legal pode ser visto em seu aspecto material (*substantive due process*) ou em sentido processual (*procedural due process*), este último com alcance mais restrito, em razão do “conteúdo estritamente processual da cláusula constitucional”, podendo ser nominado como **devido processo**, “significando as repercussões e incidências, no direito processual, do princípio do devido processo legal”³⁴².

A exigência constitucional da motivação representa, para **Paulo Henrique dos Santos Lucon**, projeção do *devido processo legal substancial*, pois constitui “forma de controle de ato estatal que se afigura ilegítimo”³⁴³.

Na concepção do autor, “o devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza ao julgador questionar a razoabilidade de

³³⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 245.

³⁴⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 244.

³⁴¹PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 145. Dentre as formalidades e exigências previstas em lei que integram o devido processo legal encontram-se a garantia de acesso à justiça, do juiz natural ou pré-constituído, de tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo, da plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões jurisdicionais e da prestação jurisdicional dentro de um lapso temporal razoável (Cf. DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 36-37).

³⁴²NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 81 e 84. Adverte o processualista que “a cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, (...), e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo” (op. cit., p. 81). Exemplificando, “o fato de a administração dever agir somente no sentido positivo da lei, isto é, quando lhe é por ela permitido, indica a incidência da cláusula *due process* no direito administrativo” (op. cit., p. 82).

³⁴³LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo, cit., p. 282-283.

determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade”. Assim, se “o direito é a disciplina da convivência” e, bem por isso, as decisões judiciais “não podem fugir dessa diretiva”, ou seja, de uma obrigatoria visualização do processo a partir dos resultados justos e razoáveis que produz, sob esse novo aspecto, “a cláusula do devido processo legal atinge não só a forma, mas a substância do ato, pois existe a preocupação de se conceder a tutela jurisdicional adequada que satisfaça os órgãos jurisdicionais e, mais ainda, a própria sociedade”³⁴⁴.

Essa nova dimensão dada à cláusula do devido processo, que extrapola os limites do sistema processual, leva ao devido processo legal *substancial* (*substantive due process of law*), que “constitui um vínculo autolimitativo do poder estatal como um todo, fornecendo meios de censurar a própria legislação e ditar a ilegitimidade de leis que afrontem as grandes bases do regime democrático”³⁴⁵.

Não é outra a conclusão exposta por **Cássio Scarpinella**, que, ao distinguir *devido processo legal formal* e *devido processo legal substancial*, afirma que o “devido processo legal” (ou “devido processo constitucional”) seria o *formal*, enquanto o “devido processo legal substancial” busca, “bem diferentemente, outras realidades, relativas à interpretação do direito como um todo e à temática da melhor interpretação possível no caso concreto. (...) De qualquer forma, não há por que negar aqui mesmo que a importância do tema

³⁴⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo, cit., p. 275 e 277. Esclarece o autor que, pelo aspecto tradicional ou procedimental, o devido processo legal “permite o controle das decisões”. Já pelo aspecto substancial, “deseja que haja um controle com a tomada de uma decisão materialmente justa” (p. 279). Para Nelson Nery Júnior, a origem do *substantive due process* “teve lugar justamente com o exame da questão dos limites do poder governamental, submetida à apreciação da Suprema Corte norte-americana no final do século XVIII” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 83).

³⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 244. Para alguns autores, o “devido processo legal substantivo foi adotado como sinônimo do princípio da razoabilidade”, sendo certo que, em última análise, o princípio do devido processo legal “impõe a busca, pelo Poder Público, da obtenção de um processo e um resultado justos, tanto na elaboração das leis quanto em sua aplicação” (DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio do devido processo legal*, cit., p. 39 e 44). Nesse sentido, ressaltou o Ministro Joaquim Barbosa do STF: “Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), **a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismo de cobrança de créditos tributários)** e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle de validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição” (ADI 173, Tribunal Pleno, julgado em 25/09/2008, DJe 053 Divulg. 19.03.2009, public. 10.03.2009, sem destaques no original).

‘devido processo legal *substancial* cresce na exata medida em que se constata a (irreversível) ‘abertura’ que tipifica o ‘paradigma’ do direito nos dias atuais’³⁴⁶.

Vê-se, nessa linha de idéias, que proferir decisões motivadas é atender ao devido processo legal substancial, pois é por meio da motivação, exigida constitucionalmente, que se torna possível o controle das decisões judiciais e da solução dada à controvérsia, controle exercido não só pelas partes e por órgãos do Poder Judiciário, mas pela própria sociedade na fiscalização da atividade desenvolvida pelos magistrados de interpretação e aplicação da norma jurídica e da sua adequação e consonância com os valores sociais vigentes, legitimando, dessa forma, o exercício do poder jurisdicional.

³⁴⁶BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 106-107.

6. MOTIVAÇÃO: PERSPECTIVA DA TÉCNICA PROCESSUAL

6.1. O princípio processual da motivação

O princípio da motivação integra o rol dos princípios do direito processual civil ³⁴⁷ e impõe ao juiz o dever de motivar a sua decisão, justificando as razões que embasaram o julgamento por ele proferido.

Diz o artigo 131 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Os *princípios* diferenciam-se das *regras*: enquanto as regras possuem um relato mais objetivo, prescrevendo uma conduta aplicável a um conjunto determinado de situações, os princípios possuem um maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações ³⁴⁸.

Na lição de **Gustavo Binembojm**, “As regras são preceitos jurídicos de reduzido teor de generalidade e abstração, que indicam claramente suas condições de aplicação. Sua incidência dá-se sob a forma peremptória do ‘tudo ou nada’ (*all or nothing*). Isto é: presentes determinados pressupostos fáticos, ou a regra incide plenamente ou sua aplicação é descartada, pela constatação de que os fatos em questão a ela não se subsumem. (...) Os princípios, por seu turno, não seguem a mesma forma de incidência das regras. Com efeito, contêm os princípios uma certa maleabilidade, a que os doutrinadores denominam *calibragem*, decorrente de sua estrutura aberta e maior grau de abstração”³⁴⁹.

³⁴⁷Princípios processuais são aqueles relacionados com o interior do sistema, ou seja, de cunho endoprocessual, e que são responsáveis pelo bom funcionamento do processo e pelo correto encaminhamento das suas soluções (Cf. MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 11).

³⁴⁸BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 337-339.

³⁴⁹BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, cit., p. 87. “Assim, é juridicamente possível que dois ou mais princípios conflitantes entre si sejam aplicáveis a uma mesma situação concreta, não podendo o intérprete optar pela incidência exclusiva de um em detrimento do outro. Através do método hermenêutico da ponderação, o intérprete se habilita a aferir, diante de um caso concreto, qual o ‘peso’ específico que, naquela hipótese, deve ter cada um dos princípios aplicáveis. É preciso, portanto, buscar uma otimização na aplicação dos

O princípio processual da motivação reflete “a tensão que existe entre a liberdade de julgar e a necessidade de limitar o arbítrio judicial”³⁵⁰, estreitamente ligado ao princípio da publicidade³⁵¹, que assegura aos destinatários do provimento e à sociedade acompanhar o desempenho do Poder Judiciário por meio da publicidade de seus atos.

Aliás, seria mesmo “um despropósito, fonte de desconfiança e de insegurança, admitir que a prestação jurisdicional fosse oferecida em segredo, livre de fiscalização e de controle”, o que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito, onde todo poder deve ser exercido com transparência³⁵².

A fundamentação poderá até ser concisa³⁵³, nas hipóteses de julgamento sem apreciação do mérito (CPC, art. 459, segunda parte) ou nos julgamentos proferidos nos Juizados de Pequenas Causas, mas não poderá ser dispensada, sob pena de nulidade da

princípios, de forma a permitir a máxima incidência de cada um deles, com prejuízo mínimo dos demais” (op. cit., p. 87). Confira-se, ainda, a respeito dessa distinção, o excelente artigo de SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

³⁵⁰PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 229. O autor coloca o princípio da motivação como relativo à sentença e estritamente ligado aos princípios do livre convencimento e da persuasão racional. Este último, na visão do autor, referente à necessidade de convencer que reside no interior de toda motivação. Aquele, ligado ao poder dado ao juiz pelo sistema jurídico de convencer-se livremente (op. cit., p. 247 e 251).

³⁵¹O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o REExt. n. 575.144-9 –DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, reconheceu que o artigo 118, par. 3º. do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar violava as garantias constitucionais da motivação e da publicidade dos pronunciamentos judiciais, uma vez que referido dispositivo do Regimento permitia apenas a certificação do resultado do julgamento, sem a lavratura do acórdão. No julgamento, ficou parcialmente vencido o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade do dispositivo regimental questionado. Colhe-se do corpo do acórdão: “Ora, uma das garantias mais importantes no tocante aos atos processuais é a de sua ampla publicidade, abrigada no art. 5º., LX, da Constituição da República, e que somente admite temperamentos “quando a esfera da intimidade ou o interesse social o exigirem. Salta à vista, pois, que a falta de formalização do acórdão, com base em norma regimental, configura ato atentatório à garantia constitucional da publicidade dos atos processuais. (...) Na espécie, ainda outra norma que baliza os atos processuais acha-se afrontada, precisamente aquela expressa no art. 93, IX, da Constituição Federal, segundo o qual ‘*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas suas decisões, sob pena de nulidade*’. Com efeito, constitui direito fundamental do cidadão, em especial na qualidade de jurisdicionado, sob pena de retornar-se ao voluntarismo dos agentes estatais, expresso na conhecida frase dos nonarcas absolutistas franceses, que justificavam seus atos assentando: “*le roi le veut*”. (...) Diante de tal quadro, salta à vista, que a expedição de mera certidão em que se contém apenas o resultado do julgamento não permite que se conheça as razões que emprestam suporte às decisões dos Ministros do STM, revelando-se tal proceder incompatível com o ordenamento constitucional vigente” (j. 11.12.2008).

³⁵²SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. Princípio da publicidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 174-175.

³⁵³Sobre a suficiência da motivação, confira-se item 6.1.2 deste trabalho.

decisão³⁵⁴. Apenas os despachos de mero expediente não precisam ser fundamentados, pois não possuem conteúdo decisório.

O artigo 458 do Código de Processo Civil arrola a fundamentação como requisito essencial da sentença³⁵⁵, juntamente com o relatório e o dispositivo. Na fundamentação, o juiz analisará as questões de fato e de direito. É, pois, a parte justificativa da sentença, que também possui uma parte descritiva de todo o ocorrido no processo (relatório) e uma parte decisória (dispositivo).

Ainda por força do artigo 131 do Código de Processo Civil, deverá o juiz indicar na sentença os motivos que lhe formaram o convencimento, após valorar livremente a prova. É o chamado *sistema da livre valoração motivada*, também conhecido como *sistema da persuasão racional da prova*³⁵⁶.

³⁵⁴Em julgamento datado de 10.7.2009, a Turma Recursal do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Pouso Alegre, Minas Gerais, no julgamento do recurso n. 0525.08.151004-8, rel. Paulo Duarte Lopes Angélico, negou provimento ao recurso, afirmando, sem se reportar concretamente às premissas adotadas pela sentença, individualizando-as, a desnecessidade de fundamentação, *sob pena de perda de tempo*, pois a confirmação da sentença proferida tornaria dispensável a *composição de um novo conteúdo decisório*: “Como sabido, tanto a sentença proferida em primeiro grau, como o acórdão a ser lavrado pela Turma Recursal, devem obedecer aos mesmos princípios da simplicidade e objetividade, com fundamentação sucinta e pouco erudita. Por outro lado, conforme disciplina o já mencionado artigo 46 [da Lei n. 9.099/95], se a sentença recorrida vier a ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, não há necessidade de composição de um conteúdo decisório novo, bastando que a esse respeito refira claramente o acórdão, servindo para ele a Súmula do julgamento, tudo em observância, repita-se, aos princípios orientadores dos Juizados Especiais, quais sejam, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Com efeito, é o caso destes autos, isto porque na condição de Relator, estou a confirmar a r.sentença de fls. 69/76, razão pela qual se torna dispensável a composição de um novo conteúdo decisório, **sob pena de perda de tempo**. Ressalvo, porém, que a i.sentenciante soube bem apreciar as matérias como postas em preliminares e, vencidas estas, analisou com igual rigor o mérito da demanda, apegando-se à prova documental de fls. 10/14 e fls. 37/46. A r.sentença atacada apresenta-se, ao contrário do que pretende o recorrente como justa e solícita, quando apreciou muito bem o caso concreto, extinguindo a lide através do respectivo dispositivo de rejeição do pedido inaugural. A julgadora cumpriu os dizeres do artigo 93, IX, da C.F. e o artigo 38 da Lei 9.099/95, dizendo com clareza sobre os motivos de fato e de direito que a levaram a decidir nos termos da norma, doutrina e jurisprudência cabíveis à espécie em exame, dando, portanto, pela improcedência das súplicas como aqui expostas pelas partes. Entendo que a Juíza ‘a quo’ sentiu bem o direito que houve por aplicar, segundo o que as partes lhe submeteram a exame. É o que sucintamente, caberia a este Relator indicar, lembrando apenas que desnecessárias seriam críticas e abordagens sobre todas as teses jurídicas oferecidas pelas partes, de modo que pudessem levar a um resultado diverso daquele como espelhado pela i. sentenciante. POSTO ISSO, frente à moderna sistemática processual do microsistema dos Juizados, em análise do conjunto probatório dos autos e, mais, tendo em vista a inexistência de fato superveniente a ser levado em conta quando deste julgamento, **CONFIRMO A SENTENÇA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS**, negando, pois, provimento ao recurso interposto” (com destaques nossos em *sob pena de perda de tempo*).

³⁵⁵“São requisitos essenciais da sentença: (...) II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; (...)”. O artigo 165 dispõe que “As sentenças e acórdãos serão proferidos com a observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

³⁵⁶MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 176-178.

Ainda os artigos 128, 460 e 535 do Código de Processo Civil guardam relação com a motivação.

No caso do artigo 460³⁵⁷, pelo exame da motivação e do dispositivo se poderá apurar se a sentença está ou não conforme o pedido formulado pelo demandante. O mesmo se diga com relação ao artigo 128³⁵⁸, relativo ao princípio da demanda, pois apenas com o exame da fundamentação trazida pelo julgador é que será possível analisar se a lide foi decidida nos limites em que foi proposta.

O artigo 535, por sua vez, disciplina o recurso de embargos de declaração, que se destinam a um aperfeiçoamento da decisão judicial³⁵⁹ e autoriza a sua interposição quando falte clareza à decisão (*obscuridade*), ou quando seja ela contraditória, além de permitir que por meio dele sejam supridas omissões, de modo que a motivação fique completa³⁶⁰.

O princípio processual da motivação das decisões judiciais, assim como o princípio da publicidade, possibilitam um controle popular sobre o exercício do poder jurisdicional, o que vem modernamente definido como a *função política* da motivação das decisões, que não tem como destinatários apenas as partes e o juiz competente para julgar futuro recurso, “mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”³⁶¹.

Em sua resposta dada ao jurisdicionado sobre o direito que ele pretende ver reconhecido, cabe ao juiz motivar a sentença de forma clara, com linguagem acessível, de forma a facilitar a sua compreensão. Prejudicam a clareza da decisão as argumentações confusas ou obscuras, que não permitem entender as razões que teriam levado o juiz a optar por aquela determinada solução.

As motivações feitas em linguagem rebuscada tornam incompreensível ao jurisdicionado saber se ele tem ou não o direito reclamado, podendo tornar a sentença irremediavelmente nula.

³⁵⁷“Artigo 460 - É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

³⁵⁸“Artigo 128 - O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”.

³⁵⁹Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 548.

³⁶⁰A respeito do intrincado tema do que seja a omissão judicial e suas formas de controle, confira-se estudo detalhado de Teresa Arruda Alvim Wambier, em seu livro *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit.

³⁶¹CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 68.

A *função política da motivação* que, como anota **José Jesus Cazetta Júnior**, ultrapassa os limites do processo e possibilita uma espécie de diálogo entre o Tribunal e a comunidade, principalmente a comunidade jurídica, leva a uma tendência de que o controle da motivação seja monopolizado pelos juristas, pois “a linguagem técnica se tornou extraordinariamente complexa e é notório que nossos juízes (como, aliás, os advogados) normalmente abusam do tecnicismo e não escrevem para a compreensão do leigo – e sim do grupo restrito ao qual pertencem, cujos integrantes são dotados, como eles, de instrução jurídica”³⁶², o que constitui um erro lamentável.

A sentença precisa ser redigida em linguagem compreensível também pelas partes e não apenas por seus procuradores, afeiçoados às peculiaridades do linguajar jurídico, reduto de difícil acesso aos leigos.

Em julgado recente, volumoso processo trabalhista teve a sentença de primeiro grau anulada, por vício da motivação, para que outra pudesse ser proferida, com uma adequada fundamentação.

O acórdão que anulou a sentença considerou-a ininteligível e contrária ao *jus postulandi*, tão prestigiado no âmbito trabalhista:

“A r. decisão proferida pela d. prolatora a quo carece de inteligência, data vênua, o que se constata pela interposição de 03 (três) embargos declaratórios (fls. 3676/3677, fls. 3680/3684 e fls. 3735/3737 - 19º volume), o que reforça o entendimento de notória dificuldade de assimilação do conteúdo decisório.

Vale registrar que não se deve exigir, de qualquer cidadão, o exercício de decodificação da linguagem portuguesa, que, no caso em apreço, foi utilizada de forma tão rebuscada, o que, aliás, encontra-se não só em desuso, mas também vem sendo repudiada nos meios forenses.

Vale citar, a título exemplificativo, o último parágrafo da referida decisão (fl. 3669, item 2.3), que se transcreve abaixo, in verbis:

"Em restabelecido o status funcional originário da Reclamante, no cargo de Advogada Referência 95, Assistente Técnico nº I, ajuizada à reconquistada jornada de 6 horas, elastecida, em sobretempo, com a correspondente remuneração lato sensu, abrangedora da gratificação de função e incursão de VP-GIPS, em sincronia com a dicotomização salarial afeta aos respectivos cargos de Assistente Técnico I e Assistente Jurídico, inferida pelo Senhor Perito Oficial, em resposta aos quesitos de nºs 30,31,32,33 e 45, da Primeira Reclamada e 23,25 e

³⁶²CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)*: contribuição ao estudo do efeito vinculante. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. § 5º, item 5.2.

28, da Reclamante, e meridianamente claro, no esclarecimento pericial à resposta ao quesito da Reclamante de nº 47, à fl. 3501, a pretensão improspere-se" (destacou).

Não há dúvidas de que a improcedência do pleito supramencionado, atinente às diferenças salariais pleiteadas pela autora é clarividente; todavia, a fundamentação é prolixa e carece de clareza, não se conseguindo extraí-la a partir de uma única leitura, ainda que atenciosa.

Da mesma forma, as decisões de embargos declaratórios, proferidas às fls. 3732/3734 e 3779/3780 (19º volume) não se fazem facilmente inteligíveis, dada a linguagem rebuscada e excessiva adjetivação, que as tornam confusas e inassimiláveis, exigindo um esforço hercúleo do leitor. Não se vislumbra vantagem no uso do preciosismo exarcebado, que resulta em patente incompreensão.

Aqui também vale transcrever parte do trecho da decisão dos embargos (fl. 3734, primeiro parágrafo), in verbis:

"Iterativamente, não que ser rechaçados. Eis que, não vislumbradas no julgado declarado, as apontadas lacunas e antinomias, na abordagem dos pedidos de horas extras, integração, reflexos, repercussão da gratificação do cargo de assistente jurídico, e prescrição afeta à opção de migração ao PCS/98, até porque exauriente, hialino e sincronizadamente arrostados e dirimidos nos tópicos de nºs 2.1, 2.2, 2.3 e 2.5, da ferreteada Decisão. Volvam-se da primeira à derradeira linha, de fl. 3666, vigésima primeira à derradeira linha, de fl. 3671, e décima primeira à décima nona linhas, de fl. 3672, na craveira dos princípios da adstrição focalizado nos artigos 128 e 460, e da persuasão racional, gizados no artigo 131, todos do CPC". (TRT/RO, Processo 01087-2006-010-03-00-7 RO, publicado em 13/12/2008, Relator Desembargador Jorge Berg de Mendonça).

Conclui o julgado que sentença inadequadamente fundamentada, mal ou insuficientemente fundamentada equivale a uma sentença carente de fundamentação, o que viola o artigo 458, inciso II do Código de Processo Civil, merecendo, por isso, ser anulada por força do artigo 93, inciso IX da Constituição Federal.

A sentença vazada em linguajar incompreensível (*lingua giudiziaria*) para os cidadãos comuns (*cittadini di media cultura*), muito além de integrar as curiosidades do folclore judiciário, “si riduce ad un complesso di formule magiche, da cui emana un’illogica forza di suggestione che può indurre all’obediência, ma che preclude la comprensione della decisione e delle sue ragioni. Mentre, dunque, il giurista diventa il vero destinatário della sentenza, e si pone come intermediario inevitabile tra il giudice e l’ambiente sociale, nei confronti delle parti e dei non-giuristi in genere si verifica un

fenomeno di alienazione, per cui la sentenza rimane un atto imposto in modo autoritario da un potere che opera per ragioni occulte”³⁶³.

Não se olvide que a sentença é o momento em que o juiz mais responde perante o povo pelo uso que faz do poder a ele confiado, o que torna imprescindível que a sentença seja clara e persuasiva de modo a ser compreendida sem dificuldades ³⁶⁴.

6.2. A motivação das decisões judiciais

A exigência da motivação, como expõe **Liebman**, derivou de um movimento histórico do processo no sentido de limitar o âmbito de arbítrio do juiz e de buscar submeter as atividades por ele desenvolvidas aos imperativos da razão.

Para o processualista italiano, em um verdadeiro Estado de Direito exige-se que os casos submetidos à apreciação judicial sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente. E para que haja um controle efetivo de que o julgamento deu-se dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico por ele percorrido até chegar à decisão que proferiu, pois “só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio”³⁶⁵.

Muito embora a regra do livre convencimento possibilite ao julgador valorar a prova de acordo com a sua sensibilidade sem se ater a critérios predeterminados (CPC, art. 131), observa **Cândido Dinamarco** que, para “conferir racionalismo e legitimidade a toda essa independência de que goza o juiz, é preciso exigir que preste contas do que decide, explicitando as razões pelas quais chegou às conclusões adotadas”³⁶⁶.

Diz o artigo 458 do Código de Processo Civil, ao dispor sobre os requisitos (leia-se: *elementos*³⁶⁷) essenciais da sentença: “São requisitos essenciais da sentença: I- o relatório,

³⁶³TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 210-211.

³⁶⁴PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 249.

³⁶⁵LIEBMAN, Enrico Túlio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 29, p. 80, jan./mar. 1983.

³⁶⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 241.

³⁶⁷Barbosa Moreira anota que não se trata de *requisitos* (qualidades, atributos, que se expressam mediante adjetivos), mas sim de *elementos*, partes que devem integrar a estrutura da sentença (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: _____. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117).

que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III- o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem”.

O relatório é apenas uma narração de todo o ocorrido no processo e não deve conter indicações prévias de como o julgador irá decidir. Já o dispositivo é a conclusão, onde o juiz se pronunciará expressamente a respeito do objeto do pedido, ou de mais pedidos, se houver uma cumulação entre eles.

A motivação, todavia, é a parte que suscita maiores indagações.

Prevê o inciso II, do citado artigo 458 do CPC a necessidade da fundamentação, onde o juiz “analisará as questões de fato e de direito”, o que pouco ou nada esclarece sobre em que realmente consiste a motivação e sobre qual deva ser exatamente o seu conteúdo³⁶⁸.

Os *fundamentos* do inciso II são a parte da sentença onde o juiz, não só analisa os *pontos duvidosos de fato e de direito*, como também os resolve, mostrando o convencimento que formou acerca de uns e de outros. No dispositivo, nada mais resolverá acerca das questões de fato e de direito, mas apenas se pronunciará sobre o pedido³⁶⁹.

A distinção entre *questões de fato* e *questões de direito* tem gerado ampla discussão na doutrina, chegando alguns a afirmar que se trataria de um sofisma, dada a dificuldade em distinguir umas das outras³⁷⁰.

Não cabe aqui aprofundar o estudo dessa distinção, mas apenas fazer constar que a motivação possui um aspecto fático e outro jurídico.

³⁶⁸O mesmo fenômeno ocorre na Itália e vem detectado por Taruffo ao examinar o art.113 disp.att. c.p.c.: “(...) ma, quando si trata di definire in che debba consistere la necessaria motivazione, le indicazioni mancano o sono poco perspicue. (...) invero, ridurre la motivazione in fatto alla ‘esposizione dei fatti rilevanti della causa’ appare improprio, mancando ogni accenno alla giustificazione dell’acertamento di tali fatti, mentre dire che la motivazione in diritto consiste nella ‘esposizione delle ragioni giuridiche della decisione’ ha il sapore delle definizioni tautologiche” (TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 182).

³⁶⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, cit., p. 118.

³⁷⁰A afirmação foi feita pelo professor Flávio Luiz Yarshell, em palestra proferida aos 25/9/2009 no 4º. Seminário sobre os “Aspectos controvertidos dos recursos excepcionais” promovido pelo Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas – IBCJ, ao discorrer sobre o tema “Questão de direito, questão de fato e reexame de prova nos recursos excepcionais”.

A motivação fática abrange o exame dos fatos à luz das provas produzidas. Em princípio, todas as provas devem ser analisadas³⁷¹, não só aquelas relativas ao fato constitutivo trazidas pelo autor, como também aquelas produzidas pelo réu relativas aos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Quanto à motivação de direito, é necessário que o juiz examine todas as questões de direito relevantes, estando dispensado de examinar aquelas impertinentes e por isso irrelevantes, mas havendo a obrigação de examinar questões infundadas, ainda que para rejeitá-las, “desde que a solução possa, em tese, influir na decisão”³⁷².

A atual forma de legislar, mais recheada de *conceitos jurídicos indeterminados*, impõe ao julgador maior empenho ao justificar o sentido dado à lei e para justificar a forma por ele encontrada de concretizar o direito no caso submetido à sua apreciação.

De há muito foi abandonada a idéia do julgador como encarregado da atividade mecânica de aplicar a lei ao caso concreto. Mostra-se evidente que, para aplicar a lei e dirimir o conflito submetido à sua apreciação, o juiz precisa interpretá-la e, para tanto, indispensável um *momento criativo* do magistrado para extrair da lei o seu significado. Para tanto, contribui “a crise de generalidade da lei e a convicção de que esta é, freqüentemente, uma decisão parcial, obtida por grupos de pressão ou, quando muito, um compromisso transitório entre forças parlamentares portadoras de interesses setoriais”³⁷³.

Essa *crise de generalidade da lei*, decorrente da técnica legislativa de disciplinar as situações por meio de cláusulas gerais³⁷⁴, que possibilita uma margem maior de interpretação, põe em relevo a motivação como algo inerente ao oferecimento da tutela jurisdicional.

³⁷¹ A regra admite mitigações, se a análise de uma só prova bastar para fundamentar a conclusão trazida pelo julgador, como, p.ex., se em uma ação de cobrança estiver demonstrada claramente a alegação do réu de pagamento por meio da juntada de recibo, será desnecessária a produção de outras provas.

³⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, cit., p. 121. O processualista fala também da motivação *per relationem*, quando se faz referência a outra peça, bem elaborada, para fundamentar a decisão, o que pode ser admitido, por economia processual, em hipóteses de rotina, mas nunca como regra, sempre como exceção (op. cit., p. 121). Também na invocação de jurisprudência, deve o juiz, na motivação, expor as razões pelas quais “adere ou não adere a ela”, e, ainda que se trate de jurisprudência consolidada, precisa documentar a afirmação de que ela seria predominante (op. cit., p. 121-122).

³⁷³ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional, cit., p. 159.

³⁷⁴ Como exemplos de cláusulas gerais no nosso Código Civil, podemos citar, dentre outros, a boa-fé objetiva (arts. 113, 187 e 422), função social (art. 421), bons costumes (arts. 13, 122, 187, 1.336, IV e I e 1.638), probidade (art. 422), desproporção manifesta (art. 317), onerosidade excessiva (art. 478).

Assim, se já nos casos em que há uma simples aplicação do que de forma clara dispõe o texto legal é necessário que o juiz apresente uma motivação adequada e suficiente, “naqueles casos que caracterizam a atuação jurisdicional mais recente, em que a textura aberta da norma jurídica conduz o magistrado a, conscientemente, *criar* o direito, o dever de motivação ganha, ainda mais, espaço e necessidade”³⁷⁵.

O correto exercício da jurisdição não pode prescindir da independência do juiz, que, juntamente com o dever de motivar as decisões, assegura a imparcialidade com que o julgador deve atuar no processo ³⁷⁶.

Adotado por nós o sistema da persuasão racional pelo artigo 131 do Código de Processo Civil, também conhecido como sistema do livre convencimento motivado, o juiz deve sempre declarar as razões pelas quais decidiu de determinado modo, e não de outro. Trata-se de liberdade para discernir, “para exprimir o próprio convencimento quanto à matéria de fato e ao sentido do preceito que deva aplicar”, e não “para expressar uma simples impressão subjetiva”, razão pela qual o julgador deve sempre expor o critério que adotou para decidir ³⁷⁷.

Como explana **Cazetta Júnior**, “há uma relação interna entre o atributo ‘correto’ e o conceito de justificação: quem afirma que alguma coisa é correta, subentende que é possível justificá-la com boas razões. (...) Mas, em última análise, é a sua exposição metódica que pode ser controlada, não a intenção de quem a proferiu. A motivação é esse discurso justificativo e cumpre uma função específica: permitir que a decisão seja considerada (1) válida e (2) justa. Há aqui uma interdependência entre forma e substância: uma decisão judicial, para ser justa, pressupõe a validade (e a justiça) do procedimento em que foi proferida e um determinado método para sua prolação. Ou seja, somente contém essa qualidade quando, a) tendo surgido após um procedimento justo e válido e b) sendo proferida como a resposta adequada à compreensão dos fatos relevantes da demanda, nela o preceito jurídico pertinente ao caso tenha sido c) interpretado e aplicado corretamente”³⁷⁸.

³⁷⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 133.

³⁷⁶ FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 396.

³⁷⁷ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional, cit., p. 159.

³⁷⁸ CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional, cit., p. 159 -160.

A motivação consubstancia um *discurso justificativo* a respeito das escolhas feitas pelo julgador, envolvendo valorações fáticas e jurídicas, que se traduz nos argumentos por ele trazidos por ocasião do julgamento do caso concreto.

É analisando a motivação que as partes verificam se efetivamente influenciaram na formação do convencimento do juiz. Por isso, deve o julgador mostrar que analisou as alegações e provas trazidas pelas partes, dando assim eficácia ao princípio do contraditório, de modo que “a atividade argumentativa das partes deve necessariamente refletir-se na fundamentação das decisões judiciais”³⁷⁹.

A motivação tem uma função *endoprocessual* relevante de permitir às partes o exercício do direito de recorrer, conhecendo os motivos da decisão, bem como de facilitar o controle, em grau recursal, dessa mesma decisão.

Mas tem também uma função *extraprocessual*, não menos relevante, que se refere ao exercício válido do poder jurisdicional (*função política da motivação*), e que traz duas consequências importantes: **(a)** que há outros destinatários da motivação, que não as partes e os julgadores da fase recursal, mas a opinião pública e os cidadãos em geral, a quem cabe fiscalizar o exercício do poder jurisdicional; **(b)** a exigência da *completeude* da motivação (“completezza della motivazione”): “spetta alla motivazione di fornire tutti gli elementi perché, *ex post* e al di fuori del processo, chiunque sia posto in grado di comprendere e valutare le ragioni per cui la sentenza si presenta come valido esercizio del potere giurisdizionale”³⁸⁰.

A motivação envolve ainda segurança: quer-se um processo seguro, com decisões motivadas com base no sistema jurídico (lei, princípios, doutrina e jurisprudência), que permitam um controle por parte da sociedade, para que se alcance um resultado mais justo. Só assim o processo conseguirá atingir seus objetivos de bons resultados.

³⁷⁹Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 57, fev. 2009. Indaga a processualista: “Que sentido tem, de fato, dar-se à parte o direito de informar-se e de reagir, se ao juiz for dado pura e simplesmente ignorar o material produzido pela atividade das partes?” (art. cit. p. 57).

³⁸⁰TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 189-190.

6.2.1. O conteúdo da motivação

A motivação, além de conter a exposição das *razões* da decisão, deve mostrar *coerência* por parte do julgador, justificando que decidiu de determinado modo porque adotou certos fundamentos, e que decidiria de forma diferente se outros fundamentos tivessem sido adotados, tanto no exame da prova, quanto na interpretação do sistema jurídico ³⁸¹.

A exposição feita na motivação pelo magistrado procura demonstrar o acerto da decisão proferida, possibilitando, como dito, um controle, tanto pelas partes, como pela sociedade do exercício do poder jurisdicional. Todavia, como já referido, apenas a *exposição metódica* feita pelo julgador é passível desse controle, não a *intenção de quem a proferiu* ³⁸².

O processo de formação do convencimento do juiz que antecede a decisão envolve atividade complexa e articulada, para o qual concorrem inúmeros fatores de cunho psicológico. Dificilmente o julgador conseguiria reproduzi-los todos em uma sequência rigorosamente cronológica, traduzindo de forma fiel, por escrito, um itinerário lógico por ele seguido até chegar à decisão final.

E nem se espera “que o juiz narre todas as vicissitudes por que passou sua mente até formar o convencimento definitivo. A motivação não é a história da evolução mental do julgador com referência ao caso”³⁸³.

A motivação invocada pelo julgador é apenas uma *formalização* exterior do julgamento (*discurso justificativo*), não propriamente o julgamento em si. Na verdade, primeiro o julgador decide como irá julgar; depois, vai em busca dos argumentos que irão justificar a decisão por ele tomada.

Enriquecedora, a esse respeito, a lição de **Calamandrei**: “(...) sucede às vezes que ele, juiz, ao elaborar a sentença inverte a ordem moral do silogismo, isto é: encontra primeiro o dispositivo e depois as premissas que o justificam. (...) As premissas, não obstante o seu nome, são freqüentemente postas depois. O tecto, em matéria jurídica, pode

³⁸¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 242.

³⁸²CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional, cit., p. 159.

³⁸³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, cit., p. 119.

assim construir-se antes das paredes. Não quer isto dizer, porém, que a parte dispositiva seja dita ao acaso e que a fundamentação tenha apenas o fim de aparecer como fruto do rigoroso raciocínio o que na realidade é fruto do arbítrio. Apenas se quer dizer que, ao julgar, a intuição e o sentimento têm freqüentemente maior lugar do que à primeira vista parece. Não foi sem razão que alguém disse que sentença derivava de *sentir*”³⁸⁴.

Também **Sidnei Beneti** observa que a peça processual pela qual o juiz julga se chama *sentença*, que vem de *sentir*, de sentimento, e não de razão, o que mostra que o julgamento se realiza “à luz dos fundamentos profundos da mente do juiz, os quais determinam a forma pela qual ele recebe os fatos exteriores em sua consciência, estabelecem as causas de aceitação ou rejeição de escusas para o agir, impõem o reconhecimento da culpa ou levam a descartá-la por intermédio de sua anulação, pela ‘desculpa’”³⁸⁵.

Michelle Taruffo faz referência às duas correntes que definem qual seria o *conteúdo da motivação*: (i) uma primeira corrente afirma que a motivação deveria descrever o procedimento mental que teria levado o juiz até determinada decisão (“l’*iter* logico mediante il quale il giudice è giunto a formulare la decisione”); (ii) outra corrente, dominante na doutrina e por ele adotada, segundo a qual “è irrealistico pensare che la motivazione esprima l’*iter* formativo della decisione, trattandosi invece di un discorso giustificativo che il giudice elabora *ex post* (eventualmente ma non necessariamente tenendo conto delle ‘ragioni reali’ per cui há deciso in un certo modo), al fine di dimostrare la fondatezza della decisione sulla base dell’acertamento dei fatti e delle norme giuridiche applicate nel caso di specie”.

Conclui assim o processualista que “La motivazione non tenderebbe allora a descrivere la formazione della decisione, ma a giustificarla attraverso argomentazioni giuridicamente e razionalmente valide”³⁸⁶.

³⁸⁴CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, cit., p. 144-145.

³⁸⁵BENETI, Sidnei Agostinho. Personalidade e opções psicológicas de julgamento, cit., p. 243. Refere-se o autor às várias oportunidades em que o julgador, após ter redigido toda a sentença, muda de idéia na hora de assiná-la, situação certamente já vivida por muitos juízes no dia-a-dia, fruto do embate entre a motivação jurídica com a motivação psicológica (op. cit., p. 246, nota de rodapé n.5). Também Rui Portanova observa que a sentença, “provindo de *sentir*, tal como *sentimento*, deve expressar o que o juiz sente, e diante desse sentimento definir a situação. Não há como afastar, assim, o subjetivismo do julgador no ato de julgar” (PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, cit., p. 128).

³⁸⁶TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 184.

De fato, o magistrado, para julgar as complexas situações da vida que se apresentam, constrói argumentativamente soluções, que normalmente não estão prontas no texto legal.

O juiz, com as diferentes soluções por ele trazidas aos casos julgados, é co-participante na criação do direito, e as construções feitas por meio da argumentação que justifica a solução dada ao caso concreto são veiculadas por meio da motivação trazida na decisão.

A motivação não necessariamente reflete o convencimento do julgador, ou mostra todo o *iter* do raciocínio por ele desenvolvido até chegar àquela decisão, mas consubstancia a argumentação por ele trazida para justificar a decisão, jurídica e racionalmente, como ensina **Taruffo**.

Confessa **Benjamin Cardozo** que breve experiência na magistratura foi suficiente para lhe revelar *todo tipo de fissuras, fendas e brechas* em seus julgamentos, “quando retomados alguns meses após o veredicto e lidos novamente com a devida constrição. A convicção de que nossa própria infalibilidade é um mito leva facilmente, e com um grau de satisfação um tanto maior, à recusa em atribuir infalibilidade a outros”³⁸⁷.

A motivação, como já foi referido, consiste em um *discurso justificativo*, que tem como função específica demonstrar que a decisão é válida e justa. O julgador pode, por exemplo, julgar com base em uma súmula vinculante, sem estar de acordo com o entendimento sumulado, mas a decisão estará devidamente motivada.

Acrescente-se ainda a impossibilidade, realçada por **Rui Portanova**, de se restringir totalmente a liberdade do juiz de decidir como quiser. Segundo ele, é preciso reconhecer realisticamente que nem a lei, nem os princípios podem previamente controlar o julgador. Citando Pontes de Miranda, adverte o doutrinador que a lei é apenas roteiro, guia, itinerário, mas o controle é posterior: “a garantia do cidadão e da democracia está na fundamentação adequada e efetivamente reveladora dos sentimentos do juiz”³⁸⁸.

Essas peculiaridades atinentes ao conteúdo da motivação impossibilitam um controle das verdadeiras razões que teriam levado a um determinado julgamento; de todo modo, as razões que justificam a decisão deverão obrigatoriamente estar expostas na

³⁸⁷CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*, cit., p. 17.

³⁸⁸PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, cit., p. 229.

fundamentação apresentada pelo juiz, de forma clara, racional e coerente, justificando o julgador, sob pena de nulidade, a decisão por ele tomada, a fim de persuadir os destinatários do seu acerto, tudo de forma a garantir o correto exercício do poder de julgar.

A motivação, como explana **Teresa Arruda Alvim Wambier**, tem uma *dimensão interna*, relativa à atividade subsuntiva do julgador de encaixar os fatos à norma (nexo fato-direito), e principalmente uma *dimensão externa*, consubstanciada na justificativa apresentada para a escolha de alguns fundamentos, de alguns fatos, em detrimento de outros. Ao juiz cumpre justificar a “escolha dos fatos x e y, para embasar sua decisão, quando provados fatos x, y, z, k, h. Assim como deve o juiz explicar porque apoiou sua decisão em certo texto legal e não em outro, porque fez uso de um determinado princípio e não de outro”, não lhe sendo dado afastar-se do texto expresso de lei para fazer um julgamento com base em um princípio jurídico ou em uma cláusula geral, decisão que violaria o princípio da legalidade e que desrespeita o Estado de Direito ³⁸⁹.

O dever de fundamentação engloba, portanto, “o dever de fazer referência aos pressupostos fixados na lei, devendo o julgador mostrar concretamente que no seu entender se verificam na realidade as circunstâncias que correspondem ao quadro normativo, explicitando, inclusive as considerações em que se baseia para qualificar essas circunstâncias em termos de subsumi-las nos pressupostos abstratamente definidos (justificação externa); e também o dever de desenvolver uma cadeia argumentativa coerente a desencadear na decisão (justificação interna)”³⁹⁰.

A distinção entre *justificação interna* e *justificação externa* dada à decisão é feita por **Michele Taruffo**: “quando i fatti del caso di specie vengono ricondotti entro il significato della norma, ossia entro il suo campo di applicazione, allora si ha la giustificazione interna della conclusione che deriva dall’applicazione di quella norma a quel fatto. Si potrebbe anche parlare, a questo proposito, di sillogismo giudiziale, se la teoria del sillogismo giudiziale non fosse per molti aspetti inattendibile e fuorviante, trattandosi di un’ideologia del giudizio piuttosto che di una descrizione del ragionamento

³⁸⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial, cit., p. 209-211.

³⁹⁰ AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 5.

del giudice. La giustificazione esterna è quella che riguarda la scelta delle premesse di fatto e di diritto dalla cui connessione deriva logicamente la decisione finale (...)”³⁹¹.

Para o que aqui interessa em termos de conteúdo da motivação³⁹², quanto à *justificação externa*, afirma **Taruffo** que “la giustificazione esterna richiede che il giudice svolga argomenti a sostegno della scelta relativa alla norma che ha ritenuto applicabile come regola di decisione del caso concreto, e a sostegno dell’interpretazione che egli há adottato di questa norma. Tutti i consueti canoni ermeneutici e i ‘luoghi’ dell’argomentazione giuridica (gli argomenti *a simili*, *a maiori ad minus*, e *contrario* etc.) entrano qui in gioco, insieme con il riferimento ai precedenti giurisprudenziali, ai principi e alle norme costituzionali, e a tutte le tecniche logiche e argomentative che fanno parte del patrimônio professionale del giurista (...)”³⁹³.

Deve o juiz, pois, justificar a sua decisão, não com mera referência às provas tais e tais que teriam sido por ele consideradas, e desconsideradas implicitamente as demais, mas ao *porquê* de desconsiderá-las, tendo-as como irrelevantes para o resultado do julgamento: “se il giudice há ritenuto queste prove non attendibili, deve spiegare adeguatamente le ragioni di questa valutazione; in caso contrario la motivazione del giudizio di fatto è incompleta”³⁹⁴.

Especificamente quanto ao direito de defesa, complementa o processualista italiano com a necessidade do julgador de levar em conta as alegações trazidas por ambas as partes: “È chiaro, d’altra parte, che poco varrebbe garantire alle parti la possibilità d’impiego dei mezzi di difesa, se poi si consentisse al giudice, di fatto, il potere di non tener conto, in sede di decisione, di quanto le parti stesse hanno apportano al ‘materiale di giudizio’, in fatto e in diritto; non a caso, infatti, si individua nell’ambito della garanzia generale della difesa un diritto delle parti di influire sulla decisione, nel quale rientrano il diritto alla prova, il diritto ad interloquire sulle questioni rilevanti per la decisione, e così via”³⁹⁵.

Nessa linha de idéias, vê-se que o conteúdo da motivação deve refletir o exame pelo juiz dos argumentos trazidos no exercício do contraditório pelas partes sobre as questões

³⁹¹TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 171-172.

³⁹²A matéria será novamente abordada nos itens 6.3.1 e 6.3.2.

³⁹³TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 172.

³⁹⁴TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 173. Para o processualista italiano, a motivação implícita “è in realtà una non-motivazione” (p. 173).

³⁹⁵TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 402.

discutidas no processo, mostrando aqueles adotados pela decisão e as razões pelas quais os demais teriam sido rejeitados.

A ausência de apreciação pelo juiz, em sua decisão, de material relevante apresentado pelas partes no processo, acolhendo-o ou rejeitando-o, viola o princípio do contraditório garantido constitucionalmente, que não se resume à simples possibilidade das partes alegarem e provarem, mas de terem a certeza de que, de alguma forma, influenciaram no julgamento final. Essa efetiva influência na formação do convencimento do juiz é controlada pelo exame da motivação da decisão³⁹⁶.

6.2.2. Motivação insuficiente, deficiente e ausência de motivação

Constitui tarefa complexa saber-se de antemão qual a dosagem mínima de fundamentos que uma decisão deve conter para ser considerada como suficientemente motivada.

A fundamentação contém a exposição das razões que embasaram a decisão, justificando a correção daquilo que ficou decidido. A argumentação invocada pelo julgador mostra que a decisão é válida e justa, pois encontra embasamento no sistema jurídico, sendo a mais acertada para o caso concreto.

Além da exigência de *coerência* quanto às razões que levaram o juiz a decidir de determinado modo e não de outro, exige-se que a motivação seja *completa*, “sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente”, e, quando repartida em *capítulos* a sentença, “cada um deles consistindo no julgamento de uma pretensão,

³⁹⁶ A esse respeito, o artigo de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, cit., p. 53-65, para quem “a atividade argumentativa das partes deve necessariamente refletir-se na fundamentação das decisões judiciais” (p. 57). Confira-se, ainda, artigo de THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, cit., p. 107-141, onde concluem os autores que deve ser permitido “a todos os sujeitos potencialmente atingidos pela incidência do julgado (*potencialidade ofensiva*) a garantia de contribuir de forma crítica e construtiva para sua formação” (p. 123). Ainda sobre o *entrelaçamento* do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação, propiciado pelo devido processo legal, ver DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito, cit., p. 572.

todos eles devem ser precedidos de uma motivação que justifique a conclusão assumida pelo juiz”³⁹⁷.

A motivação deve sempre se referir ao *essencial* para justificar a decisão, dispensando-se o *circunstancial*. É o que preleciona **Cândido Dinamarco**, ao salientar que a exigência da inteireza da motivação, referida por Taruffo, não obriga o juiz a se manifestar sobre todos os pontos, inclusive sobre aqueles quase sem relevância, que as partes tenham suscitado no processo, mas motivar naqueles pontos mais importantes, de modo a demonstrar “que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta: motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial”³⁹⁸.

Acerca da *inteireza* da motivação (*completezza della motivazione*), vem à baila mais uma vez o ensinamento de **Michelle Taruffo** de que a completude da motivação só pode ser avaliada em uma determinada decisão analisando-se o caso concreto onde ela foi proferida, sendo de pouca utilidade critérios formulados de forma geral e abstrata: “Anzitutto, la completezza della motivazione non va commisurata a qualcosa di estraneo alla giustificazione della decisione, come ad es. alle ‘ragioni reali’ del decidere o all’*iter* logico-psicologico di cui la decisione è la tappa finale, dal momento che, come si è sottolineato più volte, la funzione specifica della motivazione non è quella di riprodurre tali ‘ragioni’ o di descrivere l’articolarsi del procedimento decisorio. Il parametro in base al quale deve essere valutata la completezza della motivazione è invece costituito dalle esigenze di giustificazione che sorgono a propósito della decisione, ed è quindi un parametro il cui significato varia sensibilmente nei singoli casi concreti, rendendo di conseguenza poco pertinenti eventuali criteri formulati in modo generale ed astratto”³⁹⁹.

³⁹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 242. Por *suficiência* da fundamentação, entende Jasson Hibner Amaral aquela “que contenha elementos bastantes, capazes ou aptos a basear a decisão. No caso da suficiência está em causa recusar como fundamentação determinante, fundamentações que sejam vagas, abstratas ou imprecisas. Isso para que se garanta que haja uma verificação ou uma ponderação do julgador acerca das circunstâncias e da decisão a ser tomada” (AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 12).

³⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 242.

³⁹⁹ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 450. Em outra passagem, observa o mesmo doutrinador que “l’insufficienza della motivazione implica una violazione del diritto alla prova, almeno per chi ritenga, come mi pare corretto, che questa essenziale manifestazione della garanzia costituzionale della difesa ricomprenda anche il diritto ad ottenere dal giudice un’espressa valutazione delle prove dedotte dalle parti” (TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 203).

Constitui, pois, exigência do devido processo legal (CF, art. 5º., LIV) “que a motivação tenha a extensão e a profundidade necessária para justificar suficiente e racionalmente o deslinde dado à causa”⁴⁰⁰.

A avaliação sobre a suficiência ou exiguidade da motivação envolve tarefa intrincada que, como dito, deve ser examinada caso a caso, na hipótese concreta em que se deu o julgamento.

Tal exame deve ser feito em cada caso e sempre à luz do contraditório e da ampla defesa, de modo que a decisão só deve ser anulada se impossibilitar às partes a exata compreensão das razões pelas quais o juiz decidiu daquela maneira. Caso contrário a decisão deverá ser preservada e a motivação considerada adequada e suficiente.

Nos casos de posição doutrinária pacífica ou de súmula a respeito de determinado tema, fica o magistrado dispensando de motivar sua decisão de modo mais aprofundado, o que não acontece quando a decisão versa a respeito de polêmica ainda não pacificada⁴⁰¹.

A suficiência da motivação envolve também outro aspecto intrincado: o problema do regresso ao infinito.

Isso porque se aprioristicamente não se pode determinar onde cessa a necessidade de fundamentação, a existência de um número infinito de níveis de fundamentação leva a uma situação, tida por **Marcelo Lima Guerra**, como paradoxal: “É que sendo de fato infinito o número de níveis de fundamentação, o que equivale a dizer, permanecendo insolúvel o ‘problema do regresso ao infinito’ na fundamentação das decisões judiciais, então resultaria ser impossível o cumprimento da norma constitucional que comanda a fundamentação de decisões judiciais. Ora, uma norma que comanda a realização de um número infinito de condutas, comanda algo impossível, sendo portanto, uma norma impossível de ser cumprida”⁴⁰².

⁴⁰⁰BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 120.

⁴⁰¹OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, cit., p. 211. A invocação pura e simples da jurisprudência, desacompanhada de um esforço justificativo, importa em evitar, e não em cumprir, o dever de motivação (GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros, cit., p. 15-16).

⁴⁰²GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 533.

Em alentado artigo voltado para responder à indagação de qual seja exatamente a conduta comandada pelo artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o processualista aponta uma solução para o impasse criado diante da impossibilidade de se saber previamente quando uma decisão estaria ou não suficientemente motivada: seria a possibilidade de se identificar *o que não conta como decisão fundamentada*, ou seja, quando uma decisão não está fundamentada corretamente.

Dessa maneira, conclui, o dispositivo constitucional seria *passível de cumprimento*, e comandaria algo perfeitamente realizável: os juízes devem proferir decisões *não equivocadamente fundamentadas*”⁴⁰³.

Já decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que a decisão judicial está fundamentada quando as premissas adotadas pelo julgador para a solução das questões de fato ou de direito sejam coerentes com a parte dispositiva, satisfazendo, dessa forma, a exigência constitucional do dever de motivação⁴⁰⁴.

Pode-se dizer ainda que a decisão se encontra adequadamente motivada *quando em seu favor se aduzem boas razões*.

Essa a conclusão de **Juan Igartua Salaverria**: “Cuando se afirma que una sentencia está motivada, se pueden asignar três significados diferentes a la palabra ‘motivada’: en un primer sentido, *débil y descriptivo*, una sentencia está motivada si se aducen razones en su favor; en un segundo sentido, *fuerte y descriptivo*, una sentencia está motivada si en su favor se aducen razones que de hecho han convencido a un auditorio determinado; en un tercer sentido, *fuerte y valorativo*, una sentencia está motivada si en su razón se aducen buenas razones. Pues bien, creo que es esta tercera acepción la única que congenia com mi *approach* normativo”⁴⁰⁵.

Por outro lado, anota **Ada Pellegrini Grinover** que peca por defeito de motivação, tanto a sentença omissa quanto às razões do convencimento (ausência de motivação), como aquela cujas falhas de motivação a privam de sua função de garantia e controle (carência de

⁴⁰³ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX), cit., p. 533.

⁴⁰⁴ “O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional” (RE 140.370-MT, de 20.04.1993, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

⁴⁰⁵ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 15.

motivação). Resume, assim, que a falta de motivação pode consistir: “a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas *sicut non essent*, ou as conclusões não decorram logicamente das premissas (carência de motivação intrínseca); c) da omissão de fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca)”⁴⁰⁶.

Diante da acenada dificuldade ou impossibilidade de se diferenciar exatamente a motivação incompleta da motivação insuficiente ou mesmo da ausência de motivação ⁴⁰⁷, conclui-se, com **Teresa Arruda Alvim Wambier**, que todas essas hipóteses podem ser reduzidas à ausência de fundamentação e geram a nulidade da sentença, até porque fundamentação deficiente não é motivação ⁴⁰⁸.

Cabe observar, por fim, casos em que há *excesso* de motivação, dada a prolixidade dos argumentos muitas vezes trazidos pelo julgador, com citações doutrinárias extensas e inúteis e a transcrição de julgados inaplicáveis, o que torna enfadonha a leitura e difícil a compreensão da decisão. Essa prolixidade de argumentos pode, na verdade, ocultar a falta de fundamentos válidos para justificar a decisão ou até evitar a enunciação das reais razões da decisão, o que, “malgrado le apparenze, si tratta di una tecnica che fa diminuire il grado di controllabilità del fondamento della decisione” ⁴⁰⁹.

A esse respeito, a sábia advertência de **Calamandrei** de que “nem sempre uma sentença bem fundamentada quer dizer uma sentença justa ou vice-versa. Às vezes uma sustentação apressada e sumária significa que o juiz, ao decidir, estava de tal forma convencido da excelência da conclusão, que julgou ser tempo perdido o que gastasse para

⁴⁰⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros, cit., p. 9.

⁴⁰⁷ Nelson Nery Júnior aponta como exemplo clássico de ausência de fundamentação os juízes usarem o jargão “por falta de amparo legal” para indeferirem pretensões, chamando atenção o ilustre processualista paulista para o fato de que o juiz deve indicar “o porquê do indeferimento, já que, se não houver vedação expressa na lei, o juiz não poderá deixar de apreciar o pedido, preenchendo eventual lacuna pelos mecanismos indicados na LICC 5º., no CPC 126 e no CDC 7º. Sua conclusão poderá até ser pelo indeferimento, mas deverá dizer as razões pelas quais assim decidiu” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 293).

⁴⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 322-323. Confirma-se a crítica à negligência de fundamentação por parte dos nossos juízes e Tribunais feita por Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, para quem a negligência para com o dever de motivar os pronunciamentos decisórios teve início com decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que, com *rara infelicidade*, sedimentou entendimento de que mesmo as decisões com motivação sucinta, deficiente ou mesmo incorretas não seriam nulas e atenderiam à recomendação constitucional, com a citação pelo autor de julgados daquele Tribunal Superior a esse respeito (DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito, cit., p. 573).

⁴⁰⁹ TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*, cit., p. 200.

demostrar a sua evidência, assim como, outras vezes, uma sustentação extensa e cuidadosa pode revelar, no juiz, o desejo de esconder para si e para os outros, com arabescos logísticos, a perplexidade em que se encontra”⁴¹⁰.

6.2.3. Motivação e máximas da experiência

O artigo 335 do Código de Processo Civil permite que, na falta de *normas jurídicas particulares*, o juiz aplique “as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial”.

O juiz sempre se valeu das chamadas máximas da experiência no ato de julgar⁴¹¹, o que mais se acentuou nos dias de hoje, por força das rápidas transformações sociais que obrigam o julgador, de certa forma, a atualizar e adaptar o direito ao julgar os casos que lhe são submetidos à apreciação, o que é feito por meio do exercício da criatividade judicial inerente ao ato de interpretar e de aplicar o direito.

A criação da expressão *máximas de experiencia* é atribuída a **Friedrich Stein**, que a utilizou em sua obra *El conocimiento privado del juez*: “El uso idiomático suele designar como hecho algo muy seguro, para separar con nitidez la realidad de lo meramente supuesto o ficticio. Con ello no se especifica de qué tipo es el juicio que así se designa: es un hecho, se dice, que el emperador Guillermo I vivió más de 90 años; es un hecho, que el aluminio se obtiene de la bauxita, es un hecho, que en la bolsa, a partir del día 15 del último trimestre, se negocian a X las acciones sin los cupones próximos a desaparecer. Precisamente esta última locución nos hace ver que sería peligroso denominar “hecho” a tal uso comercial; la existencia de un uso comercial no es, como se demostrará más adelante, un hecho, sino un juicio geral que descansa en la experiencia...una máxima de la

⁴¹⁰CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, cit., p. 149.

⁴¹¹Recentemente um colega Desembargador mais antigo me contou que, de certa feita, um juiz afirmara, ao narrar um caso que acabara de julgar: “Dificilmente uma mãe moveria uma ação contra um filho se não estivesse plenamente certa de estar com a razão”. Visível a intensa carga de subjetividade dessa afirmação, que decorreria da dedução daquilo que ordinariamente acontece, como o amor de uma mãe pelo filho e a presunção então extraída por esse juiz de que dificilmente uma mãe demandaria um filho em Juízo, salvo se estivesse plenamente convicta do direito por ela reivindicado.

experiencia. Nos quedaremos pues, por ahora, con este último nombre. No está libre de objeciones: lo sé y estoy dispuesto a sustituirlo por outro mejor que me sea propuesto”⁴¹².

Máximas da experiência são “juízos hipotéticos de conteúdo geral oriundos da experiência, independentes dos fatos discutidos em juízo e dos casos de cuja observação foram induzidos, e que, sobrepondo-se a esses, pretendem ajudar na compreensão de outros casos”. Sua aplicação é feita de ofício e, quando empregadas, dispensam a prova do fato⁴¹³.

O juiz, a partir de um dado conhecido, “vale-se de sua experiência pessoal e do senso comum derivado da reiteração de determinadas práticas humanas para, com base na percepção do que normalmente ocorre, estabelecer a ‘ponte’ para com o fato em discussão, inferindo acerca de sua ocorrência e/ou de sua maneira de ser; pode, assim, sabendo ter havido colisão traseira, concluir pela falta de atenção do motorista que seguia atrás, ou deduzir a grande velocidade desenvolvida por um veículo apenas em função da extensa marca de frenagem deixada no asfalto, ainda que não se tenham provas diretas a confirmar essas hipóteses”⁴¹⁴.

O argumento de senso comum, embora incontestável, porque invoca aquilo que é de absoluto consenso e, por isso, não admite um contraditório específico, constitui argumento genérico, dotado de pouca força⁴¹⁵.

A invocação de uma máxima de experiência não dispensa a motivação a respeito da sua adequação e aplicabilidade ao caso concreto. E é conveniente também que, antes da sua aplicação, em atenção ao contraditório, sejam as partes cientificadas da sua possível utilização no julgamento, a fim de que possam se manifestar a respeito e influenciar no julgamento final a ser proferido⁴¹⁶.

A idéia defendida por Stein não escapou da acirrada crítica de **Michele Taruffo**, para quem “a experiência *comum* não existe mais e a noção de senso comum é hoje tão vaga, incerta e indefinida quanto se possa imaginar”, de modo que o conceito de máxima

⁴¹²STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos. Reimpresión de la segunda edición. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Santa Fe de Bogotá: Temis 1999. p. 19.

⁴¹³MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 340.

⁴¹⁴TABOSA, Fábio. Comentários ao artigo 335 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1071.

⁴¹⁵RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentación jurídica*: técnicas de persuasión e lógica informal. São Paulo: Martins Fontes. 2005. p. 204.

⁴¹⁶A respeito do assunto, confira-se o excelente artigo FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação, cit., p. 389-403.

de experiência só se justificaria dentro de uma concepção silogística da decisão, hoje já superada.

Vale transcrever, a esse respeito, a lição do professor italiano:

“(...) o pensamento de Stein pressupõe a idéia de uma sociedade culturalmente homogênea, em que os campos ou setores individualizados da experiência produzem dados homogêneos ou uniformes, suscetíveis de serem recolhidos e interpretados segundo critérios comuns ou estáveis, chegando a produzir leis gerais que refletem a experiência. Ele não o disse expressamente, mas tem-se a impressão de que imaginou aquilo que nós entendemos por senso comum, como um repertório claro e coerente de regras gerais indutivamente construídas com base na experiência, repertório esse a que o juiz tem acesso quando sente a necessidade de noções não-jurídicas. Não é o caso de indagar aqui se essa idéia corresponde realmente ao estado da cultura alemã do fim do século XIX, mas pode-se salientar que ela não corresponde à situação dos contextos sociais complexos e mutantes como os que se vêem nas sociedades atuais. Mais ainda, não se olvide que Stein não foi um antropólogo cultural, mas um processualista que pretendeu contribuir para racionalizar alguns aspectos particularmente complexos do raciocínio judicial: como já foi dito, ele construiu o conceito da máxima de experiência como regra geral porque isso era necessário para chegar a configurar o juízo de fato, e daí a decisão judiciária em geral, como uma cadeia de silogismos. A máxima de experiência atua como premissa-maior de uma ilação que o juiz formula, a qual pode ser portadora da certeza lógica da dedução silogística, precisamente porque fundada em uma premissa fática de natureza geral. Substancialmente, é apenas no contexto da concepção silogística da decisão, historicamente destacado ao menos na cultura iluminística, que se explica a operação de Stein e da doutrina subsequente a ele, empenhada em construir uma forma lógica ad hoc e nela encerrar os conhecimentos e critérios de julgamento fornecidos pela experiência. (...) Com efeito, nada pode ser considerado verdadeiro ou moralmente aceitável só porque muitas pessoas assim entendem”⁴¹⁷.

O uso pelo julgador da presunção simples (*hominis*) não acarreta, ao contrário do que se afirma, a inversão do ônus da prova. Sua utilização dá-se no momento do julgamento, de sorte, que até então não existia ônus probatório contrário a ela. Assim, a parte desfavorecida pode ter produzido prova que contrarie a presunção simples, que, desse modo, nem chegará a ser utilizada no julgamento.

⁴¹⁷TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 5 de março de 2001. Exposição feita também em São Paulo aos 7 de março de 2001, a convite do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação dos Advogados de São Paulo e do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Revisão de Luiz Felipe Duarte Martins Costa. p. 22-23, 25 e 37.

Feita a presunção e, conseqüentemente, afirmada a verdade dos fatos, “ainda que com base em elementos indiretos”, torna-se desnecessária a discussão sobre ônus da prova, podendo a presunção ser desfeita “pela contestação de seus fundamentos racionais, seja pela refutação da própria regra de experiência tomada como base pelo juiz, seja pela alegação de ausência de conexão lógica suficiente entre o fato indiciário (secundário) e aquele objeto de prova nos autos, seja finalmente pela sugestão de falta de prova do próprio fato indício” ⁴¹⁸.

A autorização legal para o uso das regras da experiência comum é dada apenas nos casos em que não haja norma jurídica particular disciplinando aquela hipótese, o que afasta do magistrado “a possibilidade de ser um simples ‘intuidor’”, além de, como foi dito, não isentar o julgador do dever de dar explicações acerca das regras de experiência comum por ele invocadas, pois, em um Estado de direito, todo juiz está obrigado a fundamentar as suas decisões (CF, art. 93, IX) ⁴¹⁹.

6.2.4. A motivação e o julgamento com equidade

Dispõe o artigo 127 do Código de Processo Civil que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁴¹⁸TABOSA, Fábio. Comentários ao artigo 335 do CPC, cit., p. 1072.

⁴¹⁹Em artigo intitulado “A experiência comum é regra de uso parcimonioso”, Clito Fornaciari Júnior criticou acórdão da 19ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (Ap. n. 7.110.247-5, j. 7.8.2007), referente ao julgamento de uma ação monitória que objetivava a cobrança de cheques prescritos, sustentando a devedora ter havido agiotagem e que os cheques teriam sido dados em pagamento de juros extorsivos, por empréstimos a ela feitos. Segundo o articulista, foi dado provimento à apelação oferecida contra sentença de improcedência dos embargos, rejeitando o acórdão a tese da abstração e autonomia das cártulas para aplicar *as regras da experiência comum*, constando do julgado ser “difícil acreditar que a apelada tenha emprestado a sequência de cheques por mero favor, ou a juros legais; a estes juros, emprestaria diretamente ao banco, com muito mais segurança; é o que decorre da lógica dos fatos”, concluindo então a Turma Julgadora que se tratava de um caso de agiotagem. Para o autor do artigo, todavia, “o sistema não se conforma com conclusão simplesmente provável, salvo quando outro jeito não existir”, sendo certo que, no caso em exame, fora pedida a produção de provas, de sorte que o julgamento em segundo grau teria impedido até mesmo que a recorrida credora produzisse provas para se contrapor ao resultado que prevaleceu: “A apelação, tanto quanto a causa em primeiro grau, foi julgada no estado dos autos. Com a aplicação das supostas regras da experiência comum, sem se buscarem as normas particulares, que poderiam ser obtidas pelos meios pertinentes, acabou também a credora perdendo o direito de produzir provas, pois, fosse esse o enfoque que se pretendia conferir ao caso, a ela era possível buscar outras provas contrapondo-se ao encaminhamento que prevaleceu” (FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A experiência comum é regra de uso parcimonioso. *Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 14, n. 166, p. 661, fev. 2009).

Julgar *por* equidade significa “decidir o litígio segundo as circunstâncias do caso concreto, dispensando-se a lei, cuja incidência poderia levar a solução injusta”⁴²⁰.

Assim, nos procedimentos especiais de jurisdição voluntária (CPC, art. 1103 e seguintes), o artigo 1109 do CPC autoriza o juiz a decidir sem estar obrigado a observar o critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

Isso porque, em tais casos, não existe uma relação de direito material controvertida; na verdade, as partes pretendem alcançar determinado resultado e, para tanto, faz-se necessária a homologação judicial do pedido por elas formulado (“administração pública de interesses privados pelo juiz”)⁴²¹.

Também é possível julgar-se *por* equidade na arbitragem (Lei n. 9.307/96, art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”) e nos processos regidos pela Lei dos Juizados Especiais (art. 25), que permite ao árbitro, e não ao juiz, o julgamento *por* equidade⁴²².

A equidade diz respeito ao direito material, como explica **Luiz Guilherme Marinoni**, e, em regra, não atinge o processo, só alcançando “a conformação do formalismo processual se observado o módulo processual mínimo representado pelo contraditório e se existirem elementos nos autos que denotem a concordância de todos os interessados com a adequação proposta pelo órgão jurisdicional”⁴²³.

De difícil conceituação, pois se trata de conceito que se insere no gênero dos chamados conceitos análogos⁴²⁴, constitui “princípio ético por intermédio do qual se visa a mitigar o rigor da lei ou buscar atingir seu espírito – fins sociais e bem comum –, para que a igualdade e a justiça prevaleçam no caso concreto”⁴²⁵.

⁴²⁰BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 127 do CPC, cit., p. 373.

⁴²¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 127 do CPC, cit., p. 373.

⁴²²Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Manual dos juizados cíveis*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. p. 39.

⁴²³MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 936.

⁴²⁴Cf. FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 49 e seguintes, onde o autor analisa as cinco acepções mais importantes do conceito de equidade: a de princípio similar e anexo ao da justiça; a de virtude ou hábito prático informado por esse princípio; a de direito de agir conforme a essa virtude; a de ato de julgar conforme os ditames do mesmo princípio e a de jurisprudência em geral.

⁴²⁵Milton Paulo de Carvalho Filho, Indenização por equidade no novo Código Civil, p. 29, que conceitua a equidade, após analisar os conceitos apresentados por Alípio Silveira, São Tomás de Aquino, Vicente Ráo, Agostinho Alvim, Hélio Tornaghi, Eduardo Espínola e seu filho, Maria Helena Diniz, Carlos Maximiliano e

A ideia de equidade está ligada ao *justo*, ou melhor, à aplicação justa da lei ⁴²⁶ e seu conceito muitas vezes é confundido com o do próprio Direito, como na conhecida definição de Paulo: *ius est ars boni et aequi* (o direito é a arte do bom e do justo)⁴²⁷.

Para **Eros Roberto Grau**, “a equidade foi tragada pelo direito moderno, avesso a qualquer possibilidade de subjetivismo na aplicação da lei pelo juiz”, de tal modo que agora, que a sua concepção é retomada, “embora assumindo a mesma forma e conteúdo”, ela recebe outros nomes, inicialmente *razoabilidade* e mais recentemente *proporcionalidade*⁴²⁸.

A adoção desse entendimento, porém, como bem ressalta **Marcelo José Magalhães Bonício**, poderia levar à conclusão de que o princípio da proporcionalidade não se aplicaria ao processo civil, tendo em vista o teor do artigo 127 do CPC, o que não é aceitável. O princípio da proporcionalidade, ensina o autor, constitui na verdade grande proteção contra o subjetivismo, ao estabelecer um “*caminho seguro* para a concretização de um processo ‘justo e equo’”, pois permite a solução de problemas complexos, dentro e fora do sistema processual, onde existe uma larga margem de subjetivismo, “cujos perigos só podem ser evitados se a aplicação do princípio da proporcionalidade for seriamente considerada”⁴²⁹.

No contexto atual, de intensas mudanças e de situações que extrapolam as previsões normativas, o julgamento *com* o uso da equidade tornou-se cada vez mais frequente, tanto mais nos casos dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais, que obrigam a uma adaptação da lei aos casos concretos⁴³⁰.

aquele de Aristóteles, trazido em “Ética a Nicômaco”, de ser a equidade *uma mitigação da lei escrita por circunstâncias que ocorrem em relação às pessoas, às coisas, ao lugar ou tempos* (p. 27-29).

⁴²⁶“Desde a *epieikéia* aristotélica, passando pela *aequitas* romana, pela *aequitas* medieval e pela *aequitas* canônica, o conceito de *equidade* não se dissocia do *justo* (do *aequo*), mas a afirmativa, em última análise, é mero jogo de palavras. Saber o que é ‘justo’ é sinônimo – quando não, mesmo, tautologia – de apurar o que vem a ser o *ius aequum*” (FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição*: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 723).

⁴²⁷CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Equidade. (Julgamento com equidade e julgamento por equidade). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, p. 223, 2000.

⁴²⁸GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 78, p. 28, set. 2004.

⁴²⁹BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo*: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. p. 35-38.

⁴³⁰Santo Tomás, na Summa Theologica, II parte, 2ª., CXX, já afirmava: “os atos humanos, que a lei deve regular, são particulares e contingentes, e podem variar ao infinito. Por isso, não é possível criar qualquer lei que abranja todos os casos; os legisladores, pois, legislam tendo em vista o que sucede com maior frequência. Seria, contudo, ir de encontro à igualdade e ao bem comum que a lei visa, observá-la em certos

Trata-se de um *novo perfil normativo*, com consideráveis reflexos na forma de aplicação do direito, que confere ao juiz uma responsabilidade de julgar de forma mais equânime e, conseqüentemente, mais justa, e “que tem por paradigma a moldura da *common law*”⁴³¹.

Já Aristóteles ensinava que “o justo é o igual, um meio-termo”, de onde conclui **Rosa Maria de Andrade Nery** “que o direito é a ciência que busca a igualdade, tendo como ideário a justiça”.

Mas, pondera a autora, o sistema normativo que a ciência do direito se propõe a criar como mecanismo de justiça pode não conduzir necessariamente à justiça individual, pois o próprio sistema normativo pode conter regras injustas ou que possam gerar conseqüências injustas, de modo que se faz necessário ir além das regras, em busca da justiça. Por isso, e não sem razão, diz-se “que a equidade não é um poder de corrigir a regra injusta, mas de evitar as conseqüências injustas da regra, ou, no mesmo sentido, *a heurística (descoberta) do direito não se esgota de modo algum na aplicação da lei*”⁴³².

Julgar *com equidade* equivale a julgar “com equilíbrio, justiça, imparcialidade, retidão, serenidade e moderação”⁴³³.

Decide *com equidade* quem suaviza a norma jurídica, adaptando-a ao caso concreto; julga *por equidade* quem julga com base apenas em sua consciência moral (e não segundo uma norma jurídica)⁴³⁴.

e determinados casos. Assim, a lei dispõe que os depósitos sejam restituídos, porque isto é justo na maioria dos casos; mas, em outros casos, pode ser nocivo. Por exemplo, se um louco, que deu em depósito uma espada, a exige em acesso de loucura, ou se alguém exige um depósito para lutar contra a pátria. Nesses e em outros casos semelhantes, seria um mal observar a lei estabelecida; nem seria, ao contrário (pondo de parte as suas palavras) observar o que reclamam a idéia de justiça e a utilidade comum. E com isso se harmoniza a *Epieiqueia*, que nós chamamos de equidade” (trecho citado por LACERDA, Bruno Amaro. O julgamento por equidade na Lei 9.307/96 (arbitragem). p. 2. *Direito Net*. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 28 set. 2009).

⁴³¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 213.

⁴³² NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 16-17.

⁴³³ CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Equidade. (Julgamento *com* equidade e julgamento *por* equidade, cit., p. 225. Acrescenta o autor que “O juiz preenche as lacunas da lei com os insumos das demais fontes do Direito. Assim agindo, como que ‘*constrói*’ o Direito. E, nessa construção, emprega o cimento ou o amálgama da equidade” (op. cit., p. 225).

⁴³⁴ LACERDA, Bruno Amaro. O julgamento por equidade na Lei 9.307/96 (arbitragem), cit., p. 2. O autor aponta o entendimento dos legisladores brasileiros de que haveria julgamento *por* equidade, não só nos casos em que o julgador julga conforme a sua consciência, mas também nos casos em que se valha de um

A equidade é considerada como um *temperamento* da justiça, no sentido de ser abrandado o rigor da "justiça fria e cega", tendo em vista as condições pessoais dos envolvidos e as circunstâncias do caso concreto.

E muito embora só possa o juiz julgar *por equidade* quando expressamente autorizado a tanto, deve o julgador procurar julgar sempre *com equidade*, levando em consideração aspectos particulares do caso concreto em busca da solução mais justa.

Assim, ainda que “seja vedado ao juiz ignorar a regra imposta pelo Estado, é seu dever extrair do texto legal efeitos adequados à realidade material a ser regulada pela sentença, atendendo, inclusive, à evolução operada nas relações substanciais⁴³⁵”.

Chaim Perelman nos fala sobre o *espírito de equidade* que deve nortear o julgador contemporâneo em busca de soluções equitativas, e que não estão prontas na lei. Para o filósofo, como forma de evitar que a utilização desse recurso redunde em decisões subjetivas e arbitrárias, cabe ao juiz conciliar a lei com a equidade, sabendo-se que nem todo o direito está contido na lei⁴³⁶.

Essa conciliação da lei com a equidade, porém, deve ser feita sempre de forma motivada, por meio da *argumentação apropriada* trazida pelo julgador: “O papel do juiz é tomar uma decisão, resolver, escolher, em nome do que considera o direito e a justiça, sabendo que suas decisões vão integrar-se no sistema de direito de que ele constitui um elemento central. É dentro desse espírito que as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, serão um auxílio essencial na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso de direito”⁴³⁷.

O artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Esse dispositivo legal consagra o uso da equidade pelo juiz na tarefa de dizer o direito ao caso concreto, que pode atenuar o rigor da norma para adequá-la às exigências e

direito natural ou dos chamados princípios gerais de direito. Mas ressalva o autor que, no último caso, o julgador não abandona o ordenamento jurídico por completo, pois os princípios gerais de direito são tidos como normas e também integram o ordenamento jurídico (op. cit., p. 2).

⁴³⁵BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 127 do CPC, cit., p. 373.

⁴³⁶PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 232-233, 236 e 241.

⁴³⁷PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, cit., p. 632. Sobre a aplicação da *lógica do razoável* na interpretação dos pronunciamentos judiciais, confira-se artigo de FONSECA, João Francisco Naves da. A interpretação da sentença civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 42-56, maio 2008.

valores sociais vigentes no momento da sua aplicação, valendo repetir “a veneranda definição de Aristóteles de que equidade é a justiça do caso concreto”⁴³⁸.

O julgamento com o uso da equidade hoje mais se justifica, em tempos de rápidas e profundas mudanças sociais, quando se exige uma interpretação *axiológica, progressista*, afinada com as conjunturas históricas do momento, “para que a prestação jurisdicional seja democrática e justa”⁴³⁹.

6.2.5. A motivação e o julgamento com base em súmula vinculante

A súmula vinculante foi introduzida em nosso sistema por força do artigo 103-A e parágrafos da Constituição Federal, trazidos com a Emenda Constitucional 45/04. A partir de então, a matéria sumulada adquiriu eficácia *erga omnes* e vinculante⁴⁴⁰.

A finalidade desse instituto, resume **Ricardo de Barros Leonel**, é “conferir maior eficácia aos posicionamentos do intérprete máximo de nosso direito, ou seja, o STF, que a partir da perspectiva constitucional, deve examinar a validade das normas infraconstitucionais, e sua adequação à sistemática existente na própria Constituição. A lógica adotada para tanto, de forma simplificada, pode assim ser descrita: se é ao Pretório Excelso que cabe a última palavra a respeito da interpretação do direito positivo brasileiro e da Constituição, é razoável aceitar que, firmada sua posição, seja ela, desde logo, aplicada a outros casos idênticos, dispensando-se a necessidade de que todos eles tenham que ser examinados, especificamente, também, pelo STF”⁴⁴¹.

A introdução entre nós da súmula vinculante evita que a parte que tem razão seja submetida a um verdadeiro *calvário recursal* até obter a tutela jurisdicional, pois, por meio do artigo 103-A, busca-se “dar sentido uniforme à Constituição Federal, evitando que, após sedimentada a validade, a interpretação ou a eficácia de uma norma jurídica, pelo STF, a

⁴³⁸VELOSO, Zenon. Comentários ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. XLII-XLIII.

⁴³⁹VELOSO, Zenon. Comentários ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, cit., p. XLII.

⁴⁴⁰A respeito da diferença entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, confira-se PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28-30. Em uma primeira distinção, afirma o autor que, enquanto a eficácia *erga omnes* atingiria todos com interesse naquela decisão, o efeito vinculante iria um pouco além, impondo aos atingidos, dentre esses os órgãos dos três Poderes, uma atuação conforme o decidido. Assim, o efeito vinculante seria um *plus* em relação à eficácia *erga omnes*, pois possuiria natureza vinculativa, ensejando a apresentação de reclamação constitucional em caso de descumprimento (op. cit., p. 29).

⁴⁴¹LEONEL, Ricardo de Barros. *As recentes reformas do processo civil*. São Paulo: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Ministério Público de São Paulo, 2007. p. 49-50.

parte que tem razão seja obrigada, pela resistência judicial, que aguardar que seu caso – cuja tese é conhecida e se multiplica pelo país, causando grave insegurança jurídica e violação do princípio da isonomia – chegue até ao STF para, somente depois disso, usufruir da prestação jurisdicional”⁴⁴².

A pergunta que aqui se faz é se os julgamentos feitos com base em súmula vinculante estariam motivados, como exige a Constituição Federal para todas as decisões judiciais⁴⁴³. E a resposta é positiva.

A motivação, como já se buscou demonstrar nos itens anteriores, é menos a tradução fiel do exato convencimento do juiz, com todos os fatores psicológicos que influenciam a formação desse convencimento ou mesmo do *iter* percorrido pelo julgador até chegar à decisão, e mais a justificativa do julgamento, de forma persuasiva, exteriorizada com argumentos convincentes acerca do acerto da solução dada ao caso concreto.

O juiz que julga determinado caso invocando a existência de súmula vinculante pode até não estar de acordo com a solução trazida com a aplicação da súmula, mas, ao invocá-la, sua decisão estará devidamente motivada, e a justificativa é exatamente o efeito vinculante que dela emana e que o obriga a adotar aquele entendimento.

A motivação do julgamento com base em súmula vinculante, que, como referido, consolida entendimento do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a última palavra a respeito da interpretação do direito positivo e da Constituição, consubstancia uma forma do julgador de motivar a sua decisão, dispensando-o de maiores considerações acerca da *tese jurídica consagrada* para fins de dar cumprimento ao artigo 93, inciso IX da Constituição Federal⁴⁴⁴.

Para tanto, como explica **Eduardo de Albuquerque Parente**, bastará a transcrição da súmula, mas o importante, na verdade, é o raciocínio interpretativo, que “demonstrará

⁴⁴²CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 146 e 1570, fev. 2009.

⁴⁴³Voltaremos ao tema da súmula vinculante no item 6.5.3, quando abordarmos a valorização da fundamentação de decisões repetidas e dos precedentes judiciais.

⁴⁴⁴Nesse sentido, a lição de Marco Antonio Botto Muscari, em *Súmula vinculante*, cit., p. 94, que faz referência a um julgado relatado pelo Ministro Moreira Alves contido na RT 735/204, onde ficou assentado pelo Supremo Tribunal Federal que “Acórdão que se baseia, para decidir, em indicação da súmula aplicável está motivado, pois basta o interessado examinar os arestos em que esta se estriba para saber quais os fundamentos do enunciado da súmula” (op. cit., p. 94, nota de rodapé 311).

que a questão principal (ou mais de uma) identifica-se com o preceito (a adequação do concreto julgado com o abstrato da súmula) ou não”⁴⁴⁵.

É vedado ao juiz fazer uma *interpretação da interpretação*, ou seja, interpretar a súmula vinculante da mesma maneira e com a mesma intensidade com que o faria diante da norma legal. Essa advertência feita por **Rodolfo de Camargo Mancuso**, para quem a interpretação da súmula vinculante não pode ter o mesmo elastério dado à exegese a que se submete a lei, “pela boa razão de que ela já *constitui o extrato* de reiterados julgamentos do STF sobre uma dada matéria, onde o tema foi exaustivamente debatido, até alcançar um consenso extratificado”.

Assim, ensina o processualista, a ‘interpretação’ da súmula vinculante há de ser “parcimoniosa e restrita: (i) o juiz, na formação de sua persuasão racional (CPC, art. 1341), se limitará a fixar o alcance (extensão-compreensão) do enunciado vincutivo, em ordem a verificar se o caso concreto nele se enquadra: em caso positivo, aplicará a súmula, caso contrário, *motivadamente*, declinará – *não por dela discordar ou por questionar sua validade/oportunidade* – mas por estar convencido de sua inaplicabilidade à espécie; a não se entender assim, se incidiria numa interminável ‘interpretação da interpretação’”⁴⁴⁶.

Cabe observar a possibilidade do juiz, que discorde da tese sumulada por não se convencer dos argumentos trazidos pela Corte Superior, ressaltar seu ponto de vista contrário, postura que em nada diminui o julgador, pois, como observa **Marco Antonio Muscari**, a jurisprudência é *da Corte*, e não dos componentes que individualmente a compõem⁴⁴⁷.

6.3. Vício da motivação e coisa julgada

6.3.1. Considerações iniciais

Mostra-se relevante uma análise, dentre os possíveis vícios processuais, daquele atinente à motivação, diante da crescente valorização das decisões judiciais em nossos dias.

⁴⁴⁵PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 101.

⁴⁴⁶MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 363.

⁴⁴⁷MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 96.

Nunca o julgador foi tão instado a interpretar/aplicar a lei, na tentativa de tentar dirimir os incontáveis conflitos submetidos à sua apreciação e que não podem ser resolvidos de forma cartesiana, como já se chegou a imaginar, com a automática aplicação de dispositivos legais.

Na vã tentativa de disciplinar as incontáveis situações da vida, há uma intensa produção legislativa, sempre integrada, como já foi visto, por cláusulas gerais e por conceitos indeterminados, que exigem contínua e criativa interpretação por parte dos juízes.

As crescentes mudanças sociais trazidas com a pós-modernidade, bem como a diversidade e o número de crises jurídicas levadas aos foros diariamente, exigindo uma decisão rápida e justa, colocam em relevo a motivação como justificativa da resposta do julgador ao jurisdicionado e à própria sociedade, o que atesta a legitimidade dos julgamentos.

Mais do que nunca a presteza na solução das controvérsias é cobrada do Poder Judiciário, sempre respeitado o devido processo legal, com uma acentuada valorização dos precedentes judiciais para julgamentos futuros que apontam a direção do direito a ser seguida.

Sem riscos de incidir em exageros, é por meio da motivação das decisões que boa parte do direito hoje é construído, sempre respeitado o princípio da segurança jurídica, que também advém de uma maior uniformização das decisões.

Da importância da fundamentação, elevada a garantia constitucional, decorre também a relevância do estudo dos vícios que possam atingi-la, com o consequente exame dos meios processuais para invalidar a decisão imotivada, tida como nula.

Iniciemos, pois, um estudo da matéria, que não tem passado despercebida de nossos processualistas, em sua procura incessante por formas de se obter uma prestação jurisdicional efetiva e tempestiva, oferecida por meio de uma decisão motivada e que convença o jurisdicionado e a sociedade do acerto da solução dada ao caso concreto.

6.3.2. Aspectos da teoria das nulidades no Direito Civil e no Direito Processual Civil

6.3.2.1. Teoria das nulidades no direito civil

A chamada *teoria das nulidades* tem origem no direito civil, assim como a construção dos planos da existência, validade e eficácia em que se examina o ato jurídico, que foram posteriormente transportados para outros ramos do direito, inclusive para o direito processual civil, ressalvadas algumas adaptações.

Com efeito, os conceitos básicos de invalidade, nulidade, anulabilidade e ineficácia cunhados pelos civilistas passaram a ser parte da *teoria geral do direito* e a servir a outros ramos jurídicos; mas, para essa transposição, foi preciso depurá-los, a fim de que apenas um *substrato mínimo* pudesse ser aplicado ao direito público, especialmente ao processo civil ⁴⁴⁸.

Na lição de **Teresa Arruda Alvim Wambier**, a teoria das nulidades do direito civil não pode ser *pura e simplesmente transplantada* para o campo do direito público, onde há princípios específicos que, “abstratamente contrários, devem ser compatibilizados no plano prático, como, por exemplo, o da conformidade com a lei e o do atendimento ao interesse público. Isso faz com que, no que tange, principalmente, *aos efeitos*, seja impossível aplicar-se ao direito público a teoria das nulidades, concebida na esfera do direito civil”⁴⁴⁹.

Em um breve resumo do sistema de invalidades no direito civil, a *invalidade* é uma qualidade do ato, consubstanciada na falta dos requisitos exigidos pela lei e que, quando reconhecida, acarreta a aplicação de uma sanção que pode ser mais ou menos severa.

Dentro do gênero invalidade, estão a *nulidade* e a *anulabilidade*, que se diferenciam em função da natureza da norma legal violada: se o preceito legal afrontado tutelar preponderantemente interesse público, será caso de *nulidade*, sanção mais severa; se,

⁴⁴⁸SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183-184.

⁴⁴⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 145. Afirma a autora que o processo civil integra o direito público, “porque as normas de natureza processual civil dizem respeito a uma relação jurídica de que o Estado (no papel de Estado-juiz) necessariamente faz parte” (op. cit., p. 145).

todavia, a norma tutelar interesse preponderantemente privado, a hipótese será de *anulabilidade*, penalidade que se mostra mais leve ⁴⁵⁰.

Ainda dentro do âmbito do direito civil, a nulidade pode ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo (CC, art. 169), com eficácia *ex tunc*, e não é passível de convalidação, enquanto a anulabilidade pode ser convalidada (CC, art. 172), deve ser alegada pelo interessado (CC, art. 177), no prazo decadencial de quatro anos (CC, art. 178) e o seu reconhecimento tem eficácia *ex nunc*.

6.3.2.2. Sistema de invalidades processuais

O sistema de invalidades processuais sofreu influência direta daquele desenvolvido para o direito civil, respeitadas algumas diferenças fundamentais.

Assim é que o sistema traçado para as nulidades processuais obedece a um critério finalístico, ou seja, condiciona-se o reconhecimento da invalidade ao atingimento ou não do objetivo a que o ato defeituoso se propôs.

Nessa linha de idéias, o vício não deve ser reconhecido se não impedir que a finalidade do ato seja atingida.

Esse o entendimento defendido por **José Roberto dos Santos Bedaque**, que considera *todas* as nulidades sanáveis, mesmo aquelas ditas cominadas, qual seja, com previsão expressa de nulidade pelo descumprimento da forma, desde que não impeçam o resultado desejado: “mesmo a inexistência de determinado ato do procedimento não contamina necessariamente os subsequêntes se não houver prejuízo. E ausência de prejuízo corresponde à finalidade alcançada” ⁴⁵¹.

⁴⁵⁰Cf. SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit., p. 184-185. Conclui o autor que o negócio nulo seria aquele que, embora tenha logrado ingressar no mundo jurídico, “descumpriu requisitos de validade reputados pelo ordenamento como de ‘ordem pública’” (op. cit., p. 185).

⁴⁵¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 404. Na lição do processualista, “como há correspondência substancial entre as expressões ausência de prejuízo e escopo, todas as nulidades, absolutas ou relativas, cominadas ou não cominadas, são sanáveis mediante incidência do princípio da instrumentalidade das formas” (op. cit., p. 406).

O objetivo é abrandar o rigor da técnica, que não se justifica por si só, mas como meio para a obtenção dos resultados desejados ⁴⁵². Logo, se a finalidade do ato é alcançada, o vício se torna irrelevante.

No campo do direito processual, repercute no sistema de invalidades a posição que cada sujeito exerce na relação jurídica processual ⁴⁵³: o juiz, exercendo poderes-deveres; já as partes se desincumbem de ônus, exercem faculdades e possuem deveres.

A *nulidade* se refere aos atos do juiz. Já o ato da parte é *ineficaz* (não produz efeitos), mas não é nulo. A petição inicial, por exemplo, não é nula, apenas não produz efeitos.

Tem-se, nesse contexto, que os atos praticados pelas partes que não atendam ao modelo traçado pela lei serão tidos como *ineficazes*, ou seja, insuscetíveis de produzir os efeitos pretendidos (plano da eficácia). Quando a parte deixa de observar um dever que a ela é dirigido, o sistema comina *penalidades* (como a multa pecuniária, no caso de litigância de má-fé; a deserção do recurso, oferecido sem o correspondente preparo), e não propriamente *nulidades*.

Por outro lado, o juiz, ao exercer seus poderes-deveres em nome do interesse público, atende às garantias individuais asseguradas constitucionalmente. Por isso, o ato praticado pelo juiz que não obedeça ao modelo legal é tido pelo sistema como defeituoso e é retirado do mundo jurídico por meio da declaração de nulidade. Todavia, não se reconhece a falha que não impedir o resultado do ato, pois todo o sistema das nulidades processuais é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas (CPC, art. 154) ⁴⁵⁴.

Como se vê, os atos judiciais que se afastam do modelo traçado pela lei são considerados *inválidos* e, conforme a norma que tenha sido violada, a nulidade não convalidará nem mesmo com a coisa julgada material.

Tome-se, como exemplo, a sentença que contém um julgamento *extra petita* ⁴⁵⁵: o juiz que decide pedidos não deduzidos pelo autor viola o disposto no artigo 128 do Código de Processo Civil, invalidade que poderá ser argüida por meio de recurso de apelação e, até

⁴⁵²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 136.

⁴⁵³Cf. Heitor Sicca, idéias expostas em seu artigo já citado, "Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit."

⁴⁵⁴Ainda BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Nulidades processuais e apelação*, cit., p. 407.

⁴⁵⁵O exemplo é dado por SICCA, Heitor Vitor Mendonça. *Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil*, cit., p. 193.

dois anos após o trânsito em julgado, por meio de ação rescisória a ser ajuizada pelo interessado (CPC, art. 485, V, *violação a literal disposição de lei*).

Em conclusão, sendo a atividade processual *típica*, pautada em um modelo previamente definido pela lei para o correto exercício da jurisdição⁴⁵⁶, a atipicidade dos atos praticados pela parte enseja a sua *ineficácia* (ou inadmissibilidade), enquanto aqueles praticados pelo juiz, se irregulares, serão considerados *inválidos* e apenados com nulidade.

Não se perca de vista, porém, que vícios processuais que não comprometam o processo como instrumento, ou seja, que não atinjam valores fundamentais do processo, também não devem comprometer o seu resultado.

6.3.2.3. Sistema da legalidade instrumental

Dentre os diferentes sistemas adotados para as invalidades processuais⁴⁵⁷, o nosso adota o sistema da *legalidade instrumental*, onde não há nulidade sem prejuízo.

O legislador não faz uma enumeração taxativa das causas de nulidade; são dadas diretrizes para que o julgador possa declarar a nulidade, o que só acontecerá se o ato não atingir a sua finalidade e se houver prejuízo para a parte ou para a correta administração da justiça.

Repousa esse sistema, pois, nos princípios de aproveitamento e convalidação dos atos, sintetizado no “*pas de nullité sans grief*”, de que a situação concreta deve ser examinada “à luz de outros valores, todos mais relevantes que o formalismo e a técnica: instrumentalidade da forma, prejuízo para o escopo do ato e economia processual”⁴⁵⁸.

Baseia-se o sistema em três premissas básicas⁴⁵⁹:

⁴⁵⁶SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit., p. 187.

⁴⁵⁷A respeito, confira-se KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991p. 77.

⁴⁵⁸BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 106-107.

⁴⁵⁹SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit., p. 195.

- i) quando a lei não prevê uma determinada forma para o ato, as partes podem praticá-lo do modo que entenderem mais adequado (CPC, art. 154). São os chamados atos de *forma livre*;
- ii) há atos para os quais a lei prevê uma forma determinada, mas não comina pena de nulidade para a inobservância dessa forma (CPC, art. 244, nulidades não cominadas). São os *atos de forma vinculada, sem cominação de nulidade*; e finalmente
- iii) existem atos para os quais o desatendimento à forma leva à pena de nulidade expressamente prevista, havendo ou não, em princípio, que se analisar a ocorrência de prejuízo para que a nulidade do ato seja decretada (nulidades cominadas). São também *atos de forma vinculada, mas com cominação de nulidade*.

Entende a maioria da doutrina que, quanto às nulidades cominadas, chamadas de *absolutas* e tidas como *insanáveis*, não se indaga acerca de prejuízo ou de atingimento da finalidade do ato. Nas nulidades ditas absolutas existiria uma *presunção absoluta de prejuízo*, e, por isso, com relação a elas, “seria, por assim dizer, ‘perigoso’ deixar, em parte, na dependência da iniciativa das partes privá-las de efeito”⁴⁶⁰.

Já para **José Roberto Bedaque**, salvo nos casos de incompetência absoluta, todas as demais nulidades podem ser desconsideradas pela ausência de prejuízo⁴⁶¹.

Dentro da matéria relativa à *classificação* das invalidades processuais, é conhecida aquela elaborada por **Galeno Lacerda** em seu livro *Despacho saneador*⁴⁶², que distingue as nulidades processuais em função da natureza da norma violada, em seu aspecto teleológico.

Para ele, assim como no direito civil, também no direito processual, se a norma que não foi observada pelo ato tutela interesse público, haverá nulidade absoluta, que poderá ser conhecida de ofício. Exemplo, a incompetência absoluta.

⁴⁶⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 187.

⁴⁶¹BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 574: “A rigor, somente a incompetência absoluta impede, de forma genérica, a desconsideração da nulidade por ausência de prejuízo”.

⁴⁶²LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

Se o ato irregular violar norma processual que resguarde preponderantemente o interesse da parte, mas com caráter cogente, a nulidade será apenas relativa e poderá ser reconhecida de ofício. Ex: ilegitimidade processual por falta de representação, que é sanável e o juiz pode determinar a correção.

Finalmente, se a norma tutelar interesse privado e tiver caráter dispositivo, o ato será apenas anulável e o juiz só poderá reconhecê-la a pedido do interessado, sob pena de preclusão, quando então o vício não mais poderá ser reconhecido. As meras irregularidades não afetariam a validade do ato ⁴⁶³.

Sintetizando, da mesma forma que no direito material, as hipóteses de nulidades no sistema processual podem ser reduzidas a duas:

- a) **nulidade absoluta**, quando há violação de norma cogente, que atua no interesse público e cujo desrespeito não precisa necessariamente ser apontado pelo interessado, não havendo preclusão para o juiz conhecer da matéria. Caso o juiz conheça do vício, não deverá necessariamente declarar a nulidade, podendo deixar de fazê-lo se não tiver havido prejuízo ou se o ato tiver atingido a sua finalidade;
- b) **nulidade relativa**, quando a norma violada é dispositiva, pois atua no interesse da parte e seu desrespeito pelo ato irregular só será eventualmente sancionado se o vício for apontado pelo interessado na primeira oportunidade que tiver para fazê-lo, sob pena de preclusão.

De qualquer sorte, o ato inválido produzirá efeitos até que sobrevenha uma decisão “que decrete a sua nulidade, seja por força do recurso cabível, seja de ofício, nos casos em que a nulidade puder ser reconhecida deste modo” ⁴⁶⁴.

⁴⁶³Para Roque Komatsu, as nulidades absolutas não seriam sempre cominadas. Haveria casos de nulidades cominadas que seriam relativas, como aquelas do artigo 13, inciso I e artigo 84, I, do CPC, na medida em que, embora sejam normas cogentes, tutelam preferencialmente, o interesse das partes (KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*, cit., p. 212).

⁴⁶⁴SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit., p. 200.

6.3.3. Sistema de nulidades relativo à sentença

Para fazer uma classificação dos vícios que atingem as sentenças é necessário adotar outros critérios, que não aqueles utilizados para a classificação dos atos processuais, os quais, como se viu, têm origem no direito civil.

Na classificação feita com base na teoria das nulidades dos atos processuais, não se considera o trânsito em julgado da sentença.

Assim, se na doutrina tradicional das invalidades processuais as nulidades absolutas podem ser reconhecidas de ofício pelo Juiz, a qualquer tempo, em se tratando, por exemplo, de incompetência absoluta, “constata-se que, após o trânsito em julgado, esse vício somente poderá ser decretado mediante pedido da parte em ação rescisória. Logo, a classificação dos vícios que acometem as sentenças transitadas em julgado deve obedecer a outros critérios, diferentes dos utilizados para a classificação dos atos processuais em geral”⁴⁶⁵.

A coisa julgada tem uma *potencialidade sanatória* que exige outra visão das nulidades relativas às sentenças, diferente do sistema de invalidades traçado para os atos processuais em geral.

Por isso, a afirmação de **Teresa Arruda Alvim Wambier** de que “as sentenças, uma vez transitadas em julgado, são algo mais do que um ato processual”⁴⁶⁶.

Somente a sentença de mérito pode ser rescindida, vindo daí a necessidade de uma classificação dos vícios após o trânsito em julgado, para que possam ser identificados aqueles que se tornam causas de rescindibilidade.

É certo que a coisa julgada funciona como uma *sanatória geral*, eliminando possíveis nulidades que deveriam ter sido argüidas durante o processo.

Isso significa que “a firmeza da sentença coberta por ela [coisa julgada] não se abala por eventuais alegações de nulidade da própria sentença ou dos atos que a antecederam, sendo essa uma manifestação da eficácia preclusiva da coisa julgada. (...) Se

⁴⁶⁵DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 40.

⁴⁶⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 290.

apesar da nulidade a sentença de mérito for pronunciada e passar em julgado, a eficácia preclusiva da coisa julgada impedirá qualquer discussão a respeito daquela (salvo casos de ação rescisória)”⁴⁶⁷.

Assim, a regra é de que todas as nulidades são sanadas com a coisa julgada. Algumas, todavia, resistem ao trânsito em julgado e se tornam causas de rescindibilidade. E apenas uma espécie de nulidade, por expressa previsão legal, “sobrevive ao prazo para a ação rescisória” (CPC, art. 475-L, I), que é o vício decorrente da falta ou nulidade de citação ⁴⁶⁸.

6.3.3.1. Classificação dos vícios que atingem as sentenças (Barbosa Moreira)

Para **Barbosa Moreira**, os vícios que as sentenças podem apresentar são agrupáveis em três grandes categorias:

- a) aqueles que não resistem à eficácia preclusiva da coisa julgada e que, se não forem alegados em recurso, se tornam irrelevantes (p. ex.: *error in judicando*, *decorrente de má apreciação da prova*);
- b) aqueles que, após o trânsito em julgado, podem servir como fundamento para a desconstituição por meio de ação rescisória, mas que não impedem que, nesse ínterim, a decisão produza todos os seus efeitos normais (p.ex: *caso de incompetência absoluta do órgão julgante*);
- c) aqueles que dispensam o uso da ação rescisória e são alegáveis por outros meios (p.ex.: *óbices à execução, alegados por meio de embargos, como a nulidade da citação inicial para o processo decorrido à revelia*) ⁴⁶⁹.

⁴⁶⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 3, p. 328. Para o ilustre professor desta Faculdade, eficácia preclusiva seria “a aptidão, que a própria autoridade da coisa julgada material tem, de excluir a renovação de questões suscetíveis de neutralizar os efeitos da sentença cobertos por ela” (p. 323).

⁴⁶⁸DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 44.

⁴⁶⁹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 303.

Afirma o ilustre processualista que *sentença rescindível* não se confunde com *sentença nula* ou com *sentença inexistente* ⁴⁷⁰, pois a sentença com vício de nulidade, após o trânsito em julgado, ou é convalidada, ficando sanado o vício, ou esse vício se converte em causa de rescindibilidade ⁴⁷¹, excetuada a hipótese de nulidade de citação.

Logo, em regra, “após o trânsito em julgado (...), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, arguível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*” ⁴⁷².

Diz-se *sentenças absolutamente inimpugnáveis* após o trânsito em julgado aquelas cujo vício não conste como causa de rescindibilidade no rol do artigo 485 do Código de Processo Civil, mesmo que sejam detentoras de alguma irregularidade ou vício, de que ordem for ⁴⁷³.

Já as *sentenças rescindíveis* seriam aquelas que ostentam vícios enumerados no rol taxativo do citado artigo 485 do Código de Processo Civil.

A doutrina faz também menção às chamadas *sentenças inexistentes*, onde, segundo **Liebman**, faltaria “aquele mínimo de requisitos constitutivos que é indispensável para a sua existência jurídica”, apresentando a sentença vícios tão graves e radicais que conduzem à sua nulidade, jamais adquirindo eficácia e nem sendo concebível o seu trânsito em julgado ⁴⁷⁴.

Os exemplos citados pelos doutrinadores como de sentença inexistente são quase sempre os mesmos: sentença proferida por quem não é juiz legalmente investido, pois lhe faltaria jurisdição; sentença não reduzida para a forma escrita, sentença não assinada ou sem dispositivo.

São aquelas sentenças que não podem ser convalidadas e passíveis de impugnação a qualquer tempo, independentemente do decurso do prazo da ação rescisória. Daí a utilização por processualistas do Rio Grande do Sul do termo *vícios transrescisórios*, ou

⁴⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 107.

⁴⁷¹ “Dessa forma, o sistema das nulidades dos atos processuais pode ser representado por um funil em que as nulidades vão sendo sanadas conforme não haja previsão legal para que elas permaneçam passíveis de decretação. Em primeiro lugar pelo trânsito em julgado e depois pelo prazo decadencial de dois anos” (DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 46).

⁴⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 107.

⁴⁷³ DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 48.

⁴⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 267-268.

seja, quando a inexistência do julgado é reconhecível mesmo decorrido o prazo para propositura da ação rescisória:

“SEPARAÇÃO. PARTILHA. BEM USUCAPIDO.

Caso em que se reconhece que somente a apelante é proprietária do imóvel em litígio.

A sentença que em seu relatório considerou o apelado como parte do processo, quando sequer havia outorgado procuração, **sofre de vício transrescisório**.

O vício transrescisório autoriza declaração da ineficácia, independente de ação rescisória, em qualquer tempo e à vista de qualquer tipo de situação em que possa ser conhecido.

DERAM PROVIMENTO, por maioria. (Ap. Cível, 8ª. Câmara Cível, n. 70001951060, Santa Cruz do sul, TJRS)”.
(...)

DES. RUI PORTANOVA (PEDIDO DE VISTA)

(...)

“Ao incluir, no seu relatório e, com isso, viabilizar uma imprópria extensão subjetiva da demanda, a sentença, nesse ponto apresenta um defeito grave, **que Tesheiner chama vício transrescisório (Elementos Para Uma Teoria Geral do Processo)**. Com efeito, ao falar sobre as nulidades processuais, o eminente jurista faz a seguinte classificação:

- a) *‘Vícios preclusivos, correspondentes a requisitos cuja falta não acarreta nulidade, ou que se sujeitam à preclusão.*
- b) *Vícios rescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta abre margem à desconstituição da sentença por ação rescisória;*
- c) *Vícios transrescisórios, correspondentes aos requisitos cuja falta autoriza a declaração da ineficácia, nulidade ou inexistência da sentença, independente de ação rescisória’.*

Depois, ao passar aos exames de algumas hipóteses enquadráveis em cada uma dessas categorias, vamos encontrar na letra “c” dos vícios transrescisórios a hipótese destes autos.

Vale a pena o destaque:

‘b) Falta de personalidade judiciária (capacidade de ser parte) do demandante. Considerem-se as várias hipóteses de advogado sem autor, como a ação proposta por causídico, sem instrumento de mandato, ou em nome de pessoa já falecida ...

...

c) A hipótese de petição inicial firmada por advogado com procuração passada por absolutamente incapaz é equiparável à de ausência de mandato... Não será o decurso do prazo para a ação rescisória que tornará invulnerável a sentença’ ”(sem destaque no original).

As sentenças inexistentes não precisam de rescisão para serem desconstituídas e, bem por isso, distinguem-se das sentenças nulas, suscetíveis de revisão por meio de demanda rescisória.

Como bem observa **Barbosa Moreira**, “não se desconstitui o que não existe”, podendo a sentença ser declarada como tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade de providência que pretenda a sua desconstituição⁴⁷⁵.

Nos casos de inexistência, a ação rescisória vem sendo admitida pelos Tribunais apenas como forma de aproveitamento dos atos já praticados, não sendo, porém, a via adequada para viabilizar pedido de declaração de inexistência da sentença.

De qualquer forma, para a declaração da inexistência, há necessidade de intervenção judicial, até por exigência da garantia da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5, XXXV).

Cabe fazer aqui pequena digressão acerca do artigo 486 do Código de Processo Civil.

A doutrina não reconhece a existência do *negócio jurídico processual*⁴⁷⁶. De fato, nos atos processuais a vontade do agente para um determinado fim é irrelevante, uma vez que os efeitos dos atos já estão previamente estabelecidos em lei.

Segundo **Liebman**, a vontade nos atos processuais é “extremamente genérica, ou seja, a simples vontade e consciência de realizar o ato; não se requer absolutamente que seja voltada à obtenção de determinado efeito, não podendo ela tampouco determiná-lo e moldá-lo conforme melhor lhe agrade, porque o efeito já está fixado e preestabelecido em lei. Nisso, os atos processuais distinguem-se de outras categorias de atos jurídicos e especificamente dos negócios jurídicos”⁴⁷⁷.

Assim, os atos das partes não são, como regra, anuláveis por vícios de vontade.

⁴⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 107.

⁴⁷⁶ A respeito, confira-se a exposição feita por SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil, cit., p. 190-191.

⁴⁷⁷ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Manual de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 226. Para o processualista italiano, “o cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (...) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la (...)” (op. cit., p. 226-227).

Mas há alguns atos em que é relevante a manifestação de vontade da parte, como nos atos de transação, renúncia, reconhecimento, confissão, desistência, etc.

São casos em que a doutrina entende que há *negócio jurídico processual*, que pode ser viciado quanto à manifestação de vontade.

Para anular esses atos praticados no processo, cabe a ação anulatória do artigo 486 do Código de Processo Civil, que, como explana **Barbosa Moreira**, é voltada contra o conteúdo (ato homologado), sem precisar desfazer o continente (sentença de homologação)⁴⁷⁸.

A ação anulatória só pode ser utilizada no curso do processo, antes do trânsito em julgado da sentença homologatória. Mas, se o mesmo ato foi homologado por sentença e esta transitar em julgado, a partir daí caberá ação rescisória, o que fica claro pela leitura dos artigos 485, inciso VIII e 352, ambos do Código de Processo Civil⁴⁷⁹.

6.3.4. Nulidades processuais e a exigência constitucional da motivação – Precedentes dos Tribunais Superiores

Examinando alguns julgados dos nossos Tribunais Superiores, pode-se obter o entendimento daquelas Cortes a respeito das nulidades processuais e da exigência constitucional da motivação.

A fundamentação sucinta não afronta o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República (Primeira Turma, STF, AgReg em AI 625.230-6, j. 29.4.2008, Rel. Min. Cármen Lúcia), pois, conforme já assentado, “o que a Constituição exige, no inc. IX, do art. 93, é

⁴⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 158. Na verdade, “saber quando são anuláveis os atos independentes de sentença ou passíveis de homologação não é problema de direito processual, mas de direito material. O dado essencial é a natureza do ato impugnado: o que cumpre averiguar é se, em relação a este, há que cogitar-se de anulabilidade por alguma causa prevista em regra de direito material (v.g., vício de consentimento)”. (p. 161).

⁴⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 161. Chama atenção o processualista para a *diminuta* utilidade da ação anulatória nessas hipóteses, pois normalmente será pequeno o espaço de tempo entre a prática de atos como a renúncia à pretensão, ou o reconhecimento do pedido ou a transação, e o trânsito em julgado da sentença que os homologue, mas esse seria o único entendimento que possibilitaria a convivência do trânsito em julgado e o cabimento da ação rescisória com base no inciso VIII, do artigo 485 e a ação anulatória do artigo 486, sem que haja uma *superabundância* de meios de impugnação (op. cit., p. 161). Explica o autor que “o art. 485 disciplina o cabimento da ação rescisória de sentença, não o cabimento da ação anulatória de ato que, em si, não é sentencial, embora possa ser ‘sentencializado’ pela homologação. (...) o objeto da ação anulatória de que agora se está cuidando não é sentença alguma, e sim ato de parte, se bem que eventualmente homologado por sentença” (op. cit., p. 162).

que o juiz ou o tribunal dê as razões de seu convencimento, não se exigindo que a decisão seja amplamente fundamentada, extensamente fundamentada, dado que a decisão com motivação sucinta é decisão motivada. Precedentes: RE 77.792-MG, Alckmin, 1ª. T., RTJ 73/220; Ag 218.658 (AgRg)-RS, Velloso, 2ª. T., “DJ” de 13.11.98; RE 140.370-MT, Pertence, 1ª. T., “DJ” de 21.05.93) (...) ” (AI 387.318- AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6.9.2002).

O sentido do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal dado pelo STF pode ser resumido pela exposição feita pelo voto dado pelo Min. Sepúlveda Pertence: “O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional”(Cf. Primeira Turma, RE 140.370/MT, j. 20.4.1993, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 150/269; AI-AgR 483.236/RJ, j. 26.9.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 20.10.2006).

O instituto das nulidades processuais não é regulado pela Constituição Federal, mas por leis ordinárias (Cf. STF, Primeira Turma, AI-AgR 239.238/SP, j. 8.8.2000, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 24.11.2000; AI-AgR 185.669/RJ, j. 17.9.1996, Rel. Mi. Sydney Sanches, DJ 29.11.1996), que também concretizam e desenvolvem o princípio da motivação (C.F., art. 93, IX). O art. 93, inciso IX, da Constituição Federal limita-se a fixar um princípio, que o legislador desenvolveu. Por isso, a questão normalmente se resolve no âmbito do recurso especial.

Por força dos dispositivos legais infraconstitucionais — especialmente dos arts. 249, § 1º, e 250, parágrafo único, do CPC — não há nulidade sem prejuízo (princípio *pas de nullité sans grief*; Cf., p. ex., STJ, 1ª T., REsp 622.935/SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006; REsp 591.965/RS, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 10.04.2006; 2ª T., REsp 797.805/SP, Min. Eliana Calmon, DJ 04.09.2006; REsp 709.296/SP, Min. Castro Meira, DJ 28.06.2006; 4ª T., REsp 216.719/CE, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 19.12.2003).

Por isso, normalmente questões em que a nulidade processual é alegada têm caráter infraconstitucional (Cf., p. ex., STF, Segunda Turma, AI-AgR 563.820/SE, j. 28.3.2006, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 5.5.2006) e “podem configurar, quando muito, situações de

ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição” (Cf. STF, Primeira Turma, RE-AgR 378.262/RN, j. 30.11.2004, Rel. Min. Eros Grau, DJ 22.4.2005; STF, Segunda Turma, AgReg em RExtr 555.696-4/RS, Rel. Min. Eros Grau, j. 19.8.2008; no mesmo sentido: Segunda Turma, AI-AgR 616.528/DF, j. 18.12.2006, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 16.2.2007).

Também segundo a legislação ordinária e precedentes dos Tribunais Superiores, o Tribunal “não está obrigado a responder a questionários formulados pelas partes” (STJ, 1ª Seção, EDAR 770/DF, Min. José Delgado, DJ de 02/08/2004). E o que importa não é o exame de cada um dos argumentos do recorrente, mas a existência de fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta no recurso (STJ, 1ª Seção, EDecl no MS 9213/DF, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; REsp 172.329/SP, Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 09.12.2003; 3ª Seção, EDcl no AgReg no EResp 254949/SP, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; 1ª T., REsp 622.935/SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJ 14.12.2006; AGA 512.437/RJ, Min José Delgado, DJ de 15.12.2003; 2ª T., AGA 476.561/RJ, Min. João Otávio de Noronha, DJ de 17.11.2003).

Quanto aos casos de confirmação da sentença com a simples remissão ao que nela se contém, essa técnica não é, em si mesma, considerada incompatível com o art. 93, IX, da Constituição Federal ou com a exigência de fundamentação. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em acórdão cuja ementa consigna: “Decisão judicial: motivação (CF, art. 93, IX): não viola a exigência constitucional a fundamentação que, na conformidade da lei, remete-se à da decisão recorrida. 2. Recurso extraordinário: descabimento: alegações improcedentes de negativa de prestação jurisdicional e de inexistência de motivação da decisão recorrida” (Cf. Primeira Turma, AI-AgR 608.244/RJ, j. 13.12.2006, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 16.2.2007).

Esta, aliás, é uma antiga orientação do STF (Cf., p. ex., STF, Segunda Turma, HC 61.883/RJ, j. 1.6.1984, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ 22.6.1984, p. 10130; HC 60.366/PB, j. 5.11.1982, Rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 106/109), que também se aplica quando o acórdão adote, como própria, a manifestação do Ministério Público (Cf. STF, Primeira Turma, HC 94.164-8/RS, j. 17.6.2008, Rel. Min. Menezes Direito; STF, Segunda Turma, RE n. 360.037/SC, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 14.9.2007; STF, Primeira Turma, HC 74.942/MS, j. 25.2.1997, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 22.8.1997).

Para apurar possível ofensa ao dever de motivação, deverá haver uma análise caso a caso. Ocorre essa ofensa quando, p. ex., a apelação analisa e tenta desqualificar os fatos em que a sentença se fundou e argui a sua nulidade e o acórdão, para confirmá-la, limita-se à mera remissão à decisão apelada (Cf. STF, Primeira Turma, HC 75.213/RJ, j. 17.6.1997, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.8.1997). Nessa hipótese, o Tribunal terá deixado de responder aos fundamentos do recurso, que não coincidem com os analisados pela sentença confirmada e que por isso exigem mais do que uma mera remissão à sentença.

6.3.5. Vício da motivação e ação rescisória

Há um ensinamento antigo de **Lopes da Costa** de que o preceito da motivação é de ordem pública, porque põe a administração da justiça a salvo dos dois piores vícios que podem manchá-la: *o arbítrio e a parcialidade*⁴⁸⁰.

Como já ficou assentado em antigo julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, “*dar as razões de decidir é a vocação democrática da jurisdição*”⁴⁸¹.

É por meio da motivação que, conforme explana **Barbosa Moreira**, pode-se averiguar em que medida o juiz levou em conta ou não o material apresentado pelos litigantes: “trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado”⁴⁸².

⁴⁸⁰ A citação consta em acórdão relatado pelo então Desembargador César Peluso, publicado na RT 654, p. 86-87, cuja ementa transcrevemos parcialmente: “O princípio da essencialidade da motivação (art. 165, segunda parte, do CPC), sublimado, hoje, à dignidade constitucional (art. 93, IX, da CF), sempre foi de ordem pública. (...) Não pode, pois, suprir tão relevantíssima garantia política a circunstância eventual de o ato decisório carente de razão corresponder a pedido fundamentado, porque, supondo-se não haja parte formal contrária, titular do inegável direito de ver consideradas suas razões manifestas ou suas objeções virtuais, não satisfaz ao interesse geral dos cidadãos na prova de respeito à ordem jurídica, uma correspondência que a ninguém permite exercer, dentro e fora do processo, adequado controle da racionalidade, legalidade e justiça da decisão. Tem o Judiciário de, por razões claras e inequívocas, demonstrar que é o guardião do ordenamento. De modo que é nula a decisão que, em processo cautelar, defere sem fundamentação alguma pedido fundamentado de sustação de cancelamento de registros oriundos de indisponibilidade de bens de ex-administradores de instituição financeira”.

⁴⁸¹ Acórdão citado no acórdão referido na nota anterior, relatado pelo então Desembargador César Peluso, que também faz remissão ao HC 79.963-1 e HC 84.619-1 e à Ap. 169.958-0, in RT 587/155-156, todos da sua relatoria.

⁴⁸² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito, cit. p. 88.

Ao decidir, deve o juiz “abordar os fatores conducentes à sua convicção, de molde a justificá-la perante as partes, perante o Tribunal e perante a comunidade”, daí decorrendo a idéia de que “o princípio do *livre convencimento motivado* está intimamente ligado ao da *publicidade*”⁴⁸³.

A sentença não motivada é nula. E é a própria Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, que prevê a sanção de nulidade para o descumprimento do dever de motivar as decisões judiciais.

Para **Teresa Arruda Alvim Wambier**, pode haver casos de: (i) ausência de fundamentação, de (ii) deficiência de motivação e de (iii) ausência de correlação entre fundamentação e dispositivo. Mas todas essas hipóteses, como já referido, podem ser reduzidas à *ausência de fundamentação* e geram a nulidade da sentença, até porque fundamentação deficiente não é motivação⁴⁸⁴.

Assim, conclui a ilustre processualista que, “fundamentação inadequada é o mesmo que fundamentação inexistente, infringindo-se, nesse caso, o art. 93, IX, da CF”, o que também não se confunde com fundamentação concisa, que, por sua vez, não equivale à ausência de fundamentação ou com fundamentação deficiente⁴⁸⁵.

A sentença nula por vício de motivação poderá ser anulada por meio de recurso provido em segundo grau de jurisdição ou pela procedência de pedido formulado por meio de ação rescisória (STJ, 3ª T. Resp 265.351/SP, rel. **Min. Menezes Direito**, j. 23.11.2000, DJ 05.02.2001, p. 108).

O cabimento da ação rescisória nesses casos, com fundamento em violação de literal disposição de lei⁴⁸⁶, é defendido por vários autores, dentre eles por **Teresa Arruda Alvim Wambier**⁴⁸⁷, **Rogério Bellentani Zavarize**⁴⁸⁸, **Maria Thereza Gonçalves Pero**⁴⁸⁹

⁴⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 302-303.

⁴⁸⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 322-323.

⁴⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 323.

⁴⁸⁶ O artigo 458 do CPC prevê como requisito essencial da sentença, “II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Observa Barbosa Moreira que, no caso de ação rescisória com fundamento no inciso V do artigo 485, “é irrelevante que se viole o direito material ou o direito processual” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 131), o que corrobora o entendimento acerca do cabimento de demanda rescisória quando for nula a sentença, por vício de motivação.

⁴⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 324.

⁴⁸⁸ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*, cit., p. 162. O autor faz menção ao entendimento de Cândido Dinamarco de que, no artigo 485, inciso V, do CPC enquadram-se casos de defeitos sentençiais decorrentes da desobediência a normas processuais, onde, segundo o autor, se enquadraria facilmente a hipótese de ausência de fundamentação (op. cit., p. 161).

⁴⁸⁹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. op. cit., p. 129.

e Sérgio Nojiri⁴⁹⁰.

Há entendimento divergente na doutrina, no sentido de que a sentença sem motivação seria inexistente⁴⁹¹. A posição predominante, todavia, é a de que a falta da motivação gera a *nulidade* do julgado e não a sua *inexistência*, o que se mostra mais sustentável.

Fredie Didier Júnior dá a seguinte explicação, para concluir que o vício de falta de motivação torna a decisão nula, e não inexistente: segundo ele, para que um fato se subsuma à previsão normativa devem estar presentes os chamados *elementos nucleares do suporte fático*, sendo certo que a falta de um elemento nuclear “impede que se considere como jurídico um determinado fato”⁴⁹².

Afirma que, no ato decisão judicial, os elementos nucleares que compõem o seu *suporte fático* são: ter sido a decisão proferida por quem esteja investido da função jurisdicional e a decisão, a norma concreta, ser sobre o objeto litigioso. A motivação seria então o “elemento que legitima a decisão, deixando-a conforme a Constituição”⁴⁹³.

Conclui o processualista baiano que uma decisão sem fundamentação pode ser qualificada de ilegítima, absurda, autoritária, mas não deixará de ser uma decisão, pois, se é possível “atribuir a um substantivo alguns adjetivos, é porque algo existe para poder ser qualificado”. E, justamente porque a decisão existe é que ela pode ser anulada pelo Tribunal para que outra seja proferida, pois não se anula o que não existe⁴⁹⁴.

Trata-se de vício de considerável gravidade, ensejando o seu reconhecimento de ofício ou a invalidação do julgado mediante o ajuizamento de rescisória.

Taruffo defende que a falta de motivação implicaria inexistência da decisão; já a motivação insuficiente seria caso de nulidade. Como a motivação tem um papel extraprocessual, de submeter o exercício do poder ao controle da sociedade, a sentença sem

⁴⁹⁰NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, cit., p. 128.

⁴⁹¹A respeito, SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2008. p. 227 e ss.; também é o entendimento de Taruffo, referido por Teresa Arruda Alvim Wambier Wambier, in *Nulidades do processo e da sentença*, cit., p. 324.

⁴⁹²DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. In: CARVALHO Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 268-269.

⁴⁹³DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial, cit., p. 269.

⁴⁹⁴DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial, cit., p. 269. Vale reproduzir um trecho de Pontes de Miranda, transcrito pelo processualista baiano, de que, “defeito não é falta. O que falta não foi feito. O que foi feito, mas tem defeito, existe. O que não foi feito não existe, e, pois, não pode ter defeito”.

motivação não teria, segundo ele, um conteúdo mínimo indispensável para que se reconheça um exercício legítimo da função jurisdicional. Entende, por isso, que a decisão imotivada deve ser objeto da *actio nullitatis* autônoma ⁴⁹⁵.

Diferentemente da sentença nula, a sentença inexistente, na lição de **Liebman**, não possui traços mínimos essenciais, citando como exemplos sentença proferida por quem não é juiz, que não está escrita ou não está assinada. Embora a jurisprudência admita ação rescisória em tais casos, tais sentenças não precisam ser rescindidas, pois qualquer juiz pode reconhecer o vício existente.

Em conclusão, tem-se que, *antes* do trânsito em julgado, a sentença imotivada pode ser objeto de embargos de declaração ou a nulidade pode ser alegada em recurso de apelação, além de ser cabível, de ofício, o reconhecimento dessa nulidade.

Após o trânsito em julgado, a nulidade por vício de motivação pode ser alegada por meio de ação rescisória, com fundamento no inciso V, do artigo 485 do Código de Processo Civil (violação de literal dispositivo de lei).

O termo *lei* aqui deve ser entendido em sentido amplo, compreendendo desde a Constituição Federal, até as demais espécies normativas existentes.

A Constituição Federal prevê expressamente a obrigatoriedade da fundamentação das decisões em seu artigo 93, inciso IX. E o Código de Processo Civil também prevê a fundamentação das sentenças como um dos seus *requisitos essenciais* (artigo 458, inciso II).

Ambos dispositivos autorizam a propositura de ação rescisória para o reconhecimento da nulidade. Todavia, decorrido o prazo para o ajuizamento da demanda rescisória, a matéria não poderá mais ser apreciada.

⁴⁹⁵Cf. referência de DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial, cit., p. 267. A matéria vem tratada por Michele Taruffo às fls. 463-470 do seu livro *La motivazione della sentenza*, cit., “(...) in quanto si ritenga che la motivazione sia, nell’attuale ordinamento in virtù del principio costituzionale fissato nel primo comma dell’art. 111, un connotato strutturale necessario dei provvedimenti in cui si esercita la giurisdizione, si impone la conseguenza che la sentenza mancante di motivazione non integri il ‘contenuto minimo’ indispensabile perchè si riconosca in essa l’esercizio legittimo del potere giurisdizionale”.

6.4. A deficiência da motivação como fator de atraso da prestação jurisdicional

Uma decisão mal fundamentada é sempre fator de atraso no oferecimento da prestação jurisdicional, pois torna a decisão muitas vezes incompreensível e consequentemente inaceitável pela parte desfavorecida.

Muito embora a irresignação da parte com uma decisão que lhe é desfavorável seja sempre previsível, é certo que a falta de fundamentação ou a sua deficiência acaba por agravar esse inconformismo, aumentando a quantidade de recursos apresentados, que já superlotam o Judiciário e aguardam em longas filas a sua apreciação pelos julgadores de segundo grau de jurisdição.

A falta de exame dos fundamentos relevantes trazidos pelas partes, ainda que para rejeitá-los, contribui para um maior número de recursos, além de violar a garantia da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa.

Não há dúvidas, portanto, de que a possibilidade de amplo debate entre as partes e a prolação de decisões bem construídas acarreta uma diminuição na utilização dos recursos.

Essa a idéia que decorre da aplicação da chamada *comparticipação* entre juiz e partes (e respectivos advogados), referida por **Humberto Theodoro Júnior**, de origem tedesca e que, “levada a sério, conduziu à idealização de uma nova forma de implementação da cognição ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos”⁴⁹⁶.

Para **Teresa Arruda Alvim Wambier**, “a garantia da *inafastabilidade do controle jurisdicional* ficaria seriamente comprometida se o autor tivesse o direito de submeter sua pretensão (=afirmação de direito) ao Judiciário, e uma série de razões em decorrência das quais afirma ter este direito, e a este direito não correspondesse o dever do Judiciário no

⁴⁹⁶Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual, p. 109. “Ao contrário da forma como vêm sendo interpretada por boa parte da doutrina brasileira, a garantia constitucional do contraditório não constitui um obstáculo para obtenção de maior celeridade (e/ou menores custos); pois que um processo sem seu exercício, em que não houve colocação clara (e debates acerca) dos pontos controversos é fonte geradora de um sem número de recursos (a começar de embargos de declaração, por vezes sucessivos e inúteis), o que, certamente não auxilia na obtenção de uma *razoável duração do processo*” (op. cit., p. 116-117).

sentido de examinar todas elas. Por outro lado, também a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas. De pouco ou nada valeria *garantir à parte o direito de defesa*, se se consentisse ao juiz o poder de não considerar as alegações das partes”⁴⁹⁷.

Daí porque a boa fundamentação trazida pelo juiz no ato de julgar constitui inegável fator de melhora e de aceleração no oferecimento da prestação da tutela jurisdicional, enquadrando-se essa obrigatória eficiência da fundamentação na garantia constitucional da justa motivação das decisões judiciais.

Uma motivação bem articulada, que exponha formalmente as razões pelas quais o juiz decidiu daquela forma e que, mediante esforço argumentativo, busque convencer do acerto daquela decisão, atende ainda aos postulados da publicidade e da transparência⁴⁹⁸, possibilitando às partes, ao conhecer os fundamentos invocados pelo julgador, aceitar a decisão ou questioná-la pela via recursal, além de permitir um efetivo controle da decisão por parte da própria sociedade, destinatária dos atos judiciais e a quem incumbe fiscalizá-los.

6.4.1. Os despachos e decisões incompreensíveis proferidos em primeiro grau

O invencível volume de processos submetidos à apreciação diária do juiz de primeiro grau de jurisdição quase que impossibilitam um exame detido de todos os fundamentos e pedidos apresentados pelas partes⁴⁹⁹.

⁴⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, cit., p. 63.

⁴⁹⁸ Embora a fundamentação não se confunda com a publicação das decisões, que acontecem em momentos distintos, observa Jasson Hibner Amaral que “a publicação é ato complementar indispensável à garantia do cumprimento das funções do dever de fundamentação – notadamente o de dar transparência à decisão e o de possibilitar o seu controle, além do fato de que a publicidade, por si só, opera no sentido de exigir do órgão julgador um maior esforço justificativo” (AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 10).

⁴⁹⁹ Com o tema *Inefetividade processual*, o Ministro Sidney Benetti, em palestra recentemente proferida no último dia do Congresso Franco-Brasileiro de Estudos Jurídicos, realizado na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Esmaf), ressaltou a má-qualidade *também dos julgamentos colegiados*, onde não há mais debate e os pedidos de “vista” para exame mais detalhado são tidos como perda de tempo. Afirmou o Ministro Benetti que “todos que atuam na área de Direito sofrem da angústia de não atingir os objetivos desejados pela população: ‘Nós integramos uma legião de pessoas que padecem desta inefetividade e, com dor no coração, vemos o problema se perpetuar’”. Ressaltou o Ministro que, em outros países a conciliação é estimulada, com honorários de advogado mais altos se houver transação e devolução das custas. Observou

É importante que se registre, desde logo, o esforço hercúleo dos julgadores de primeiro e de segundo grau para vencer uma carga de trabalho, que se mostra humanamente invencível ⁵⁰⁰.

Ao enorme volume de trabalho a cargo dos magistrados, há de ser acrescentada a incessante busca pela celeridade cobrada pelas partes, que atua como fator limitador da possibilidade de decisões mais especificadas, quiçá melhor motivadas.

Decisões como “Indefiro a liminar por falta de pressupostos legais”, para **Barbosa Moreira**, são comuns, mas equivocadas, pois, “dizer isso ou nada dizer é praticamente a mesma coisa”, pela falta de justificativa da afirmação de que os pressupostos legais não estariam presentes, e, conseqüentemente, da indispensável motivação ⁵⁰¹.

Como decorrência dessa sobrecarga de trabalho, determinações incompreensíveis de juízes de primeiro grau terminam por retardar a prestação jurisdicional, gerando recursos que reclamam a anulação da decisão recorrida.

Apenas para ilustrar, em recente julgamento da Colenda 10ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo anulou-se, de ofício, determinação da julgadora de primeiro grau, a fim de que, em sua motivação, a decisão contivesse expressamente as razões pelas quais a petição inicial deveria ser aditada.

O acórdão ficou assim ementado:

também que a redação das leis hoje propicia uma maior demora na prestação jurisdicional, por admitir diferentes interpretações subjetivas: “O que é clamor público? Manutenção da ordem pública? Isso permite tantas variáveis. Na Alemanha, a prisão preventiva está baseada em premissas simples como perigo de fuga e de o acusado atrapalhar o andamento processual. E a prisão pode ser decretada por seis meses, com direito à renovação por mais seis meses e assim por diante” (BENETI, Sidnei Agostinho. *Inefetividade processual*. Palestra realizada no Congresso Franco-Brasileiro de Estudos Jurídicos, realizado na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Esmaf). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2009).

⁵⁰⁰ Segundo o site Consultor Jurídico, de 4.6.2009, com base em dados extraídos do balanço feito pelo Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números” de 2008, “Entre 2004 e 2008, a taxa de congestionamento na segunda instância caiu de 52,8% para 42,5%, enquanto a carga de trabalho de cada desembargador subiu de 1,4 mil processos para 2 mil. Ou seja, no ano passado, cada desembargador julgou 600 processos a mais do que julgava antes. (...) Foram 1,8 milhão de decisões, contra 1,5 milhão em 2007, uma eficiência 13,7% maior. Isso significa dizer que, em média, cada desembargador relatou 1,2 mil decisões. Ainda assim, não conseguiu reduzir seu estoque. Pelo contrário. Cada um terminou o ano com, em média, 870 processos a mais. (...) A situação na primeira instância é ainda mais alarmante. Em 2008, foram 12,2 milhões de casos novos contra os 11,5 milhões que chegaram em 2007 — um crescimento de 6,3%. Os processos parados no primeiro grau em 2007 somavam 32,1 milhões. Mesmo com todo o esforço dos julgadores em 2008, a quantidade subiu para 33,1 milhões, ou 3,1% a mais”.

⁵⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, cit., p. 121.

“DECISÃO INTERLOCUTÓRIA – Decisão que invoca manifestação do Ministério Público para determinar a emenda da petição inicial, quando, na verdade, a manifestação da Promotora de Justiça continha requerimento para que a inicial fosse indeferida por falta de interesse de agir – Decisão incompreensível quanto àquilo que está sendo determinado pela Juíza singular – Decisão que deve ser anulada de ofício, a fim de que outra possa ser proferida, com adequada motivação, de modo a deixar claro para que fins está sendo determinada a emenda da petição inicial – Recurso conhecido para anular de ofício a respeitável decisão agravada”⁵⁰².

A decisão atacada era, de fato, incompreensível: em demanda com pedido de anulação de casamento, determinou a Juíza singular a emenda da petição inicial, nos termos de anterior manifestação da Promotora de Justiça; todavia, a Promotora oficiante requerera o indeferimento da inicial, por falta de interesse de agir, modalidade adequação, por entender que a causa de pedir não constituiria erro essencial quanto à pessoa, mas apenas causa de separação.

Assim, embora a decisão recorrida determinasse que a petição inicial fosse aditada nos termos da cota da representante do Ministério Público, a Promotora de Justiça não requerera o aditamento da inicial, mas sim o seu indeferimento, por falta de uma das condições da ação.

A compreensão da respeitável decisão agravada ficara seriamente comprometida, tanto assim que o Procurador de Justiça que oficiou em segundo grau afirmou em seu parecer que estaria correta a determinação da Juíza de “emenda à inicial para se verificar da viabilidade do pleito anulatório”, quando esse *já era* o pedido do autor agravante (pedido anulatório, por ter sido o autor enganado antes do casamento, tendo a mulher afirmado estar grávida de um filho seu, quando o filho era de outro) e eventual aditamento só poderia ser feito para formular pedido de separação.

O autor, que nas razões de recurso também mostrava claramente não ter entendido a determinação de primeiro grau, reiterava seu intento de formular pedido de anulação de casamento, trazendo em seu favor dois precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo que em casos análogos haviam considerado que teria havido erro essencial quanto à pessoa.

⁵⁰² Agravo de Instrumento no. 590.638-4/5-00, Comarca de Guarulhos, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva, voto 3298, v.u.

Tem-se, portanto, que, não sendo exigível que a parte descubra aquilo que o juiz queria dizer e não disse, deve a determinação ou a intenção do julgador estar sempre claramente expressa na decisão ou despacho proferidos, sob pena de agravar ainda mais a demora no oferecimento da prestação da tutela jurisdicional buscada pela parte.

6.4.2. A sentença e a necessidade de especificação sobre a recusa de alguns ou de todos os argumentos das partes

Se ao juiz é assegurada a liberdade de julgar, surge, em contrapartida, a indeclinável necessidade de motivar a decisão, o que constitui “fator de legitimação da decisão jurisdicional como ato do Estado e exerce papel fundamental na missão pacificadora atribuída ao Poder Judiciário”⁵⁰³.

Isso não quer dizer que todos os detalhes da decisão devam ser objeto de *argumentações analíticas*, como bem esclarece **Taruffo**, mas sim, que todos os *aspectos fundamentais* sejam justificados. Assim, “o acerto dos fatos deve ser justificado com referências específicas aos elementos de prova e às razões pelas quais o juiz os avaliou, obtendo conseqüências positivas ou negativas, de acordo com os fatos da causa, e que a escolha, a interpretação e aplicação da regra do direito empregada para decidir deve ser, por sua vez, fundamentada em argumentações, justificativas idôneas”⁵⁰⁴.

É comum a referência em acórdãos de que o juiz não estaria obrigado a responder a todas as alegações das partes quando já tivesse encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem se obrigaria a se ater aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um a todos os seus argumentos⁵⁰⁵.

⁵⁰³ZAGARI, Daniella. Suficiência da resposta judicial: verdade e mito. p. 2. *Conjur*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

⁵⁰⁴TARUFFO, Michele. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito, cit., p. 455.

⁵⁰⁵Um dos julgados mais citados é o acórdão relatado pelo Des. Marco César, do Tribunal de Justiça de São Paulo, com menção a outros precedentes no mesmo sentido, onde consta: “Tem proclamado a jurisprudência que o Juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos (‘RJTJESP, ed. LEX, vols. 104/340; 111/414). O que importa, e isso foi feito no venerando acórdão, é que se considere a causa posta, fundamentadamente, em moldes de demonstrar as razões pelas quais se concluiu o **decisum**, ainda que estas não venham sob o contorno do exame da prova e diante dos textos jurídicos que às partes se afigure adequado” (Emb. de Decl. n 97.167-1 – RJTJESP 115/ 207-208).

A doutrina trava amplo debate a esse respeito.

Há aqueles que defendem que todos os argumentos trazidos pelas partes devem ser apreciados pelo juiz. Entendimento contrário, afirmam, implicaria negar “todo o esforço construtivo até aqui empreendido, abrindo-se amplo espaço à arbitrariedade e negando-se, em última análise, o próprio dever de fundamentação, pois dizer que cabe ao magistrado escolher quais fundamentos vai e quais não vai responder, equivale a dizer que ele não tem a obrigação de justificar que a decisão prolatada seja aceitável, podendo escolher, dentre as possíveis, a que melhor lhe convier (restando, portanto, eximido do dever de justificação material, na medida em que, mesmo que haja uma possibilidade de interpretação mais suportável pelo ordenamento jurídico que a decisão prolatada, o julgador não estará obrigado a contraditá-la)”⁵⁰⁶.

Para outros, como **Olavo de Oliveira Neto**⁵⁰⁷, não há como exigir que o julgador examine *todos* os argumentos formulados pelas partes, o que não seria *razoável*: “Realmente, não é razoável entender que o juiz está obrigado a fundamentar sua decisão acerca de questões ou fatos impertinentes à solução da causa, quando têm o poder de indeferir a realização de *diligências inúteis* ou *meramente protelatórias*, nos termos do art. 130, do Código de Processo Civil. Seria contra razões de ordem lógica e contra o princípio da economia processual exigir que o juiz fundamentasse todo e qualquer aspecto no processo, na medida em que perderia tempo precioso a fundamentar o irrelevante, em detrimento de outras atividades importantes”⁵⁰⁸.

A ausência de apreciação pelo juiz de todos os fatos e fundamentos que justificam o pedido formulado implica uma resposta insuficiente do Poder Judiciário, não sendo dado ao juiz deixar de examinar todas as causas de pedir trazidas pelas partes, elegendo algumas que serão desconsideradas e aquelas que serão objeto de expressa apreciação por parte dele.

Apenas em uma situação estaria o magistrado dispensado de apreciar todas as causas de pedir apresentadas: quando já tiver encontrado fundamento suficiente para acolher o pedido, mas nunca para julgá-lo improcedente, pois, “uma causa de pedir não apreciada equivale a uma ação não julgada. Não se confundem argumentos com causa de pedir. O juiz não está mesmo obrigado a responder a todos os argumentos da parte, desde

⁵⁰⁶ AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 11-12.

⁵⁰⁷ Que traz em abono ao seu entendimento lição de Cândido Rangel Dinamarco e de João Batista Lopes.

⁵⁰⁸ OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, cit., p. 206-207.

que digam respeito a uma mesma causa de pedir, já apreciada. Tecnicamente, os argumentos são os fatos não-essenciais, acessórios à causa de pedir”⁵⁰⁹.

Cabe aqui distinguir *argumentos* de *fundamentos*: “os fundamentos constituem os pontos levantados pelas partes dos quais decorrem, por si só, a procedência ou a improcedência do pedido formulado. Os argumentos, de seu turno, são simples reforços que as partes realizam em torno dos fundamentos”⁵¹⁰.

As *questões de fato e de direito*, matéria controvertida pelas partes, são os *fundamentos* referidos pelo inciso II, do artigo 458 do Código de Processo Civil⁵¹¹.

Com relação aos fundamentos, o juiz está obrigado a analisar todos aqueles trazidos pelas partes, sob pena dessa omissão autorizar o oferecimento de embargos de declaração (CPC, art. 535, II) e acarretar a própria invalidade da decisão judicial⁵¹².

De fato, nos termos do artigo 458, inciso II, do CPC⁵¹³, cabe ao juiz pronunciar-se sobre *as questões de fato e de direito* “relevantes para o julgamento, sem que lhe seja lícito discriminar, manifestando-se a respeito de alguma (s) e silenciando acerca de outra (s). Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de *todos* os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes e irrelevantes que sejam, mas, salvo quando totalmente óbvia, há de declarar a razão pela qual assim os considerou”⁵¹⁴.

Nessa ordem de idéias, tem-se que a fundamentação deve refletir o exame de todos os fundamentos trazidos pelas partes em seus arrazoados, dispensando-se o julgador de examinar argumentos que não sejam relevantes para o julgamento. Caso contrário, como

⁵⁰⁹ZAGARI, Daniella. Suficiência da resposta judicial: verdade e mito, cit., p. 2.

⁵¹⁰MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 421.

⁵¹¹Cf. BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 458. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.445.

⁵¹²A ausência de enfrentamento dos fundamentos argüidos pelas partes em suas manifestações processuais acarreta a própria invalidade da decisão judicial (art. 93, IX, CRFB) (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 421).

⁵¹³“Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I(...); II- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

⁵¹⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 549. Pondera Olavo de Oliveira Neto sobre a dificuldade de se saber, previamente, *quais* aspectos seriam essenciais e quais aqueles que não seriam essenciais para fins de fundamentação, o que, segundo ele, teria que ser examinado caso a caso (OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais, cit., p. 207).

conclui **Nelton dos Santos**, não seria possível verificar em que condições o julgador encontrou os fundamentos *suficientes* para julgamento da causa ⁵¹⁵.

A apreciação insuficiente dos fundamentos deduzidos pelas partes gera uma resposta deficiente, dada sem levar em consideração todas as razões trazidas pelas partes para influenciar a formação do convencimento do julgador, o que atenta, não só contra o princípio do livre convencimento motivado (CPC, art. 131), mas também contra o dever de motivação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX; CPC, art. 458, II), “na medida em que há a desconsideração de elemento relevante para a formação da convicção do juiz, sem que seja dada justificativa para tal”⁵¹⁶.

Já quanto aos argumentos, o juiz não está obrigado a responder a todos aqueles trazidos pelas partes, máxime quando os fundamentos da sentença, por si só, são incompatíveis com as alegações tidas pela parte como não apreciadas, o que é suficiente para considerá-las repelidas ⁵¹⁷.

⁵¹⁵SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. CPC Interpretado, p. 1446. É da relatoria do próprio Desembargador Federal Nelton dos Santos, acórdão em que se reconheceu a suficiência da motivação, sem que tenha havido expressa referência aos dispositivos legais invocados pela parte: “A motivação das decisões judiciais não precisa ser exaustiva, bastando que seja suficiente para justificar a conclusão a que se chegou. Não é, pois, necessário o exposto exame de cada um dos dispositivos legais invocados pela parte, mormente quando a motivação expendida pelo órgão julgador mostra-se de tal forma abrangente que torna inúteis outras considerações. (...) Restou, pois, revelada a *ratio decidendi*, justificadora da conclusão exarada no julgado. É o quanto basta para conferir-se validade ao ato decisório, pois a motivação precisa apenas ser suficiente, não precisando ser exaustiva. A par disso, destaque-se que o julgador não precisa pronunciar-se sobre cada um dos dispositivos legais ou constitucionais invocados no recurso, mormente quando a fundamentação lançada nos autos é de tal modo abrangente que contenha, absorva, prejudique ou torne inútil a expensão de outras considerações” (TRF da 3ª. Região, Processo 2000.061.00.034991-5, MAS 226290, j. 21.10.2003).

⁵¹⁶BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*, cit., p. 119. Para o autor, a deficiente apreciação de fundamentos trazidos pelas partes também constitui “uma desatenção para com os limites em que proposta a lide (CPC, art. 128). Nas hipóteses em que a deficiência na fundamentação do julgado for absoluta, fica prejudicada a própria aferição da imparcialidade do órgão julgador, na medida em que ausentes elementos objetivos a dar sustento à conclusão insere na parte dispositiva” (op. cit., p. 119-120).

⁵¹⁷Nesse sentido, decidiu a 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Não há a pretendida nulidade. Os fundamentos da sentença são incompatíveis com as alegações do apelante, fato suficiente para repeli-los, já que o juiz não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes” (10ª.Câmara de Direito Privado – TJSP – AP. n. 387.922.4/6-00, Santos, 2009, Rel. Des. Maurício Vidigal). Também já se tornou “entendimento assente de nossa jurisprudência que o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo, que por si só, achou suficiente para a composição do litígio” (STJ, AgReg em AI n. 169.073/SP, Rel. Min. José Delgado).

6.4.3. Os julgamentos em segundo grau e as regras do artigo 515, parágrafos 1º e 2º. do CPC

Os julgamentos proferidos em segundo grau de jurisdição obedecem às regras do artigo 515, parágrafos 1º e 2º do Código de Processo Civil⁵¹⁸, que disciplinam o chamado efeito devolutivo da apelação⁵¹⁹.

Por meio do recurso de apelação, a parte manifesta sua irrisignação com a sentença que lhe foi desfavorável (no plano material ou processual), buscando o seu reexame.

O efeito devolutivo decorre da aptidão do recurso de gerar uma nova manifestação do Poder Judiciário e pode ser desdobrado em duas dimensões: *horizontal* (extensão) e *vertical* (profundidade).

Na perspectiva *horizontal*, o efeito devolutivo é delimitado pela extensão da impugnação trazida pelo recorrente.

É o que dispõe o artigo 515, *caput*, do CPC, onde consta que a apelação devolverá para o tribunal o conhecimento da matéria que tenha sido efetivamente impugnada pela parte (*tantum devolutum quantum appellatum*). Logo, os julgadores de segundo grau somente poderão conhecer aquilo que o apelante houver impugnado nas razões de seu inconformismo. É esse pedido de nova decisão que “fixa os limites horizontais da devolutividade em qualquer recurso”⁵²⁰.

Já a profundidade do efeito devolutivo é bem mais ampla, pois, nos termos do que dispõem os parágrafos 1º e 2º do artigo 515, e resguardada a imutabilidade da causa de pedir, o tribunal, além das questões resolvidas na sentença apelada, poderá “julgar aquelas examináveis de ofício, a cujo respeito o órgão *a quo* não se manifestou, bem como as questões que deixaram de ser apreciadas, apesar de terem sido suscitadas e discutidas pelas partes, mas sempre dentro dos limites horizontais ditados pela impugnação. Trata-se da

⁵¹⁸“Art.515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. 1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. 2º. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais”.

⁵¹⁹O artigo 458, II, do CPC também se aplica aos acórdãos (STJ, 1ª. Turma, REsp 681.638/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 26.09.2006, DJ 09.10.2006, p. 262).

⁵²⁰FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 64, p. 88, out./dez. 2008.

dimensão *lógica* do recurso, na medida em que se relaciona ao material necessário para a formação do convencimento do órgão julgador”⁵²¹.

Assim, como decorrência do teor dos parágrafos 1º e 2º do artigo 515 do CPC, que impõem “a devolução de todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não expressas na sentença, e de todos os fundamentos deduzidos pelas partes com relação à pretensão inserta em capítulo de sentença objeto de apelação, a parte poderá ver levados em conta pelo tribunal os argumentos desconsiderados em primeira instância, ainda que em grau de recurso e mesmo sem se valer dos embargos”⁵²².

A simples reiteração pelo órgão colegiado da motivação invocada pelo julgador de primeiro grau em sua sentença, sem uma detida apreciação das questões trazidas pelo recorrente em suas razões recursais, viola o disposto nos parágrafos 1º. e 2º. do artigo 515 do CPC, afrontando o âmbito de devolução do recurso de apelação, bem como violando o artigo 165 do CPC e, em última análise, o próprio artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, por ausência de fundamentação, que impossibilita à parte o pleno conhecimento das razões pelas quais seu recurso não foi acolhido.

Se o Tribunal, ao julgar o recurso, nada acrescenta aos fundamentos invocados pelo juiz de primeiro grau de jurisdição, ficam sem resposta as críticas feitas à sentença na apelação. Isso porque, “a obrigatoriedade de fundamentação longe está de se esgotar no simples aplauso à decisão proferida. É de rigor que também se demonstre a inconsistência dos fundamentos alinhavados pela parte inconformada, importando, portanto, em uma resposta”⁵²³, a ser dada em segundo grau de jurisdição.

⁵²¹FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”, cit., p. 87.

⁵²²BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*, cit., p. 121.

⁵²³FORNACIARI JÚNIOR, Clito. Recurso: a imprescindibilidade da fundamentação. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, p. 94, jan./fev. 2007. Em crítica contundente a um acórdão de uma das Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, afirma o processualista que o julgado se limitara a confirmar a sentença e, por isso, entendera que seria desnecessário examinar o que fora discutido nos autos, uma vez que tal só seria necessário se a sentença fosse ser reformada. O autor do artigo conclui que o acórdão criticado viola o dever de motivação e o âmbito de devolução dos recursos (CPC, art. 515, par. 1º.): “As decisões da Justiça devem buscar persuadir, convencer, demonstrar a quem não se dá razão porque ele não tem razão. Não é a atividade jurisdicional exercida por árbitros que apitam ou batem o martelo, dizendo sim ou não, sem precisar explicar a razão de assim ter compreendido. Vem daí, de longa data, a exigência de motivação que se transformou também em nosso país, em regra constitucional. (...) O que consta do acórdão denota a falta de individualização do processo, o que o sistema não aprova, dado que o par. 1º. do art. 515 exige, antes do julgamento, a *apreciação* das questões trazidas no recurso, o que importa em *análise, crítica, avaliação, exame*, que não se vê no acórdão, tanto que, sem esse exercício lógico, ele proclama: ‘a respeitável sentença responde por si só às críticas que lhe foram endereçadas nas razões do recurso, não reservando espaço para qualquer acréscimo por parte deste colegiado. Foi proferida

Por força desses mesmos dispositivos legais, poderão ser apreciadas em segundo grau as questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício⁵²⁴, como decorrência do chamado *efeito translativo*, havendo discussão na doutrina acerca de quais seriam essas questões que seriam devolvidas ao tribunal: se todas as questões de ordem pública seriam devolvidas⁵²⁵, entendimento por nós adotado, ou se apenas aquelas que guardem relação com o capítulo impugnado da sentença⁵²⁶.

A ausência de exame pelo Tribunal de fundamento trazido pela parte, caso não haja a interposição de embargos de declaração, terá reflexos quanto à admissão de recursos junto aos Tribunais Superiores, que exigem prévio exame da matéria pela corte de origem. É o que se verá a seguir.

com tal superioridade que se antecipou à solução desta instância, bastando, assim, que seja adotada integralmente como razões de preservá-la na íntegra, remédio suficiente para dirimir o conflito instalado entre as partes'. (...) Longe está a decisão analisada de exeteriorizar um mínimo de fundamentação, até porque da leitura do acórdão não se chega sequer a entender de que questão se tratou no recurso. Há, no acórdão, afirmações e colocações vagas, imprecisas, que, na realidade, vestem qualquer litígio, servindo tanto para justificar a manutenção de um decreto de falência, como a prisão de um devedor de alimentos, mas, em razão da sua generalidade, não consegue servir bem a nenhum deles, pois destratam a particularidade que é um mínimo imposto quando se cogita de exigir fundamentação" (op. cit., p. 94-95).

⁵²⁴As questões de ordem pública são aquelas de conhecimento espontâneo, que não precluem, passíveis de apreciação em qualquer grau de jurisdição e que possuem uma nota de indisponibilidade.

⁵²⁵É o que conclui Eduardo de Albuquerque Parente, para quem, "pressupondo-se presentes os requisitos de admissibilidade para o julgamento de mérito acerca dos pedidos cujo recurso não se dirigiu, na medida em que as matérias em tela possuem a função pública de regular a atividade jurisdicional do Estado, tais pedidos, agasalhados em primeiro grau, devem sujeitar-se à nova apreciação colegiada, como, na verdade, o exercício obrigatório de uma função imposta pela lei diretamente ao juiz" (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meio de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 126). Segundo o autor, "os requisitos gerais para o julgamento do mérito são relacionados com o exercício da jurisdição, sendo as respectivas normas dirigidas para o juiz", que, dentro do plano vertical da cognição, teria o poder-dever de examiná-los de ofício, independentemente da vontade das partes, não havendo que se falar em *reformatio in pejus* nos casos em que o reconhecimento ocorre em recurso parcial, ou oferecido apenas pela parte vencedora, sobre pedidos não impugnados. Isso porque o fenômeno da vedação à *reformatio in pejus* refere-se ao plano horizontal do recurso e as matérias de ordem pública integram a profundidade do apelo (op. cit., p. 131 e 141).

⁵²⁶Esse o entendimento adotado por João Francisco Naves da Fonseca, que sustenta que a devolução só ocorre das questões, inclusive as de "ordem pública", que disserem respeito a capítulo impugnado: "Desse modo, o tribunal só poderá (deverá) reconhecer de ofício a ausência de pressuposto para o julgamento do mérito na medida dos capítulos decisórios atacados pelo recurso. Afinal, o ordenamento processual civil brasileiro não lhe permite avançar sobre os capítulos de mérito já transitados em julgado. Isso porque os seus capítulos condicionantes preliminares não lhe foram devolvidos" (FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e "questões de ordem pública", cit., p. 94).

6.4.4. Os embargos de declaração e o acesso aos Tribunais Superiores. A questão do prequestionamento

Os embargos de declaração vêm previstos como *recurso* no artigo 496, inciso IV, do CPC, muito embora, em algumas hipóteses, não se revistam dessa natureza⁵²⁷, e são cabíveis quando *houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal* (CPC, art. 535, I e II).

Como *instrumento de colaboração no processo*, objetiva um aperfeiçoamento das decisões judiciais, permitindo que a tutela jurisdicional prestada esteja clara e completa⁵²⁸. E muito embora haja certo exagero por parte dos advogados na interposição de embargos de declaração, muitas vezes oferecidos apenas como uma forma de ganhar tempo para a elaboração de recursos para os Tribunais Superiores, o certo é que “a pobreza e superficialidade da fundamentação das decisões, nos tempos mais recentes, estimulam essa prática condenável(...)”⁵²⁹.

Em hipóteses excepcionais, todavia, vem sendo admitida a interposição de embargos de declaração para fins de alteração do julgado, como nos casos de decisões teratológicas⁵³⁰, bem como para sanar *errores in procedendo* e até mesmo *errores in judicando*⁵³¹, devendo, nas hipóteses de terem os embargos de declaração possibilidade de

⁵²⁷Sobre a natureza variável dos embargos de declaração, ora como recurso, ora como mecanismo de integração, complementação, correção, retificação e elucidação, confira-se, por todos, BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*, cit., p. 55-73.

⁵²⁸MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 548.

⁵²⁹FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação, cit., p. 87. Explica o autor que se trata de um *círculo vicioso*: “julgam-se superficialmente os aclaratórios porque eles são por demais numerosos; eles se multiplicam porque também as decisões em geral oferecem muitos flancos aos embargos. E, na esteira, tanto advogados quanto juízes tendem cada vez mais a desvalorizar o remédio –, despreço que se estende às medidas sancionatórias autorizadas em lei e minimamente utilizadas” (op. cit., p. 87-88).

⁵³⁰STJ, 1ª. Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 314.971/ES, rel. Min. Luiz Fux, j. em 24.11.2004, DJ 31.05.2004, p. 219.

⁵³¹Em tais hipóteses, deve-se estar “diante de um erro evidente, de um manifesto equívoco nas proposições que dão sustento à decisão. (...) Não se deve exigir para a abertura desses espaços que inexistam outro recurso previsto para a correção do erro. Principalmente em Segunda Instância, erros evidentes devem ser corrigidos via embargos de declaração tendo em vista serem reduzidas as chances de sua correção nas instâncias extraordinárias (...)” (Cf. BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*, cit., p. 144-146). A esse respeito, confirmam-se os Embargos de Declaração n. 7.050.966-5/01, Comarca de Barretos, acolhidos por maioria de votos pela 24ª. Câmara de Direito Privado do TJSP: “RECURSO - Embargos de declaração - Alegação do apelante de que existiriam omissão e contradições no acórdão recorrido - Cabimento - Hipótese em que, em face do *error in procedendo* ocorrido, pronunciando-se o venerando acórdão sobre matéria não devolvida pela apelação, de rigor o acolhimento dos embargos para, atribuindo-lhes efeito modificativo, proceder à correção desse vício de atividade - Embargos acolhidos, com efeito

modificar o julgado, ser sempre respeitado o contraditório, dando-se ciência ao embargado do teor do recurso e a possibilidade de se manifestar a respeito dele e, dessa forma, de influenciar no resultado do julgamento final.

O dever de motivação tem estreita relação com os embargos de declaração: se o juiz não analisar as questões que lhe foram submetidas à apreciação, estará se omitindo; também se o pronunciamento judicial for obscuro ou se suas proposições forem contraditórias, a motivação estará igualmente comprometida e, em todas essas três hipóteses (omissão, contradição e obscuridade), caberão embargos de declaração para sanar esses vícios.

O aspecto que mais de perto aqui nos interessa é o das decisões omissas, sabendo-se que o dever de motivação implica prolação de decisões bem motivadas, de forma clara e completa, apreciando todas as questões de fato e de direito aptas a influenciar no julgamento.

Como já foi dito quando se examinou a inteireza da motivação e o disposto no artigo 515, parágrafos 1º. e 2º. do CPC, quanto aos pontos não-essenciais, irrelevantes ou de pouca relevância não se exige manifestação expressa do julgador, que deverá fazê-lo apenas quanto ao essencial, sob pena de omissão e consequente violação do devido processo legal⁵³².

Assim, “dispensam-se minúcias, mas exige-se que o essencial seja objeto de motivação”, o que deverá ser apreciado em cada caso⁵³³, não sendo viável a formulação de critérios de modo genérico e abstrato⁵³⁴.

modificativo”. (...) O venerando acórdão embargado, ora examinado, afastou a ocorrência de fraude à execução, o que não era possível, uma vez que a matéria não fora aventada nas razões recursais e, portanto, não fora devolvida. De fato, o inconformismo apresentado pelos agravantes nada fala a respeito dessa matéria. Houve, portanto, julgamento *extrapetita*, como afirmado pelos embargantes. (...) Logo, ao renovar a possibilidade de a penhora recair sobre aqueles lotes, houve, como afirma o embargante, uma *reformatio in pejus*. Assim, de rigor, em face do *error in procedendo* ocorrido, pronunciando-se o acórdão sobre pretensão não devolvida pela apelação, de rigor o acolhimento dos embargos para correção desse vício de atividade(...)” (Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva).

⁵³²DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., t. 2, p. 1.078. “No Estado-de-direito, em que o poder se autolimita e seu exercício só se considera legítimo quando fiel a regras procedimentais adequadas (Niklas Luhman, Elio Fazzalari), é natural que à liberdade de formar livremente seu convencimento no processo corresponda, para o juiz, o dever de motivar suas decisões. Daí a regra do livre convencimento motivado, que é inerente ao contexto de legalidade contido na cláusula *due process of law* (Const. Art. 5º., inc. LIV) e expresso na fórmula de equilíbrio fornecida pelo art.131 do Código de Processo Civil” (op. cit., p. 1.077).

⁵³³DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar, cit., p. 1.079.

⁵³⁴“Il parametro in base al quale deve essere valutata la completezza della motivazione è invece costituito dalle esigenze di giustificazione che sorgono a proposito della decisione, ed è quindi un parametro il cui significato varia sensibilmente nei singoli casi concreti, rendendo di conseguenza poco pertinenti eventuali criteri formulati in modo generale ed astrato” (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 450).

Segundo **Taruffo**, deve a motivação conter a interpretação das normas aplicadas, o reconhecimento dos fatos, a qualificação jurídica da *fattispecie* e a declaração das consequências jurídicas derivadas da decisão, e, “sotto questo profilo, è ‘completa’ la motivazione che fornisce una giustificazione adeguata in ordine ad ognuno di questi momenti, in cui si articola la decisione intesa in senso largo come soluzione dei punti controversi”⁵³⁵.

A motivação imposta pela Constituição é a fundamentação *suficiente*, ou seja, “aquela em que o magistrado consiga demonstrar as razões pelas quais à luz do que foi alegado e provado decidiu”⁵³⁶.

Ainda que constitua tarefa de extrema dificuldade distinguir-se a decisão motivada da não motivada, ou daquela apenas mal motivada, e estabelecer critérios de *tolerância suportáveis*, arrisca-se **Cândido Rangel Dinamarco** a apontar algumas indicações que considera úteis para auxiliar ao intérprete:

“a) a sentença não se considera não-motivada, ou insuficientemente motivada, só pela razão de os motivos expostos serem errôneos, inconvincentes ou pouco convincentes, ou não corresponderem à prova dos autos ou ao sentido da lei; b) *idem*, quando se omitir quanto a pontos de pequena relevância ou meros argumentos de reforço; c) *idem* ainda, quando os motivos explicitados forem suficientes, de modo que o exame dos pontos omitidos não altere a conclusão (*instrumentalidade das formas*: CPC, arts. 244 e 249, parágrafo 1º.); d) mas ela padece do vício de motivação, quando se omite quanto a ponto que, se fosse considerado, alteraria o julgamento da causa; e) quando omite o exame de preliminares que, se acolhidas, poderiam impedir o julgamento *de meritis*; f) especificamente, quando o acórdão deixa de examinar preliminares alusivas à própria admissibilidade do recurso; g) quando o acórdão simplesmente se reporta aos fundamentos da sentença, sem atenção aos fundamentos trazidos pelo recorrente em crítica a ela”⁵³⁷.

Essa a linha que vem sendo adotada por nossos Tribunais, sendo reiteradamente afirmado que “Não é demais lembrar que o julgador, desde que analise de maneira motivada a questão posta a julgamento, não está obrigado a apreciar todos os argumentos,

⁵³⁵TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 450-451.

⁵³⁶BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 135.

⁵³⁷DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar, cit., p. 1.080.

todos os raciocínios e todas as razões produzidas pelas partes” (Resp 919101/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 3.5.2007, publ. 14.5.2007)”.

A omissão na apreciação de fundamento relevante pode impedir o acesso da parte aos Tribunais Superiores, por falta de prévio exame da matéria junto ao Tribunal inferior, que não pode ser discutida originariamente nos recursos de estrito direito.

Daí o posicionamento trazido por **Teresa Arruda Alvim Wambier**, que defende a idéia de que os juízes de primeiro grau não estariam obrigados a examinar todos os fundamentos trazidos pelas partes, ao sentenciar, ao passo que os julgamentos em segundo grau de jurisdição, esses sim, teriam que ser *completos*, com o exame de todos os fundamentos apresentados pelos litigantes. Graças ao amplo efeito devolutivo da apelação, são devolvidas ao Tribunal as outras causas de pedir, mesmo que a sentença de primeiro grau não as tenha analisado expressamente, aplicando-se a mesma regra quanto às razões de defesa (CPC, art. 515, par. 2º.)⁵³⁸.

Logo, se o juiz acolher uma causa de pedir para julgar procedente o pedido (e nem mesmo examinar a outra causa de pedir trazida) e o Tribunal for manter a sentença, afirma a processualista, com razão, que o Tribunal deverá apreciar também a outra causa de pedir não analisada em primeiro grau. E justifica: “Esta necessidade decorre de que juridicamente terá o recorrente prejuízo se o STJ, ao julgar o recurso interposto pelo réu sucumbente, desacolher o pedido enquanto baseado na causa de pedir n.1, pois poderia, se no acórdão se tivesse dela tratado, eventualmente acolher a pretensão com base na causa de pedir n.2. Sabe-se, todavia, que o STJ, assim como o STF, não pode conhecer daquilo que não tenha sido efetivamente decidido no acórdão, já que, como se observou, estes recursos têm efeito devolutivo privado de sua dimensão vertical”⁵³⁹.

Conclui assim a autora que haveria diferenças quanto às exigências para que se considere bem fundamentada uma sentença e um acórdão: a sentença deve ser *adequadamente fundamentada*, enquanto os acórdãos devem ser *completos*⁵⁴⁰.

Em acórdão relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (Resp n. 294.452-RJ), foi dado provimento a um recurso de embargos de declaração, a fim de que o Tribunal

⁵³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 390.

⁵³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 105.

⁵⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão, cit., p. 58.

de Justiça do Rio de Janeiro examinasse as questões suscitadas nos embargos, não apreciadas em segundo grau.

Tratava-se de uma ação de embargos de terceiro, onde o Tribunal teria deixado de apreciar o requisito da insolvência derivada da alienação, bem como onde não teriam sido apontados documentos que demonstrariam a existência de ação em curso quando da venda do bem discutido, nem qual a data em que teria ocorrido a citação. O Colegiado do Rio de Janeiro teria reconhecido como suficiente, para fins de caracterização da fraude à execução, o simples fato de existir ação em curso ao tempo da alienação.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a ausência de enfrentamento sobre tese jurídica deduzida, com a falta de exame dos temas suscitados, muito embora tenham sido oferecidos embargos de declaração para forçar essa apreciação, é causa de nulidade da decisão, tendo em vista que a motivação das decisões judiciais, elevada a cânone constitucional, representa uma *garantia inerente ao estado de direito*:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO POSTA. VIOLAÇÃO DA LEI FEDERAL CONFIGURADA. RECURSO PROVIDO.

I- O Tribunal, ao negar a manifestação sobre teses jurídicas, com a rejeição dos embargos, obsta a abertura da via especial, pelo que lícito à parte veicular a violação do art. 535, II, CPC, tendo em vista não suprida a exigência do prequestionamento.

II- A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no **due process of law**, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’”.

(...)

3. Ademais, o recurso especial visa, por comando constitucional, a preservar a autoridade da lei federal e uniformizar a sua interpretação. Para que dele se conheça, no entanto, deve-se colher a manifestação do tribunal do segundo grau sobre a questão federal. Somente assim é que se pode afirmar eventual negativa de vigência à norma ou ocorrência de dissídio pretoriano.

Na espécie, como não restaram examinadas as questões suscitadas em embargos de declaração, o recurso especial, no particular, não ultrapassaria o óbice do conhecimento, por ausência de prequestionamento.

4. Em face do exposto, **conheço em parte** do recurso especial, pela violação do art. 535, CPC, e **dou-lhe provimento** nessa parte para

ensejar ao Tribunal de segundo grau a apreciação das questões suscitadas em embargos de declaração” (j. 3.4.2001, sem destaques no original) ⁵⁴¹.

Cabe observar que o acórdão do Tribunal Superior que considera uma decisão imotivada e que por isso a anula, não a substitui, mas simplesmente a elimina. Para cumpri-lo, é indispensável que outro julgamento seja proferido no grau imediatamente inferior, com objeto idêntico ao do que foi desfeito. Daí a possibilidade de repetição do dispositivo anterior – o que é, aliás, comum⁵⁴².

O chamado *prequestionamento* obriga que a matéria constitucional ou a matéria de legislação infraconstitucional esteja ventilada na decisão recorrida, sob pena de não ser admitido o recurso dirigido às Cortes Superiores.

Para forçar essa apreciação, devem ser interpostos embargos de declaração, cabíveis sempre que o Tribunal de origem não tenha enfrentado expressamente a matéria que envolva discussão constitucional ou violação de dispositivos infraconstitucionais.

À luz da Constituição Federal, o pressuposto específico de admissibilidade dos recursos excepcionais é a presença da questão constitucional ou federal, de forma bastante evidente, na decisão objeto de recurso, o que não se confunde com *prequestionamento*.

O *prequestionamento* decorre de uma atividade prévia da parte, que suscita e discute a questão federal ou constitucional, que será posteriormente decidida na decisão

⁵⁴¹ Confira-se, ainda, AI 745426 AgR / RS - Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI j. 09/06/2009 1ª. Turma.: “AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. ANÁLISE DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, II, LV E 93, IX, DA CF/88. OFENSA REFLEXA. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CONSTANTE DOS AUTOS. SÚMULA 279 DO STF. INCIDÊNCIA. RECURSO PROTELATÓRIO. MULTA. AGRAVO IMPROVIDO. I - Ausência de prequestionamento das questões constitucionais suscitadas. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. II - A apreciação dos temas constitucionais, no caso, depende do prévio exame de normas infraconstitucionais. A afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta. Incabível, portanto, o recurso extraordinário. Precedentes. III - A jurisprudência da Corte é no sentido de que a alegada violação ao art. 5º, LV, da Constituição, pode configurar, quando muito, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária. Precedentes. IV - Não há contrariedade ao art. 93, IX, da Constituição, quando o acórdão recorrido encontra-se suficientemente fundamentado. V - Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF. VI - Recurso protelatório. Aplicação de multa. VII - Agravo regimental improvido”.

⁵⁴² Por exemplo, STJ, Terceira Seção, Rcl 819/RJ, j. 11.6.2001, Rel. Min. Felix Fixcher, LEXSTJ 147/411. Conforme destacado em precedente do STF, “a interpretação, se praticada em moldes que não a deturpem, é uma livre operação intelectual, de cujo privilégio não se pode despojar o magistrado”; e “se (...) a matéria interpretada encerra dúvidas ou controvérsias, só através dos recursos normais de reparação se poderá corrigi-las” (STF, Pleno, voto do Min. Rel. Adalício Nogueira, RTJ 58/379).

recorrida. Logo, não é o prequestionamento em si, mas o enfrentamento da questão constitucional ou federal que configura exigência constitucional ⁵⁴³. O prequestionamento não é essencial para a interposição dessas modalidades de recursos, desde que a questão tenha sido apreciada pela decisão atacada ⁵⁴⁴.

O enfrentamento da questão (constitucional/federal) é exigência da Constituição Federal dada a natureza do próprio recurso, que só permite conhecer sobre questões de direito já decididas.

O prequestionamento, por sua vez, decorre do efeito devolutivo dos recursos, na medida em que se a parte deseja que as questões constitucionais ou federais sejam analisadas, deverá suscitá-las, sob pena de o Tribunal ordinário delas não poder conhecer. Mas a matéria pode ter sido suscitada pelo juiz ou pelo Tribunal (que identifica o ponto, coloca-o em dúvida e resolve-o), e não decorrer de expressa provocação da parte, o que, da mesma forma, supre o requisito de admissibilidade para interposição de recurso junto aos Tribunais Superiores.

José Miguel Garcia Medina coloca o *prequestionamento* como meio para levar a questão ao conhecimento do órgão julgador e para que este possa decidi-la. E conceitua *prequestionamento* “como sendo a atividade postulatória das partes, decorrente do princípio dispositivo, tendente a provocar a manifestação do órgão julgador (juiz ou Tribunal) acerca da questão constitucional ou federal determinada em suas razões, em virtude da qual fica o órgão julgador vinculado, devendo manifestar-se sobre a questão prequestionada”⁵⁴⁵.

E conclui: “A questão federal ou constitucional deverá estar presente na decisão recorrida, e poderá surgir mesmo que ausente provocação de qualquer das partes. Sob esse prisma, o prequestionamento não é essencial para a interposição do recurso extraordinário

⁵⁴³Esse é o entendimento de José Miguel Garcia Medina exposto com detalhes em seu livro *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009 e por nós acolhido. Para Gleydson Kleber Lopes de Oliveira, porém, a distinção é meramente *conceitual*, pois, “o que é, em suma, imprescindível é que o tribunal a quo tenha emitido decisão a respeito de questão federal, cuja violação à legislação federal tenha sido veiculada no recurso especial”. A respeito, v. OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 253.

⁵⁴⁴Ressalte-se que os *pontos controvertidos* tornam-se *questões*, não apenas em decorrência de atividades das partes, mas igualmente por atividade do próprio juiz, que sobre o ponto lança dúvida.

⁵⁴⁵MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 329.

ou do recurso especial, desde que a questão federal ou constitucional surja do acórdão recorrido”⁵⁴⁶.

Os embargos de declaração constituem, portanto, o meio adequado para forçar o julgador a cumprir adequadamente o dever de fundamentar as decisões ⁵⁴⁷.

6.5. A motivação e as reformas legislativas processuais: a valorização da fundamentação de decisões repetidas e dos precedentes judiciais

Recentes reformas processuais buscaram valorizar a fundamentação das decisões judiciais e seus efeitos externos, atribuindo maior relevância à técnica de julgamento pautada em posições já consolidadas por precedentes judiciais.

Essa técnica privilegia o valor previsibilidade e a segurança jurídica, além de prestigiar a garantia constitucional de celeridade na tramitação dos processos, em um momento onde se anseia pela rápida e justa solução dos conflitos, de modo a amenizar os efeitos do tempo sobre os resultados práticos do processo.

Na verdade, a ênfase na força dos precedentes reside na crença de que sejam eles mais aderentes à realidade que nos cerca, mais capazes de acompanhar a velocidade das intensas modificações das relações sociais, e que incapacitam o legislador de prevê-las todas abstratamente, passando a legislar cada vez mais por meio de normas de conteúdo aberto.

A tendência do legislador de valorizar os precedentes judiciais e a jurisprudência consolidada fica evidente com as últimas reformas introduzidas no Código de Processo Civil, como se verá nos itens seguintes.

⁵⁴⁶MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 209. Nesse mesmo sentido, entendendo o prequestionamento como “meio para instar-se o juízo ou tribunal de origem a decidir a questão constitucional ou federal que se quer ver apreciada (...)”, sem constituir, portanto, requisito de admissibilidade, pois, “(...) o verdadeiro requisito de admissibilidade dos Recurso Extraordinário e do Recurso Especial é o cabimento, que só ocorrerá quanto às matérias que tenham sido efetivamente ‘decididas’ pelas instâncias ordinárias (CF 102 III e 105 III)”, confira-se NERY JÚNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. v. 4, p. 863-864.

⁵⁴⁷Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*, cit., p. 390.

Todavia, ela já se fazia presente em vários dispositivos constitucionais e legais, como nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade por omissão, no incidente de uniformização de jurisprudência do artigo 475, parágrafo 3º, do CPC ⁵⁴⁸, no art. 554, parágrafo 3º e 557, *caput* e parágrafo 1-A, também do CPC, estes últimos prevendo a possibilidade do Relator negar seguimento ou provimento a recurso à luz da jurisprudência considerada *dominante* dos Tribunais Superiores⁵⁴⁹.

Todas as alterações legislativas valorizando a força dos julgados mostram que a idéia do positivismo cede lugar, cada vez mais, para uma produção judicial do direito, hoje mais valorizada do que a própria produção legislativa.

É *patentemente sem lógica*, afirma **Winfried Hassemer**, insistir contra as evidências, “que demonstram serem os conceitos legais porosos e às vezes vagos, ou em face do pré-conhecimento de caso a caso diferente do juiz, querer insistir na afirmação de que o juiz deve aferrar-se à lei”, até porque “ele é incapaz de assim proceder”. Nenhuma lei, como resume o professor alemão, “pode determinar a evolução da jurisprudência”, pois, do momento em que a lei é publicada, suas determinações estarão à disposição da ação do próprio juiz ⁵⁵⁰.

6.5.1. O artigo 285-A e o julgamento de plano das demandas repetitivas

O artigo 285-A do CPC e seus parágrafos ⁵⁵¹, que prevê a possibilidade da sentença de improcedência *prima facie*, é um exemplo da opção do legislador de valorizar os precedentes judiciais, neste caso, posições consolidadas já em primeiro grau de jurisdição.

Nos termos desse artigo, o juiz pode julgar improcedente o pedido antes de ocorrer a citação daquele que se tornaria réu, se a causa versar sobre questão “*unicamente de*

⁵⁴⁸ A respeito do incidente de uniformização de jurisprudência e seus aspectos técnicos, confira-se o excelente trabalho de VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas. 2002, principalmente p. 177-191.

⁵⁴⁹ O artigo 557, parágrafo 2º., do CPC prevê pena de multa para quem recorrer contra entendimento calcado na jurisprudência firme dos Tribunais Superiores.

⁵⁵⁰ HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei. *Revista Jurídica*, ano 34, n. 112, p. 22-23, mar./abr. 1986.

⁵⁵¹ Introduzido pela Lei 11.277 de 07 de fevereiro de 2006.

direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”.

Esse dispositivo legal permite o julgamento liminar apenas em caso de improcedência do pedido, de modo a resguardar a posição jurídica do réu (conteúdo declaratório negativo da sentença de improcedência), que, embora não citado, não sofre prejuízo algum, assegurada a observância do devido processo legal ⁵⁵².

Caso o autor não concorde com o provimento jurisdicional concedido, poderá formular pedido de reconsideração, que, acolhido pelo juiz de primeiro grau, acarretará o normal prosseguimento do processo. Se o magistrado mantiver a sentença, poderá o autor apelar, e, presentes os requisitos de admissibilidade, será o réu citado para responder ao recurso.

Se o autor não recorrer, opera-se o fenômeno da coisa julgada material, instituindo-se a imutabilidade da sentença, não obstante o réu não ter tido conhecimento da existência do processo ⁵⁵³.

Em tais casos, embora o réu não tenha sido citado (o que reforça a idéia de que a citação é requisito de validade e não de existência da relação processual), e, por isso, não esteja sujeito à coisa julgada, também não tem interesse em impugná-la ⁵⁵⁴.

Não caberia no âmbito do tema deste trabalho enfrentar todas as perplexidades e discussões trazidas com a introdução do artigo 285-A em nosso Código de Processo Civil, que já foi objeto de vários estudos doutrinários ⁵⁵⁵.

⁵⁵² Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *As recentes reformas do processo civil*, cit., p. 22.

⁵⁵³ Sugere Antonio Carlos Marcato que, dada a simetria dessa situação com aquela do artigo 295, IV do CPC (c.c. art. 219, parágrafo 5º.), ao réu deve ser comunicado esse evento processual, “por aplicação analógica do art. 219, parágrafo 6º, a fim de que dele possa extrair todas as consequências (v.g., deduzir a objeção da coisa julgada em eventual e futura repetição da mesma demanda)” (MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 216).

⁵⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 212; Também nesse sentido, FONSECA, João Francisco Naves da. Artigo 285-A: uma análise a partir da técnica e da efetividade do processo. Apresentado em junho de 2007 para conclusão da matéria “Instrumentalidade do processo e técnica processual”, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, coordenada pelos professores Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Carmona e Carlos Alberto de Salles. Texto cedido pelo autor.

⁵⁵⁵ Por todos, confira-se o minucioso artigo BRESOLIN, Umberto Bara. *Considerações sobre o artigo 285-A do Código de Processo Civil*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 379-402.

O que importa aqui ressaltar é que o artigo 285-A retrata nítida aproximação do nosso sistema com o sistema de *common law*, ao valorizar os *precedentes do juízo*, aproveitando a motivação de decisões anteriores invocada em casos idênticos para fixar um entendimento jurisprudencial único, objetivando, além de maior agilidade na prestação jurisdicional, maior previsibilidade e segurança na aplicação do direito.

A determinação contida no citado dispositivo legal de que a sentença de improcedência deve ser proferida *reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada* deve ser corretamente interpretada, sob pena de se admitir, nas palavras de **Umberto Bara Bresolin**, a “sentença *per relationem*”⁵⁵⁶, o que “afrontaria o *devido processo legal* e seu corolário *dever de motivação* dos atos decisórios, assegurado pelo artigo 93, IX, da Constituição Federal. Tais garantias impedem que se exima o juiz do dever de proferir *sentença individualizada, própria e específica* para cada demanda proposta”⁵⁵⁷.

Logo, a correta aplicação do artigo 285-A impõe ao julgador explicitar as razões pelas quais os casos confrontados são *idênticos*, podendo então valer-se das razões contidas no caso idêntico anterior, deixando claro, na fundamentação por ele trazida, “as semelhanças relevantes entre os casos, que tornem justificável o tratamento jurídico paritário”⁵⁵⁸

O artigo 285-A, de forma inegável, privilegia a aceleração do procedimento e revela a preocupação do legislador também com a efetividade do processo, com os resultados por meio dele obtidos. E, “tendo em vista que a técnica é fator essencial à idéia de processo, especialmente para o alcance dos seus escopos, não há como negar o avanço que o artigo 285-A representa para o processo civil brasileiro, na medida em que se trata de mais um exemplo positivado das idéias da ‘fase instrumentalista’”⁵⁵⁹.

⁵⁵⁶“In línea di massima, si há motivazione *per relationem* quando su un punto deciso il giudice non elabora una giustificazione autonoma *ad hoc*, ma si serve del rinvio alla giustificazione contenuta in un'altra sentenza” (TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza, cit., p. 422).

⁵⁵⁷BRESOLIN, Umberto Bara. *Considerações sobre o artigo 285-A do Código de Processo Civil*, cit., p. 393-394.

⁵⁵⁸SÁ, Djanira Maria Radamés de. PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 141, mar. 2006.

⁵⁵⁹FONSECA, João Francisco Naves da. Artigo 285-A: uma análise a partir da técnica e da efetividade do processo, cit., p. 19. Em crítica ao novo dispositivo legal, afirma Eduardo de Albuquerque Parente que ele “simplesmente subverte toda a sistemática que se espera de uma doutrina de precedentes, baseada na construção gradual de conceitos judiciais provindos de variados órgãos (principalmente dos Tribunais Superiores). Vai na contramão do movimento de prestígio à jurisprudência. Não tem ela nenhuma concatenação lógico-sistemática com tudo o que relembramos acima [sobre o sistema de precedentes], ainda que se tenha de forma purista a aplicação da processualística norte-americana calcada nos precedentes (o que seria, obviamente, um monumental erro)” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a*

6.5.2. A súmula impeditiva de recurso (CPC, art. 518, parágrafo 1º.)

O artigo 518, em seu parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, contempla o que vem sendo denominado de *súmula impeditiva de recurso*, dada a possibilidade de súmula dos Tribunais Superiores, ainda que não vinculante, impedir o processamento de recurso de apelação: “O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”.

Trata-se de outro exemplo da força atribuída aos precedentes judiciais pelas recentes reformas processuais, em clara aproximação do nosso sistema com os ordenamentos jurídicos que decorrem da *common law*, principalmente quanto à maneira como os precedentes alteram a relação da atividade judicial com a lei ⁵⁶⁰.

reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Atlas, 2007. p. 170). Também descrente de um modo geral quanto às diversas e recentes alterações sofridas pelo CPC, Cândido Dinamarco afirma que o processo civil brasileiro, nesta primeira década do século XXI, vive “um período de turbulências, insegurança e estonteantes perplexidades, diante do desordenado e arbitrário fluxo de leis que, em breve tempo, transformaram seu Código em uma caricata e incompreensível colcha de retalhos. Eis aí um estatuto sem sistema, sem coerência unitária entre institutos, sem clareza e portanto portador de graves e angustiosas dúvidas interpretativas, sem elegância lingüística – e, o que é pior, sem condições de produzir a celeridade na oferta da justiça, que foi o declarado objetivo de todos os reformadores. Muitas novidades boas vieram, mas nem todas as novidades foram boas. Era uma vez um Código de Processo Civil... (DINAMARCO, Cândido Rangel. Prefácio. In: GIANNICO, Mauricio; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Coords.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. Ainda apontando uma *dissimetria* entre a regra do art. 285-A e as demais técnicas de aceleração do procedimento previstas em grau de recurso, confira-se o artigo “Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil”, de Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta (Repro 133). Para os dois autores, a regra deve ser harmonizada com os artigos 557, par. 1º.-A, 544, par. 3º. e 38 da Lei 8.038/90, com a prolação de sentença liminarmente apenas quando a tese trazida pelo autor tenha sido rejeitada em caso idêntico, por sentença que reflita o pensamento contido em súmula ou em jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores (p. 146-147).

⁵⁶⁰ Para Eduardo de Albuquerque Parente, a chamada súmula impeditiva de recursos, que considera *pressuposto negativo de processamento* da apelação a existência de entendimento sumulado perante o STF e o STJ, “faz com que a clássica divisão atividade judicante/atividade legislativa se altere. A partir do ingresso de preceito determinador de condutas de forma geral, abstrata e impessoal, posto para o futuro, pode-se dizer que estaria preenchido o requisito tido por Liebman como diferencial de ato legislativo e ato judicante, autorizando dizer que o magistrado passaria a ter, em tais casos, atividade também *legislativa*”. Daí a íntima ligação entre o tema da produção judicial do direito e os precedentes judiciais, sejam eles vinculativos ou apenas persuasivos: “o Estado-Juiz prolator do precedente exerce função semelhante à legislativa, a forma com que o aplicador (em primeiro plano, o juiz monocrático) do referido preceito interpreta (o fato e o direito) é o *centro de gravidade* do dilema entre estabilizar e desenvolver o direito. Por outras palavras, o grande desafio de enfrentar adequadamente a questão interpretativa do juiz a respeito do caso concreto e da súmula está inserido nesse contexto, seja ela (a súmula) vinculante ou impeditiva” (PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes*, cit., p. 157).

Não cabe, dentro do propósito do presente trabalho, examinar uma a uma todas as dúvidas que o dispositivo legal em questão suscitou, e sua inserção ainda relativamente recente em nosso Código de Processo Civil (Lei 11.276/06) aguarda um aprofundamento no estudo desenvolvido pela doutrina e pelo trabalho de nossos Tribunais a respeito das consequências dessa alteração em nosso sistema.

De todo modo, vê-se mais uma vez, dentro do tema de que estamos tratando neste item, o papel destacado da jurisprudência, não apenas como simples elemento informativo capaz apenas de influenciar futuras decisões, mas uma valorização da força dos precedentes, para **Rogério Marrone de Castro Sampaio** elevados como fonte do direito, “ainda que em intensidade menor do que a consagrada no sistema anglo-saxão”, e com uma influência de caráter normativo ⁵⁶¹.

A valorização dos precedentes e da sua força e influência na criação do Direito tem origem na já antes referida “incompletude das normas codificadas” e na “grande complexidade das relações jurídicas a serem reguladas pelo Direito”, que levam à ênfase hoje dada à jurisprudência “como elemento necessário à complementação dos espaços, por vezes, deixados propositalmente pelo legislador”⁵⁶².

É o que reconhece **Karl Larenz**: “que a Jurisprudência intenta cumprir sobretudo uma tarefa prática é algo que deveria ser pacífico. Em países de Direito codificado, esta tarefa decorre de que as leis não só carecem permanentemente de interpretação, mas necessitam também de ‘colmatar lacunas’ e de se adequar a diferentes situações e, além disso, da crescente necessidade, cada vez mais complexa, de clareza e de sintonização das normas entre si; por último, decorre da exigência de se evitar contradições valorativas, o que, por sua vez, decorre do princípio de ‘igual medida’ ou seja da idéia de justiça”⁵⁶³.

No que pertine à motivação, o dever de motivar deve ser também aqui respeitado, sob pena de nulidade. Dessa forma, deverá o juiz demonstrar na motivação quais os

⁵⁶¹ SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 79. O autor, antes, faz referência à idéia de Vincenzo Marinelli (*Ermeneutica giudiziaria: modelli e fondamenti*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 257) sobre os quatro graus de influência e eficácia cultural que podem resultar dos precedentes: “(1) argumento de autoridade (sobretudo quando provém de Cortes Supremas); (2) exemplo (para orientar o raciocínio); (3) ilustração (retratando, de maneira unívoca ou não a interpretação de determinada regra jurídica); (4) modelo (servindo de paradigma para a solução de questões iguais ou análogas)”. Em seguida, conclui pela “tendência atual de se conferir aos precedentes a força contida nos quatro níveis de influência, dando-se maior ou menor extensão ao caráter normativo e, consequentemente, vinculativo” (ob., cit., p. 78-79).

⁵⁶² SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*, cit., p. 79.

⁵⁶³ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 326.

aspectos do caso concreto que se identificam com o padrão sumulado e que autorizam o não recebimento do recurso, “fundamentação essa que, inclusive, será essencial para proporcionar a plena recorribilidade e até mesmo levar a um novo entendimento sobre o preceito sumulado, visto não conter ele efeito obrigatório”⁵⁶⁴.

6.5.3. A súmula vinculante

Ainda como demonstração do movimento de aproximação entre o nosso sistema e o direito anglo-saxão está a introdução entre nós da súmula vinculante, criada com a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, e que vem prevista no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentada pela Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006.

Fala-se, nesse caso, em força normativa dos precedentes vinculantes, dada a sua aplicação para o futuro e as suas características da impessoalidade e abstração.

Entre nós, as decisões normalmente não são dotadas de eficácia normativa, geral e abstrata, nem mesmo quando ocorra a coisa julgada “erga omnes” (Lei nº 7.347/85 da ação civil pública, art. 16 ⁵⁶⁵; Código de Defesa do Consumidor, art. 103, III), pois, também nessas hipóteses, é a parte dispositiva que transita em julgado. O fenômeno da coisa julgada, como se sabe, nunca se estende aos motivos, à motivação e, menos ainda, à solução dada, pelo juiz ou tribunal, às teses jurídicas que constituam o pressuposto necessário para o julgamento.

No Brasil, o efeito vinculante é o que mais se aproxima da eficácia que o precedente judicial tem (ou pode ter) na *common law*, onde figura como a principal fonte do direito.

Ao falar em efeito vinculante, referimo-nos ao que é previsto na Constituição Federal tão-somente para a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º) e que a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 estendeu à ação direta de inconstitucionalidade,

⁵⁶⁴PARENTE, Eduardo de Albuquerque. A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes, cit., p. 165.

⁵⁶⁵“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova” (com a redação dada pela Lei Federal n. 9.494, de 10 de setembro de 1997).

ao dispor: “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 28, parágrafo único)”.

Esse efeito é também previsto para a ADPF (Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, art. 10, § 3º) ⁵⁶⁶.

A súmula vinculante é fonte do direito, por ter eficácia contra todos e força normativa abstrata, que lhe permite a aplicação indefinida no tempo. Porém, a súmula não é uma decisão judicial, ou um precedente, mas uma síntese das reiteradas decisões que a antecedem, editada justamente para ser aplicada como um ato normativo.

A súmula vinculante é mais do que mera *jurisprudência*, pois sua afronta representa violação à Constituição Federal, mas não se equipara à lei, pois, por meio dela, “o Poder Judiciário não inaugura a ordem jurídica, criando direitos e obrigações; simplesmente giza o alcance da norma que o legislador, antes, editou”, de sorte que a súmula vinculante mais se assemelha com a jurisprudência, “pelo fato de provir do Judiciário e de estar sempre relacionada a casos concretos que lhe dão origem”, mas sem deixar de guardar grande similitude com a lei, “pelos traços da obrigatoriedade e da destinação geral, a tantos quantos subordinados ao ordenamento jurídico pátrio”⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶Há quem pretenda limitar o efeito vinculante à parte dispositiva da decisão, o que o aproximaria da coisa julgada “erga omnes”. Foi esta a interpretação adotada pelo Ministro Moreira Alves, no voto que proferiu, como relator, na ADC 1/DF. Ali, salientou que, entre nós, o efeito vinculante não abrange os fundamentos determinantes da decisão (Cf. RTJ 157/371-411). A opinião do Ministro Gilmar Ferreira Mendes é diversa, pois, para ele, o legislador se inspirou na concepção acolhida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: “Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros” (Cf. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999 (em colaboração com Ives Gandra da Silva Martins), São Paulo, Saraiva, 2001, p. 339). Na RCL 2475-AgR, julgada em 2.8.2007, o Ministro Gilmar Mendes sustentou sua teoria, segundo a qual o efeito vinculante abrange os motivos determinantes das decisões das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Propôs, por isso, o provimento do agravo. Foi acompanhado por alguns Ministros, mas não pela maioria. O Ministro Sepúlveda Pertence interpretou essa decisão como contendo a rejeição, pelo Plenário, da tese do Min. Gilmar Mendes (Cf. o voto dele neste aresto: Pleno, Rcl 2990 AgR/RN, j. 16.8.2007). Todavia, havia outro fundamento, autônomo e suficiente, para o desprovimento do referido agravo. Por isso, não é seguro que tenha se formado maioria contrária a essa tese.

⁵⁶⁷MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 53.

Sem ser da tradição do nosso sistema a força vinculante dos precedentes, com a introdução entre nós da súmula vinculante impôs-se a adoção do entendimento nela contido a todos os operadores do direito, sempre que a mesma questão jurídica se apresente.

Essa força vinculativa implica imposição obrigatória de determinada posição adotada pela Corte Superior a todos os agentes jurisdicionais, sob pena de afronta à autoridade do Supremo Tribunal Federal, quando caberá a reclamação para coibir o descumprimento da orientação dada.

A previsibilidade que a súmula vinculante traz para a aplicação do direito é garantia para o jurisdicionado, pois implica maior segurança e uniformidade das decisões, e, conseqüentemente, melhor qualidade da prestação jurisdicional.

Diante da atual morosidade do Poder Judiciário na solução dos litígios e das diferentes soluções dadas a casos substancialmente iguais, a súmula vinculante pode ser de grande valia como forma de acelerar a prestação jurisdicional, de diminuir o número de recursos e de afastar o clima de incerteza jurídica⁵⁶⁸.

Os argumentos contrários à súmula vinculante⁵⁶⁹, a meu ver, sucumbem diante dos benefícios trazidos com a sua introdução entre nós.

Um dos argumentos contrários mais invocados pelos próprios juízes seria o de afronta à independência judicial, o que, a bem da verdade, não existe, quando se constata que a independência da magistratura não é *privilégio* de uma categoria, como relembra **Marco Antonio Botto Muscari**, mas *garantia instrumental* dos jurisdicionados, que visa a assegurar a imparcialidade das decisões⁵⁷⁰.

Ademais, toda decisão deve conformar-se com a lei e com a *Constituição*, nada havendo de incorreto em se impor ao juiz “a exegese do texto legal e constitucional realizada pelo STF, já que cabe ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição (art. 102, *caput*, CF)”⁵⁷¹.

⁵⁶⁸ A essas conclusões chegou Marco Antonio Botto Muscari, em seu livro *Súmula vinculante*, cit., p. 59-60, escrito antes da Emenda Constitucional n. 45, afirmando o autor que chegaria o fim da chamada *jurisprudência lotérica* e da mora judicialmente legalizada, dado o manejo de recursos objetivando apenas retardar o cumprimento de obrigações (fls. 60, nota de rodapé 201).

⁵⁶⁹ A esse respeito, confira-se CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. *Súmulas vinculantes*, cit., que analisam e refutam os principais argumentos contrários à sumula vinculante (p. 152-160).

⁵⁷⁰ MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 66.

⁵⁷¹ CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. *Súmulas vinculantes*, cit., p. 154.

6.5.4. A repercussão geral no recurso extraordinário

A garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) assegura o acesso à ordem jurídica *justa*⁵⁷², ou seja, não o simples acesso ao órgão jurisdicional, mas que o Estado, que monopolizou a função de solucionar controvérsias, ofereça um mecanismo que, de forma rápida e eficiente, solucione os conflitos e possibilite ao jurisdicionado alcançar o resultado por ele desejado⁵⁷³.

A Constituição Federal garante a todos o direito de ação (direito de demandar), ainda que a parte possa não ter razão perante o direito material⁵⁷⁴. E o direito ao devido processo legal assegura a plena participação das partes no processo (contraditório e ampla defesa), de modo a influir na formação do convencimento do juiz para que ele possa chegar a um resultado *justo*, bem como garante a publicidade das decisões, que deverão obrigatoriamente ser fundamentadas, e proferidas por um juiz imparcial dentro de um prazo razoável.

O duplo grau de jurisdição constitui um princípio, não uma garantia, e comporta mitigações⁵⁷⁵, admitindo em algumas hipóteses um *sistema de filtragem* dos recursos, como no caso daqueles que se destinam a alcançar as Cortes Superiores.

Os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores são recursos excepcionais, que não são voltados para a correção de injustiças dos julgados locais e, por essa razão, não admitem uma nova apreciação da pretensão do vencido, com reexame das provas das alegações das partes. Sua finalidade é permitir que o Supremo Tribunal Federal e o

⁵⁷²Explica Kazuo Watanabe que o *acesso à ordem jurídica justa* supõe “um corpo adequado de juízes, com sensibilidade bastante para captar não somente a realidade social vigente, como também as transformações sociais a que, em velocidade jamais vista, está submetida a sociedade moderna (...)” (WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, cit., p. 134).

⁵⁷³Esse *mecanismo estatal* é o processo, que, na definição trazida por José Roberto dos Santos Bedaque, “é o método estatal de solução das crises verificadas no plano material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, cit., p. 72).

⁵⁷⁴A respeito da *escalada de situações jurídicas*, que se inicia com o simples direito de demandar, passa pelo direito a um provimento de mérito, até chegar ao ápice, onde está o direito à tutela jurisdicional, confira-se DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela jurisdicional*. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*, cit., t. 2, p. 820-822.

⁵⁷⁵A esse respeito, confirmam-se as conclusões expostas por Ana Cândida Menezes Marcato, em *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*, cit., p. 165 e ss.

Superior Tribunal de Justiça possam zelar pela inteireza positiva do direito constitucional e do infraconstitucional ⁵⁷⁶.

A *repercussão geral* constitui um mecanismo de filtragem dos recursos extraordinários endereçados ao Supremo Tribunal Federal, de modo que apenas situações extraordinárias, que possuam uma importância que transcenda ao mero interesse das partes e se revistam de interesse geral, abrangendo um significativo número de pessoas, poderão ser julgadas por aquele Tribunal.

Trata-se de um mecanismo que em nada viola a garantia de acesso à justiça e que se faz necessário, como forma de aliviar a sobrecarga de trabalho gerada pelos incontáveis recursos que chegam até aquela Corte Superior.

A fase da universalização da tutela objetivou, não só possibilitar o pleno acesso à justiça, com o aumento da capacidade do Estado de absorver os litígios, mas principalmente o oferecimento de uma melhor qualidade do serviço jurisdicional, com especial atenção aos *resultados*. A chamada *litigiosidade contida* teve vazão e vários instrumentos foram criados para que a sociedade tivesse meios de cobrar do Poder Judiciário uma solução para os seus problemas. Buscou-se reduzir ao mínimo o coeficiente de conflitos não-jurisdicionalizáveis ⁵⁷⁷.

Incentivou-se o amplo acesso à justiça, mas os Tribunais acabaram sobrecarregados e a prestação jurisdicional tornou-se extremamente morosa. Por isso, almeja-se uma redução do número de recursos, como forma de acelerar a prestação jurisdicional. No caso da *repercussão geral*, pretende-se acelerar a marcha dos recursos extraordinários junto ao Supremo Tribunal Federal.

Segundo o disposto no artigo 102, parágrafo 3º., da Constituição Federal, “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a *repercussão geral* das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

⁵⁷⁶“Trata-se daquilo que Calamandrei chama de ‘função nomofilática’. No entanto, por serem mencionados tribunais cortes revisoras e não apenas cassatórias, o direito subjetivo do recorrente vitorioso acaba sendo reconhecido, porém de modo indireto, reflexo, no que Juan Carlos Hitters denomina “função dikelógica” (justiça do caso concreto)” (ZACLIS, Lionel. Causa de pedir nos recursos extraordinários e especial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 21, n. 65, p. 64, dez. 2001).

⁵⁷⁷SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Jurisdição e poder: um enfoque pela releitura da inafastabilidade da jurisdição em face dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, cit., p. 7-8.

Em complementação, dispõe o artgão 543-A, parágrafo 1º., do Código de Processo Civil: “para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

Repercussão geral é, pois, “a relevância *ultra partes* da questão constitucional posta em julgamento, seja porque a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal possa constituir precedente para muitos outros julgamentos, seja porque o tema diga respeito a valores particularmente elevados, de interesse nacional, ou a uma quantidade significativa de pessoas (p.ex., consumidores de dado produto ou serviço)”⁵⁷⁸.

Trata-se de um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que exige que o recorrente também demonstre a *repercussão geral* da questão ou questões constitucionais debatidas na demanda ⁵⁷⁹.

A repercussão geral em muito se assemelha à antiga *arguição de relevância*, inovação introduzida em nosso ordenamento ainda sob o regime constitucional da Emenda n.1, de 17.10.1969 e que permitia ao Supremo Tribunal Federal selecionar os recursos extraordinários que julgaria, pois, em algumas hipóteses, seriam conhecidos apenas aqueles em que fosse reconhecida a *relevância da questão federal*, o que deveria ser arguido pelo recorrente.

Tratava-se, da mesma forma que a repercussão geral, de medida destinada a aliviar a carga de trabalho daquele Tribunal, “inspirado no mecanismo norte-americano do *certiorari*, se bem que de menor alcance”⁵⁸⁰.

Há, porém, diferenças entre a *repercussão geral* e a *arguição de relevância*: a decisão que não admite o recurso extraordinário por ausência de repercussão geral deve ser *fundamentada* e não pode ser tomada em sessão secreta, o que ocorria na *arguição de relevância*⁵⁸¹.

⁵⁷⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário de processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 244.

⁵⁷⁹Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 431.

⁵⁸⁰BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos, cit., p. 47.

⁵⁸¹A esse respeito, confira-se MEDINA, José Miguel García. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 201. Também NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Método. 2009. p. 658.

Com a introdução da repercussão geral passam a existir questões constitucionais *menos importantes*, porque *despidas de repercussão geral* para fins de recurso extraordinário⁵⁸²; fala-se, assim, em questões constitucionais *qualificadas* e aquelas *não qualificadas*, mas somente as primeiras poderão ensejar a admissão do recurso extraordinário⁵⁸³.

O artigo 543-A, *caput*, do Código de Processo Civil impõe que, como preliminar, seja demonstrada concretamente pelo recorrente nas razões de seu recurso a repercussão geral da questão nele debatida. Não o fazendo, o recurso poderá desde logo ser tido como inadmissível pelo Presidente do Tribunal inferior. Mas, suscitada a preliminar, deverá ser dado seguimento ao recurso extraordinário, cabendo ao recorrido sustentar a inexistência desse requisito, a fim de que o Supremo Tribunal Federal se manifeste a esse respeito⁵⁸⁴.

A repercussão geral constitui pressuposto de admissibilidade excepcionalíssimo do recurso extraordinário, havendo hipóteses taxativas onde não cabe uma interpretação do Relator (CPC, art. 543-A, par. 3º), e aquelas previstas em cláusulas abertas, cuja caracterização dependerá de apreciação do Relator para o reconhecimento da repercussão geral e conhecimento do recurso extraordinário.

As hipóteses do parágrafo 1º, do artigo 543-A do CPC vêm previstas em cláusulas abertas, sem um conteúdo definido, que será estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de que, no futuro, conhecendo-se previamente as hipóteses onde não foi reconhecida a repercussão geral, seja também possível saber de antemão se o recurso extraordinário a ser oferecido terá ou não condições de ser admitido, podendo ensejar o seu indeferimento liminar.

Nas hipóteses do parágrafo 3º, do artigo 543-A, a existência da repercussão geral é tida por alguns como *presumida*⁵⁸⁵, nos casos em que o recurso oferecido “impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal”, denominada por outros de *imprópria* ou *formal*, mas que exige a preliminar de repercussão geral⁵⁸⁶.

⁵⁸²Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário, cit., p. 433.

⁵⁸³MEDINA, José Miguel García. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 203.

⁵⁸⁴Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário do processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009. p. 245-246.

⁵⁸⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 659.

⁵⁸⁶MEDINA, José Miguel García. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 311, citando RE 569.476, Pleno, j. 02.04.2008, DJU 25.4.2008, p. 1.926, rel. Min. Ellen Gracie.

Em face do teor do parágrafo 1º do mesmo artigo 543-A (“Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”), afirma a doutrina que a transcendência da matéria para configurar a repercussão geral pode ser *qualitativa*, “referindo-se à importância para a sistematização e desenvolvimento do Direito”, ou *quantitativa*, “referindo-se ao número de pessoas atingidas pela decisão”⁵⁸⁷.

A introdução da repercussão geral aponta mais uma vez para a força dos precedentes no atual momento do direito, como meio da valorização dos julgados da mais alta Corte de justiça do país, sendo certo que o reconhecimento da repercussão geral da questão trará reflexos em outras situações idênticas, pois, negada a sua existência, recursos sobre matéria idêntica serão indeferidos liminarmente (CPC, art. 543-A, par. 5º.).

O reconhecimento acerca da existência ou não de repercussão geral vincula o Supremo Tribunal Federal (vinculação horizontal), que deverá observar a sua própria jurisprudência. Se a definição do conteúdo do conceito jurídico indeterminado da repercussão geral depende de uma valoração objetiva do Supremo Tribunal, a *ratio decidendi* utilizada para declarar ou não a sua existência vincula aquele Tribunal, que estará obrigado a respeitá-la em julgamentos futuros, salvo se for revista a tese, nos termos do seu Regimento Interno⁵⁸⁸.

6.5.5. Julgamento por amostragem (recursos repetitivos) (CPC, art. 543-B e 543-C)

A função paradigmática dos recursos excepcionais vem sendo valorizada com as recentes reformas, de modo que casos iguais sejam igualmente resolvidos. Para tanto, criaram-se mecanismos destinados a agilizar os julgamentos perante o Supremo Tribunal

⁵⁸⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 658. No mesmo sentido, José Miguel Garcia Medina, ressaltando que um dos fatores mais relevantes para a configuração da repercussão geral seria o fato de a mesma questão poder se repetir em outras ações, sem prejuízo de outros fatores de ordem econômica, social, política e até jurídica, em sentido estrito, que também determinem a sua configuração (MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*, cit., p. 202).

⁵⁸⁸Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*, cit., p. 569, que acrescentam que a vinculação vale tanto para declaração de inexistência de repercussão geral, como para o reconhecimento de repercussão geral.

Federal e o Superior Tribunal de Justiça mediante a *coletivização das decisões judiciais*⁵⁸⁹.

A técnica de julgamento por amostragem de recursos repetitivos visa exatamente a essa otimização do trabalho das Cortes Superiores, com uma agilização na tramitação e julgamento dos recursos, além de preservar um tratamento isonômico aos casos iguais, de modo que causas de natureza múltipla tenham um julgamento uniforme⁵⁹⁰.

Os artigos 543-B e 543-C do CPC tratam, respectivamente, do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, fundados em *idêntica controvérsia* ou *idêntica questão de direito*, ou seja, quando envolvam a mesma matéria constitucional ou federal, respectivamente.

Nos casos de *multiplicidade de recursos* sobre uma mesma tese jurídica, o Tribunal julgará um desses recursos repetitivos e o resultado se aplicará aos demais, sendo certo que, quanto aos recursos endereçados ao Supremo Tribunal Federal, essa técnica está associada à existência do requisito da *repercussão geral*, examinada no item anterior.

A amostragem é feita inicialmente pelo Presidente do Tribunal de origem (Tribunal Regional Federal ou Tribunal de Justiça), a quem cabe selecionar um ou mais recursos que demonstrem a controvérsia e enviá-lo(s) para o órgão superior competente (STF ou STJ), *sobrestando os demais* (CPC, arts. 543-B, parágrafo 1º. E 543-C, parágrafo 1º.).

Os recursos sobrestados serão orientados conforme o julgamento do recurso tomado como amostra. Assim, negada, por decisão irrecorrível, a existência de *repercussão geral*, os demais recursos interpostos e sobrestados serão automaticamente considerados inadmitidos (CPC, art. 543-B, parágrafo 2º). E para os processos ainda em curso, “já fica sinalizada a interpretação daquela Corte a respeito da matéria constitucional controvertida, circunstância que atua como fator de desestímulo de futuro recurso extraordinário veiculando tese contrária”⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário de processo civil*, cit., p. 178.

⁵⁹⁰ Em aula proferida no dia 24.9.2009 pelo Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso no 4º. Seminário do IBCJ, “Aspectos controvertidos dos recursos excepcionais”, sobre o tema “Técnica de julgamento dos chamados recursos repetitivos, devido processo e efetividade”, o professor criticou publicamente o julgamento em bloco de recursos extraordinários e de recursos especiais, bem como uma resposta judiciária *de massa*, afirmando que, se tais medidas amenizam a “crise numérica”, geram certamente uma baixa na qualidade da prestação jurisdicional, além de ser medida insuficiente para conter a “litigiosidade social”...

⁵⁹¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 197.

Identificada a repercussão geral da questão constitucional debatida e julgado o mérito do recurso extraordinário ou do recurso especial tido como paradigma, os Tribunais inferiores deverão julgar prejudicados os recursos sobrestados na origem, quando o acórdão recorrido estiver em conformidade com a decisão dada ao recurso paradigma (CPC, arts. 543-B, parágrafo 3º e 543-C, parágrafo 7º., I).

Na hipótese do acórdão recorrido estar em desacordo com a decisão tomada pelos Tribunais superiores, o Tribunal inferior procederá a um novo julgamento pelo mesmo colegiado prolator, que poderá se retratar e adequar a decisão do caso à decisão superiormente tomada no recurso paradigma (extraordinário ou especial, arts. 543-B, parágrafo 3º. E 543-C, parágrafo 7º., II) ⁵⁹².

No caso do recurso extraordinário, mantida a decisão e admitido o recurso, o acórdão recorrido será cassado ou reformado, por ser contrário à orientação firmada (CPC, art. 543-B, parágrafo 4º.). Para o recurso especial, mantida a solução divergente, será feito o exame de admissibilidade do recurso (CPC, art. 543-C, parágrafos 7º. e 8º.). Observa **Antonio Carlos Marcato** a constitucionalidade dessa nova sistemática do recurso especial, que, embora criada sem emenda à Constituição Federal, “não fixou condição de admissibilidade diferente daquelas previstas no art. 105, III, da Constituição Federal, mas apenas estabeleceu procedimento próprio para a tramitação de recurso especial considerado repetitivo”⁵⁹³.

6.6. Aspectos da motivação das decisões na interpretação e aplicação do direito nos sistemas da *common law* e da *civil law*

“While it is quite true that the duty of the courts is in general *jus dicere* and not *jus dare*, nevertheless they do in fact and in law possess both these functions. Creative precedents are the outcome of the intentional exercise by the courts of their privilege of developing the law at the same time that they administer it” (John W. Salmond , *The Theory of Judicial Precedents*).

⁵⁹²Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Vocabulário de processo civil*, cit., p. 179.

⁵⁹³MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 198.

6.6.1. Abordagem introdutória sobre a doutrina dos precedentes judiciais: aproximação *civil law* e *common law*

A criatividade judicial, como já foi visto, manifesta-se também em sistemas jurídicos filiados à família da *civil law*, onde é sabido que a lei constitui a primeira fonte (ou forma de expressão) do direito, com primazia sobre todas as demais. Já nos sistemas de *common law*, a jurisprudência é que vai nortear a solução do conflito, após o exame do caso concreto à luz de anteriores precedentes.

A rapidez das mudanças sociais não acompanhada pela produção legislativa, bem como o legislar por meio de normas abertas (com cláusulas gerais e conceitos indeterminados), trazendo um alto grau de abstração para o direito, levaram a uma inevitável aproximação entre os sistemas de *civil law* e de *common law*, fazendo com que também nos sistemas pertencentes à família romano-germânica a função criativa do juiz seja exercitada cada vez com mais frequência para a solução dos conflitos e que haja uma crescente valorização dos precedentes judiciais, nos mesmos moldes do que ocorre nos sistemas de tradição anglo-americana⁵⁹⁴.

Cabe, pois, fazer uma análise do fenômeno dessa aproximação, que vem ocorrendo em outros países que também adotam o sistema codificado, como a Itália, Espanha e Portugal⁵⁹⁵.

Em todo sistema jurídico, seja da tradição de *civil law*, sistema jurídico ao qual nos filiamos, de tradição romano-germânica, seja de *common law*, uma decisão tomada pelo Judiciário em um caso anterior constitui um precedente judicial para os casos futuros que com ele guardem semelhança. E dependendo do sistema jurídico adotado, ele terá ou não caráter obrigatório, podendo então ser vinculativo ou apenas persuasivo. O precedente judicial existe, portanto, em qualquer sistema jurídico⁵⁹⁶.

Nos países filiados à tradição romano-germânica, que, como o Brasil, adotam o sistema de *civil law*, a legislação é a principal fonte do direito, enquanto o precedente normalmente tem caráter apenas persuasivo e é utilizado como elemento de interpretação e

⁵⁹⁴Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, cit., p. 186.

⁵⁹⁵Conforme noticiam CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes, cit., p. 159.

⁵⁹⁶SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 15.

de aplicação do direito⁵⁹⁷. Já nos países filiados ao sistema de *common law*, o precedente é a fonte mais importante do direito, dotado de obrigatória força vinculativa.

Voltando às origens do direito inglês, vê-se que, “dos pronunciamentos judiciais, forrados nos costumes da terra, formou-se o denominado *common law*, que, de direito consuetudinário, nos seus primórdios, tornou-se um direito jurisprudencial, mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais”⁵⁹⁸.

Trata-se do sistema das jurisdições anglo-americanas, baseado no poder vinculante para os juizes dos precedentes jurisprudenciais, também conhecido como *stare decisis*⁵⁹⁹.

Essa força vinculante dos precedentes obriga a que casos semelhantes sejam, no futuro, julgados de forma análoga, de sorte que “‘standing by a decision’ (firmar numa decisão) representa a tarefa de decidir uma questão de direito de modo uniforme em casos materialmente idênticos”⁶⁰⁰.

A doutrina do *stare decisis* atua na dimensão *horizontal* e também na dimensão *vertical*: na primeira, “significa a obrigatoriedade de um precedente para a corte que o criou”, enquanto na segunda “exprime a força obrigatória para os Tribunais de menor hierarquia”⁶⁰¹.

Nesse sistema, a decisão judicial, além de solucionar a controvérsia e de se tornar imutável, conforme a doutrina da *res judicata*, servirá também como precedente com força vinculante em julgamentos futuros de casos semelhantes, que deverão ser decididos da mesma forma.

O prestígio atribuído às decisões judiciais faz com que, no *common law*, o direito se forme “preferencialmente com base na experiência e não apenas na lógica abstrata antecedente ao fato”. Daí porque, nesse sistema, “os efeitos da coisa julgada ultrapassam as partes e o objeto discutido e passam a ser ampliados a um universo em que haja casos de situação jurídica idêntica ou assemelhada. Há, pois, na *common law*, raízes profundamente

⁵⁹⁷Sobre precedente vinculativo, confira-se o que foi dito no item 6.5.3 quando foi examinada a súmula vinculante.

⁵⁹⁸FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo, cit., p. 714.

⁵⁹⁹Trata-se de locução reduzida da citação latina *stare decisis et no quieta movere*, que significa “mantenha-se a decisão e não se distorça o que foi decidido” (RE, Edward D. *Stare decisis*, cit., p. 47).

⁶⁰⁰PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 765.

⁶⁰¹CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 244, p. 188, jan./abr. 2007.

pragmáticas e desvinculadas de qualquer compromisso com modelos abstratos representados pela existência de lei em tese”⁶⁰².

Analisando a doutrina do precedente, em que “decisões de casos anteriores muito semelhantes a novos casos devem ser repetidas nestes últimos”, **Ronald Dworkin** faz referência à doutrina *estrita* e à doutrina *atenuada* do precedente.

A primeira (*estrita*) “obriga os juízes a seguirem as decisões anteriores de alguns outros tribunais (em geral de tribunais superiores, mas às vezes no mesmo nível na hierarquia dos tribunais de sua jurisdição), mesmo acreditando que essas decisões foram erradas”. Já a doutrina *atenuada* “exige apenas que o juiz atribua algum peso a decisões anteriores sobre o mesmo problema, e que ele deve segui-las a menos que as considere erradas o bastante para suplantá-las a presunção inicial em seu favor”⁶⁰³.

O sistema de *common law* é alvo de considerações críticas acerca de uma possível rigidez que acarretaria para o ordenamento jurídico, mas, com certeza, três vantagens podem ser nele encontradas: **(i)** a uniformização na aplicação do direito; **(ii)** com o direito mais previsível, há uma melhora no ideal de segurança jurídica; **(iii)** os juízes se beneficiam da experiência de seus predecessores em anteriores julgamentos⁶⁰⁴.

Em um *sutil jogo comparativo*⁶⁰⁵, há uma combinação entre decisões vinculativas e não vinculativas, essas últimas sem a força dos precedentes, mas com efeito persuasivo sobre futuras decisões, de forma que o direito é enunciado e desenvolvido por meio de decisões judiciais⁶⁰⁶.

Naqueles países de *common law*⁶⁰⁷, os Tribunais dotados de *competência recursal*, além da função de julgar, cumprem uma outra função, qual seja a de criar “normas gerais e

⁶⁰²PORTO, Sérgio Gilberto. *Common law, civil law e o precedente judicial*, cit., p. 765.

⁶⁰³DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 30. O doutrinador faz referência às diferentes formas de se entender essas duas doutrinas dos precedentes existente nos Estados Unidos em comparação com a Grã-Bretanha. Para os juristas ingleses, na doutrina estrita, “o Tribunal de Apelação, cuja autoridade só é inferior à da Câmara dos Lordes, não tem outra escolha a não ser seguir suas próprias decisões anteriores; já os juristas norte americanos negam que os tribunais de hierarquia comparável tenham essa obrigação” (op. cit., p. 31).

⁶⁰⁴RE, Edward D. *Stare decisis*, cit., p. 47, em nota da tradutora Ellen Gracie Northfleet.

⁶⁰⁵A expressão é de Ellen Gracie Northfleet, em nota de tradução ao artigo *Stare decisis*, cit., p. 47.

⁶⁰⁶RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73, p. 48.

⁶⁰⁷A referência está voltada para a Inglaterra e Estados Unidos.

dotadas de abstração i.e., passíveis de sucessivas aplicações a todos, sempre que se repitam hipóteses similares às dos fatos principais da causa”⁶⁰⁸.

Sob o ponto de vista da estabilidade, valor relevante para a efetividade dos julgamentos, “quando se tem por objeto a própria decisão – que se torna, em princípio, imutável – fala-se em *res judicata*. Quando concerne aos seus motivos essenciais e ao impacto normativo que terá para a comunidade (especialmente em futuros julgamentos entre outros contendores), o fenômeno é designado como *stare decisis*”⁶⁰⁹.

A aplicação dos precedentes, ao contrário do que se possa pensar, não é feita de forma automática, mas constitui atividade que guarda considerável complexidade.

Na verdade, é preciso verificar, em cada caso concreto, as semelhanças de fato e de direito com o precedente anterior e, ainda, se o *princípio* nele deduzido é fundamento da decisão ou apenas *dictum*, ou seja, mera observação ou opinião.

Como apenas os fundamentos da decisão terão força vinculativa, a identificação do que seja *dictum* torna-se relevante, concluindo **Edward D. Re** que “a força vinculativa de um caso anterior limita-se ao princípio ou regra indispensável à solução das questões de fato e de direito efetivamente suscitadas e decididas. Todos os pronunciamentos que não são indispensáveis à decisão constituem *dicta*”⁶¹⁰.

Partindo-se da idéia de que causas idênticas merecem soluções idênticas, no *stare decisis*, doutrina onde as decisões judiciais vinculam futuros julgamentos, o que realmente importa é a “identidade de suporte fático e pretensão”⁶¹¹, de modo que, havendo identidade de causas, haverá vínculo a ser obedecido pelo próprio juiz prolator e pelas cortes hierarquicamente inferiores.

A utilização de decisões passadas, todavia, como já referido, não é feita de forma cega, sem a possibilidade de questionamentos. Após verificar a identidade de casos, o julgador pode aplicar o princípio extraído do caso anterior, fazendo-o de forma mais ampla ou mais restrita, e até mesmo deixar de fazê-lo, se ficar demonstrado que o direito foi “mal

⁶⁰⁸CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 186.

⁶⁰⁹CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 187.

⁶¹⁰RE, Edward D. *Stare decisis*, cit., p. 50.

⁶¹¹PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial, cit., p. 766.

compreendido ou mal aplicado ou onde a decisão anterior seja evidentemente contrária à razão”⁶¹².

Em um sistema codificado como o nosso, onde a legislação é tida como a principal fonte do direito, existe um descompasso entre a legislação, a dinâmica da realidade e os julgamentos realizados pelos juízes de primeiro grau e pelos Tribunais, o que exige uma intensa atividade criativa por parte dos julgadores para sanar esse descompasso.

Como decorrência, constata-se uma aproximação entre os dois sistemas, com uma gradativa valorização dos precedentes judiciais no sistema de *civil law*, em alguns casos atribuindo-lhes força vinculante, que, no direito brasileiro, pode ser ilustrada com a introdução da súmula vinculante.

A *jurisprudência*, definida como “o conjunto de decisões providas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante”, diferencia-se do precedente, que é a “decisão integrante ou não de um conjunto harmônico e reiterado e não necessariamente gerado por colegiado”⁶¹³.

Essa aproximação entre os dois sistemas é vista como um “incremento da criatividade da jurisprudência nos sistemas de *civil law*”⁶¹⁴, e ocorre quanto à forma como os precedentes atuam na relação *atividade judicial/lei*⁶¹⁵.

Neste capítulo, serão abordados, dentro do tema do precedente judicial, aspectos da motivação das decisões nos dois sistemas, enfocando eventuais diferenças ou semelhanças na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto feito pelos julgadores e realçando o singular conteúdo das decisões em cada um deles.

⁶¹²PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial, cit., p. 766, fazendo alusão à doutrina de Edward D. Re exposta no artigo *Stare decisis*, cit.

⁶¹³PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 5. José Rogério Cruz e Tucci, em sua obra “*Precedente judicial como fonte do direito*, cit.” explica ter deliberadamente optado pelo emprego da locução *precedente judicial* em substituição ao termo jurisprudência por duas *relevantes razões*: a primeira, porque, “enquanto hoje o substantivo *jurisprudência* indica genericamente a atividade dos tribunais no desempenho de seu mister de *ius dicere*, no âmbito da história do direito, *iurisprudencia* tem múltiplo significado, ora indicando ciência do direito, ora designando a própria atividade profissional (jurisprudência forense ou prática contraposta à teórica)”. A segunda razão para a escolha da expressão *precedente judicial* seria por sua maior abrangência, sendo certo que nem sempre, durante os diversos períodos históricos, a decisão anterior, invocada depois como *exemplum*, terá sido proferida por um ‘tribunal’ propriamente dito, e, portanto, não seria correto reconhecer-lhe ‘proveniência jurisprudencial’” (p. 9-10).

⁶¹⁴PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 17.

⁶¹⁵PARENTE, Eduardo de Albuquerque. A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes, cit., p. 152.

6.6.2. Dever de motivação das decisões judiciais. Sistema da *civil law* e da *common law*

A função jurisdicional não prescinde de uma interpretação da lei e dos fatos, devendo, por isso, toda decisão proferida ser obrigatoriamente fundamentada.

A fundamentação “é a forma em que a interpretação volta a se concretizar em discurso. Trata-se do elo de ligação entre o direito abstrato das leis e o direito aplicado ao caso concreto”⁶¹⁶.

Também no sistema de *common law*, seja uma Corte Suprema ou um Tribunal Constitucional, há sempre a necessidade de que sejam expostas à sociedade pelo julgador, por escrito, as razões das suas decisões, de modo a convencer a opinião pública da legitimidade daquilo que ficou decidido⁶¹⁷.

Esse empenho dos Tribunais em *comandar convencendo*⁶¹⁸, objetiva demonstrar que as decisões proferidas, longe de uma simples impressão subjetiva, representam a convicção do que seja realmente *o justo*.

A obrigação de motivar por escrito as razões que fundamentam as decisões assegura “ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiossincrasias e predileções subjetivas dos juízes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis ‘ao sentimento de equidade e justiça da comunidade’ ”⁶¹⁹.

É a motivação, portanto, que contém os “fundamentos racionalmente organizados”, excluindo as divagações, “argumentos supérfluos ou tudo o que dissimula e não justifica as escolhas decisórias do juiz”, a fim de possibilitar à opinião pública, também destinatária dessas decisões, um controle político⁶²⁰.

⁶¹⁶DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual*. München: Herbert Utz Verlag Wissenschaft, 1997. p. 13.

⁶¹⁷Segundo Cappelletti, “também em países, como a Inglaterra, em que não é formalmente estabelecida a obrigação de motivação, existe, todavia uma ‘bem conhecida praxe’, baseada na ‘tradição’, segundo a qual ‘os juízes dos tribunais superiores, quase sem exceção, emitem minuciosos pronunciamentos, nos quais explicam as razões de fato e de direito’ das suas decisões” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 98, nota de rodapé n. 213).

⁶¹⁸A expressão é de CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 90, nota de rodapé n. 189.

⁶¹⁹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 98.

⁶²⁰CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)*: contribuição ao estudo do efeito vinculante, cit., item 5.2.

Na visão de **Cappelletti**, as *escolhas* feitas pelo juiz ao decidir devem ser compreensíveis, não só aos operadores do direito (*expertos*), mas ao *homem do povo*. E para que sejam escolhas *responsáveis* e *mais democráticas*, “devem ser patentes as reais razões de qualquer escolha judiciária e revelados os conflitos entre as várias soluções possíveis”⁶²¹.

Cabe observar que as funções desempenhadas pelos juízes do sistema de *common law* diferem das funções dos juízes que atuam no sistema de *civil law*, muito embora esteja ocorrendo uma nítida aproximação gradual entre esses dois sistemas⁶²².

No sistema da *common law*, há a presença do júri, “que permite dividir as tarefas no interior do processo, e essencialmente no julgamento, transferindo para um órgão com legitimidade democrática popular directa a função e a tarefa de enunciação dos factos ou da verdade processual. (...) O juiz da *common law* é, no essencial, um mediador entre o júri e as partes e, por isso, exterior ao processo de enunciação da verdade judiciária; é juiz do processo e da questão de direito num sistema eminentemente processualizado, que faz respeitar as regras do jogo e da condução leal do processo (*fair trial*), como mediador entre o povo e a sua representação no júri”.

Já o juiz continental, “diversamente, cumula as funções de enunciação da verdade e de dizer o direito, concentrando em si a *potestas* em toda a diversidade do julgamento”, e o exercício desse poder está em constante controle, exposto a críticas, o que o obriga constantemente a justificar o uso que dele faz, por meio da argumentação que apresenta em seus julgamentos⁶²³.

⁶²¹CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*, cit., p. 132.

⁶²²A respeito da atenuação progressiva da diferença entre os regimes da *common law* e da *civil law*, cita Rodolfo de Camargo Mancuso o entendimento de Ives Gandra da Silva Martins, de que “Se, na ótica dos juristas latinos, o sistema dos precedentes da Common law constituiria a fonte principal do Direito, dado o poder criador do juiz (*judge made law*) , já na visão dos próprios magistrados ingleses isso não ocorre, em face do que denominaram a ‘declaratory theory of the common law’: os precedentes são considerados como uma explicitação do conteúdo do direito em vigor e não como o direito em si. Daí a aplicabilidade plena da regra do *Stare Decisis* também ao sistema romano-germânico de direito codificado, já que os objetivos da regra são os de preservar os princípios constitucionais básicos da igualdade e de segurança (tratar de forma igual os casos iguais e prever como serão julgados casos futuros semelhantes)” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*, cit., p. 180).

⁶²³Cf. GASPARD, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade, cit., p. 26-27.

6.6.3. Motivação e motivos na mecânica da aplicação do precedente judicial ao caso em julgamento no sistema da *common law* e no sistema da *civil law*

No sistema de *common law*, a obrigatória obediência aos precedentes, ao contrário do que se possa imaginar, não é feita de forma automática, como se fosse suficiente a simples leitura do precedente e a sua conseqüente aplicação ao caso a ser julgado. Também não se dispensa, como já referido, que a decisão venha de alguma forma justificada ⁶²⁴.

De fato, a doutrina do *stare decisis* e o funcionamento da técnica de julgamento com base nos precedentes não é de simples compreensão, o que levou **Allan Farnsworth** a observar que se trata de uma técnica tão difícil de apreender, como querer aprender a andar de bicicleta por meio de uma leitura em livro ⁶²⁵.

Sua complexidade reside em “formular uma regra geral, aplicável a um litígio similar”, o que “implica dotar de certa generalidade os fatos que deram origem à disputa”. Tal operação consiste, pois, “em selecionar os fatos relevantes e convertê-los em uma hipótese abstrata” ⁶²⁶.

Para facilitar o entendimento desse mecanismo de interpretação e aplicação do direito, é indispensável entender o que é um precedente obrigatório e onde se encontra a sua força vinculante.

Isso é feito mediante a compreensão do que seja a *ratio decidendi*, exatamente onde reside a força vinculante do precedente, distinguindo-a do que seja *dictum* ou *obiter dictum*, além de saber identificá-los no precedente em cotejo com o caso em julgamento.

É necessário também conhecer as técnicas do *distinguishing*, *overruling* e *reversing*, que são utilizadas para uma melhor aplicação do precedente ou até mesmo para a sua não utilização no caso que está sendo julgado.

⁶²⁴Willian L. Reynolds, Judicial process in a nutshell, 1991, p. 68, *apud* SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 124.

⁶²⁵Allan E. Farnsworth, An introduction to the legal system of United States, 1968, p. 63, referido por SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 124. Também Cracknell aponta como irônico o fato de a *ratio decidendi*, “o coração da teoria dos precedentes – ser tão difícil de ser definida” (cf. VIEIRA, Andréa Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007. p. 125).

⁶²⁶Ana Laura Magaloni Kerpel, citada por CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 191.

6.6.3.1. *Ratio Decidendi*

Um estudo do precedente judicial obrigatório não dispensa a exata compreensão e identificação do que seja a *ratio decidendi*, que as Cortes estão obrigadas a seguir.

Várias são as definições dadas à *ratio decidendi*, dentre elas uma bastante difundida, segundo a qual “a doutrina de um caso é uma proposição jurídica geral da qual, em conexão com as circunstâncias do caso, a decisão logicamente resulta, e sobre a qual a Corte baseou sua decisão, quer o tenha declarado, quer não”⁶²⁷.

Para **Gary Slapper** e **David Kelly**, a *ratio decidendi* é “a razão de direito aplicada ao se decidir o litígio trazido pelo fato concreto”⁶²⁸.

A *ratio* é o princípio, o motivo, a razão jurídica ligada aos fatos essenciais da causa, que fez com que o caso anterior fosse decidido de determinada maneira e que terá força vinculante para situações futuras que lhe sejam similares, de acordo com a posição hierárquica do Tribunal onde houve o julgamento e a Corte que o invoca⁶²⁹.

Trata-se do *princípio geral* “que justifica a solução adotada”⁶³⁰. Assim, “a força obrigatória de um precedente se vincula à norma geral na qual se funda o julgamento e que foi aplicada aos fatos. É aí que está a *ratio decidendi*”⁶³¹.

Na lição de **Ugo Mattei**, a *ratio decidendi* é a verdadeira decisão do Tribunal, “una regola generale senza la quale il caso sarebbe stato deciso diversamente. Non è la decisione del caso particolare che lo rende precedente ma la ragione giuridica della decisione, la *ratio*

⁶²⁷Eugene Wambaugh, *apud* CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 193.

⁶²⁸Cf. VIEIRA, Andréa Costa. *Civil law e common law*: os dois grandes sistemas legais comparados, cit., p. 12.

⁶²⁹Cf. CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 193. Para Salmond, “a decisão concreta é vinculante entre as partes, somente a sua abstrata *ratio decidendi* é que tem força obrigatória para todo mundo”. *Apud* CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 193, nota de rodapé n. 43.

⁶³⁰MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 82.

⁶³¹CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 194.

decidendi, vale a dire il principio giuridico sottostante che, applicato al fatti, ha determinato quella particolare decisione”⁶³².

Vê-se, pois, que nem tudo o que consta da decisão e foi escrito pelo juiz pode ser considerada a sua *ratio*. Apenas os princípios extraídos da análise dos fatos e sobre os quais está baseada a decisão é que terão força vinculante. As demais razões de direito contidas no raciocínio judicial, mas que não constituem a parte principal do julgamento, não integram a *ratio*, mas constituem mero *dictum* ou *obter dictum*.

6.6.3.2. *Dictum* ou *Obter Dictum*⁶³³

Dictum vem do latim, *obiter dictum*, que quer dizer “o que é dito de passagem”. Designa qualquer afirmação ou raciocínio incidental, que se fez na motivação, mas sem que fosse indispensável para a decisão da causa.

Distingue-se da *ratio* (ou *holding*), que é a resposta fundamentada a respeito das questões essenciais suscitadas no caso e que constitui a *razão da decisão ou o seu verdadeiro fundamento*.

Dictum é tudo aquilo que não faz parte da *ratio decidendi* e que, por isso, não tem força vinculante, embora normalmente tenha força persuasiva em julgamentos futuros. São as “razões dadas como forma de explicar, ilustrar ou expor, de forma geral, direitos e deveres em litígio”⁶³⁴.

Assim, “qualquer raciocínio judicial que seja estranho àquele núcleo do julgamento é, por definição, um mero *dictum* ou *obter dictum*, apto eventualmente a persuadir e na prática dotado de enorme influência, mas incapaz, por si, de obrigar quem quer que seja”⁶³⁵.

⁶³²Cf. PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial, cit., p. 767, citação trazida na nota de rodapé nº15.

⁶³³As expressões são utilizadas como sinônimos, cf. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 140.

⁶³⁴Cf. Geldart, citado por VIEIRA, Andréa Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*, cit., p. 126.

⁶³⁵CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 193.

Embora sem força obrigatória, o *dictum* possui grande influência em casos futuros, pois, além de integrar a explicação dada para a decisão final, pode ter vindo do raciocínio de um ou mais juízes respeitados ou mesmo de uma Corte Superior, o que justifica que esse raciocínio seja adotado em caso posterior a ser julgado.

6.6.3.3. Mecânica da aplicação do precedente na *common law*

Nos países da *common law*, onde o precedente judiciário é a principal fonte do direito, cada precedente gera uma regra (princípio), que é a *ratio decidendi*.

O julgamento em si não é a regra de direito, mas contém essa regra, que será aplicada na resolução de outros casos análogos futuros. Cabe ao intérprete extrair o princípio (regra de direito) assentado em cada precedente, analisando os fatos relevantes nele indicados para a resolução do caso e os fundamentos da decisão.

Extraída a regra, deve o intérprete comparar os fatos e questões que lhe deram origem com os do caso a ser julgado, a fim de verificar a aplicação ou não do precedente ao caso pendente de julgamento e em qual extensão.

Em síntese, o intérprete examina o precedente e dele extrai o princípio. Depois, compara os fatos e questões que deram origem ao princípio com os do caso que aguarda julgamento, verificando a aplicação ou não desse princípio.

Como a regra gerada pelo precedente está sempre ligada aos fatos relevantes para o julgamento do caso, para sua aplicação em casos futuros todos esses fatos terão que ser novamente analisados pelo juiz subsequente para que possa ele concluir pela aplicação ou não daquela regra ao caso em julgamento.

A identificação da regra a partir de um precedente judicial constitui trabalho interpretativo de expressiva complexidade e que exige um processo de interpretação, avaliação e de comparação entre os casos que, certamente, não pode ser alcançado mediante mera atividade mecânica da leitura de um caso e outro.

Esse processo de interpretação exigido para a identificação da *ratio decidendi* pode levar a distorções e erros, até mesmo com a equivocada conclusão da inaplicabilidade de um princípio que, na verdade, deveria solucionar o conflito pendente.

Assim, os países da *common law* experimentam problemas semelhantes àqueles experimentados por países da *civil law*, pois nem sempre a obrigatória obediência ao precedente funciona como “um mecanismo de preservação da uniformidade na interpretação e na aplicação do direito” ou como “fator facilitador da atividade de julgar”.

Na prática, verifica-se que o sistema de *common law* dá origem a uma sucessão de pronunciamentos dotados de efeitos vinculantes, que oneram o operador do direito com a necessidade de recorrer a vários métodos de diferenciação e de interpretação “de uma interminável e complexa teia de precedentes” e que “está longe de facilitar a aplicação do direito, ou de significar a diminuição no índice de litigiosidade. Perde-se um tempo enorme em torno de discussões periféricas ao litígio propriamente dito”⁶³⁶.

6.6.3.4. Motivo, motivação e a força vinculante do precedente

Quando a Corte realiza o julgamento de um caso semelhante àquele anterior, ela confronta os fatos essenciais do precedente com os do caso em julgamento e, na motivação, expõe as razões pelas quais concluiu que o caso pendente se alinha ou não com o princípio contido no precedente judicial obrigatório.

Mas a motivação não é a *ratio decidendi*. A motivação contém o *dictum*, ou seja, tudo aquilo que foi *dito* de passagem, e também a *ratio* (ou *holding*), que normalmente vem explícita na motivação.

Porém, o que na verdade gera o precedente “não é propriamente a motivação, mas o motivo da decisão (ainda que não tenham sido expostos de modo correto ou que tenham ficado simplesmente tácitos)”⁶³⁷.

A *ratio*, que sempre existirá na decisão, pode não ter sido enunciada exatamente do modo como o juiz subsequente a aplicará. E também haverá situações em que essa *ratio* não foi explicitada, mas será extraída de um confronto entre o que se decidiu no precedente

⁶³⁶FLEISCHMAN, Débora Ribeiro. *Análise histórico-comparatística da súmula vinculante*. Trabalho apresentado em 2004 na matéria “Teoria Geral dos Recursos” aos professores Antonio Carlos Marcato e Carlos Alberto Carmona, no Curso de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Texto cedido pela autora.

⁶³⁷CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 194.

e o que está em discussão no processo. Por isso, nem sempre a *ratio* é uma parte ou um trecho da motivação.

Na verdade, como já referido, o que dá origem ao precedente não é exatamente a *motivação*, mas o *motivo* da decisão, que são coisas distintas.

O *motivo* é o fato ou fundamento adotado em uma decisão que leva o juiz a acolher o pedido e justifica a solução dada. Já a *motivação* é a explicação formal que o Juiz (ou tribunal) apresenta para julgar de determinada maneira.

Conclui-se, portanto, que, no sistema de *common law*, a eficácia vinculante de um precedente não dispensa uma interpretação do seu conteúdo.

É a motivação redigida pelo julgador por ocasião do julgamento do caso subsequente que ajuda a entender a interpretação dada ao precedente anterior e que funciona como uma interpretação autêntica.

Mas a autoridade ou força vinculante do precedente não está nas palavras que são utilizadas pelo julgador para justificá-lo ou na forma como foi interpretado, e sim na sua *ratio decidendi*, regra que foi reconhecida e aplicada ao caso que foi decidido e que será aplicável a todos os seguintes que com ele guardem semelhança.

Essa *ratio* deve ser identificada pelo juiz posterior que aplicará o precedente e que também deverá saber distinguir os motivos essenciais, aos quais está vinculado, daqueles secundários (*obiter*), que não está obrigado a seguir.

A aplicação dos precedentes e a sua eficácia vinculante dependem também de algumas técnicas que, por meio da habilidade dos juízes, podem ampliar ou restringir a extensão do precedente e manter o caráter dinâmico do Direito.

6.6.3.5. *Distinguishing, Overruling e Reversal*

Na doutrina do *stare decisis*, ao contrário do que se possa pensar em razão da força obrigatória dos precedentes, o caráter dinâmico do Direito consegue ser respeitado por

meio da utilização do *distinguishing* ou do *overruling*, técnicas de “consciente adaptação a novos contextos”⁶³⁸, utilizada pelo julgador do sistema de *common law*.

Pode a Corte, que criou o precedente, eliminá-lo, o que ocorre por meio do *overruling*, ou mesmo fazer as necessárias distinções quanto aos fatos que se apresentam no novo caso em comparação com os anteriores já julgados, poder que não é excluído dentro do método jurídico do *stare decisis*. Trata-se, neste último caso, do *distinguishing*, o qual afasta a força vinculante do precedente, enquanto no primeiro (*overruling*), há uma revogação do precedente, feito por uma Corte superior e que possui efeitos *ex tunc*, operando retroativamente como se nunca tivesse existido⁶³⁹.

Finalmente, o *reversal* funciona como um recurso dentro do mesmo processo, onde a reforma de uma decisão de uma Corte *a quo* é feita por uma Corte *ad quem*⁶⁴⁰. Distingue-se do *overruling*, porque, neste, há a revogação do precedente.

6.6.4. Interpretação e aplicação dos precedentes e da lei nos sistemas da *common law* e da *civil law*: variação do grau de abstração

Em qualquer um dos sistemas que se examine, os precedentes possuem uma presunção em seu favor: os juízes só optam por não segui-los quando realmente possuem razões muito fortes para fazê-lo.

Caso contrário, o precedente é quase sempre levado em consideração, inclusive no nosso sistema de *civil law*, porque simplificam o método de motivação, funcionando como um ponto de partida para a reflexão do julgador. Na dúvida, portanto, é sempre melhor decidir em favor dos precedentes, se o julgador não tiver melhores argumentos para contrariá-los⁶⁴¹.

⁶³⁸CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação, cit., p. 195.

⁶³⁹VIEIRA, Andréa Costa. *Civil law e common law*: os dois grandes sistemas legais comparados, cit., p. 127.

⁶⁴⁰SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*, cit., p. 153.

⁶⁴¹CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)*: contribuição ao estudo do efeito vinculante, cit., item 8, fazendo referência ao pensamento de Martin Kriele, doutrinador que não considera tão diferente o papel dos precedentes judiciais no sistema do direito anglo-americano em comparação com os sistemas da *civil law*, pois, “o que vale, nessas duas famílias, é uma presunção a favor do precedente: todo jurista, ao interpretar os atos normativos, leva-o em consideração e só se afasta dele quando se convence de que existe, para isso, uma boa razão para fazê-lo”.

Entre nós, ao fazer referência ao precedente judicial, deve o juiz, por meio de um esforço argumentativo, explicar as razões pelas quais, ao julgar aquele caso, levou em consideração determinado precedente, ou melhor, quais “aspectos fazem aquele caso ao qual se remete ser considerado um precedente. Caso assim não seja, tem-se por prejudicado o principal objetivo do dever de fundamentação, que é justamente fazer que a decisão venha acompanhada de uma racionalidade – o que aumenta sua chance de correção”⁶⁴².

Mesmo entre nós, filiados ao sistema do direito romano-germânico, é evidente a influência dos precedentes judiciais, principalmente sobre a opção da parte de recorrer ou não aos Tribunais, e até mesmo quanto à decisão de propor a demanda, ainda que entre nós os precedentes, via de regra, não tenham força obrigatória.

No sistema de *common law*, onde o precedente judiciário é vinculante, a decisão judicial formula a regra que aplica ao caso que está decidindo e que será aplicável a todos os seguintes que lhe sejam semelhantes. A regra contida na decisão não poderá, em princípio, ser desconsiderada pelos juízes, no futuro, por constituir, naquele sistema, verdadeira fonte do direito.

Na verdade, em ambos os sistemas, não se vislumbram diferenças significativas quanto à interpretação dada à lei ou ao precedente, na atividade intelectual desenvolvida por aqueles encarregados da função de julgar.

O que varia na tarefa de interpretar o sentido de uma lei ou de um precedente é o seu grau de abstração: na lei, o suporte fático ou a hipótese de incidência tem um grau de abstração bem maior do que aquele existente no precedente.

A grande diferença entre os dois sistemas está, pois, no nível de generalização (variação do grau de abstração) em que cada um dos sistemas opera: na lei, o suporte fático ou a hipótese de incidência tem um grau de abstração muito maior do que no precedente; já o precedente está indissociavelmente ligado aos fatos essenciais apreciados na decisão, e, bem por isso, contém uma abordagem mais concreta e específica do que aquela feita normalmente no processo legislativo⁶⁴³.

⁶⁴²AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 9.

⁶⁴³A respeito, confira-se CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993)*: contribuição ao estudo do efeito vinculante, cit.

No nosso sistema, a tendência hoje é raciocinar em torno de categorias amplas e legislar para hipóteses mais gerais.

Tome-se como exemplo o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor: "*O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*".

Para se obter normas similares a essa por meio de precedentes é preciso que surjam sucessivos casos concretos, nos quais tenha sido necessário formular várias regras para resolvê-los. Em um caso se discutirá, especificamente, a responsabilidade pelo defeito do projeto; noutro, pelo defeito da construção ou por falta de informação quanto aos riscos do produto. E assim por diante.

Ou seja: a nossa técnica de formulação de normas não está ligada, especificamente, a determinados fatos, mas a hipóteses mais gerais, enquanto no sistema de precedentes é em torno do caso concreto que se constrói o que chamaríamos de hipótese de incidência da regra.

Em outros termos: no sistema da *common law* parte-se do caso para a regra; aqui, a lei formula a regra e o juiz deve verificar se ela é ou não aplicável ao caso concreto.

6.6.5. Conclusões

As várias decisões proferidas por aqueles que possuem a tarefa de julgar constituem sempre precedentes judiciais, que podem ou não ter força vinculativa, dependendo do sistema jurídico adotado.

No sistema de *common law*, os precedentes possuem força obrigatória, o que não ocorre nos países filiados ao sistema da *civil law*, onde normalmente eles têm apenas força persuasiva e auxiliam os julgadores na interpretação e aplicação do direito.

Na *common law*, os precedentes constituem verdadeira fonte do direito. Já nos sistemas codificados do *civil law*, a principal fonte do direito é a lei.

Observa-se, todavia, nesses últimos tempos, uma crescente valorização dos precedentes judiciais no nosso sistema, que são invocados para fundamentar decisões em casos posteriores, o que traz uma maior previsibilidade para as decisões e, conseqüentemente, maior segurança jurídica ⁶⁴⁴.

As sucessivas reformas do Código de Processo Civil deixam mais clara essa aproximação entre os dois sistemas, pois fortalecem os precedentes judiciais e, principalmente, valorizam a chamada *jurisprudência pacífica*.

A esse respeito, confira-se o artigo 557 do Código de Processo Civil que autoriza que o recurso seja liminarmente indeferido pelo relator, quando o fundamento do inconformismo colidir “com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do STF ou de Tribunal Superior” ⁶⁴⁵.

E o parágrafo 1º-A do mesmo artigo 557 prevê que se “a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”.

Entre nós, a forma de legislar com a utilização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados também alterou a atividade hermenêutica, propiciando uma ampla atividade criativa do julgador ao interpretar e aplicar a lei na solução de casos concretos.

As reformas valorizaram os precedentes judiciais, com força para servir como diretriz para o julgamento de casos futuros.

Anota **José Rogério Cruz e Tucci** que, enquanto nos países que adotam o modelo da *common law*, a força vinculante dos julgados tem se tornado mais flexível, os ordenamentos codificados, como o nosso, têm atribuído inegável valor aos precedentes, atendo-se os juízes à fundamentação da *ratio decidendi* neles exposta e adotando-os em julgamentos futuros de casos semelhantes ⁶⁴⁶.

⁶⁴⁴Na verdade, não existe sistema processual puro e o Brasil sempre esteve sob a influência do sistema da *common law*, como, por exemplo, ao adotar a cláusula do *due process of law*, nas *class actions* e no controle difuso da constitucionalidade (Cf. CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes, cit., p. 160).

⁶⁴⁵O parágrafo 2º do mesmo artigo 557 prevê multa de 1% quando interposto recurso contra tese já sumulada ou orientação assentada perante os Tribunais.

⁶⁴⁶CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 26. Esclarece o autor que, “a exemplo dos países dominados pela regra do *binding precedent*, parte significativa das experiências jurídicas contemporâneas da *civil law*, contemplam, com diversificada intensidade, o *precedente judicial* com força obrigatória, particularmente na esfera do controle direto da constitucionalidade das leis” (op. cit., p. 250).

Guardadas as diferenças significativas entre os dois sistemas, e, sendo evidente que nunca *um adotará integralmente os princípios do outro*⁶⁴⁷, a experiência da *common law* pode trazer para o nosso sistema um melhor aproveitamento da criatividade da jurisprudência para os julgamentos e uma maior uniformidade das decisões judiciais.

Nas palavras de **Barbosa Moreira**, a influência recíproca das duas famílias jurídicas constitui evidente manifestação do fenômeno da globalização⁶⁴⁸, sendo perceptível, como afirma **Sérgio Gilberto Porto**, uma *commonlawlização* do direito nacional, com a valorização da jurisprudência no sistema pátrio e um maior prestígio da corrente de pensamento que reconhece a *função criadora do juiz*⁶⁴⁹, decorrente da atividade interpretativa de cada julgador que é inerente ao processo de aplicação do direito.

A maior influência dos precedentes em nosso sistema acarreta, sem dúvida, uma maior e salutar previsibilidade na aplicação do direito, com inegáveis reflexos na isonomia processual e na segurança jurídica.

A influência dos precedentes também desempenha o papel de estimular os juízes a serem mais cuidadosos ao proferirem suas decisões, cientes de que a fundamentação por eles invocada poderá ser posteriormente utilizada por outro julgador em caso subsequente, mas semelhante ao anterior, além de demover os litigantes da ilusão de obter uma resposta diferente para o julgamento do seu caso⁶⁵⁰.

Na verdade, os precedentes sempre exerceram inequívoca influência sobre os julgamentos proferidos, em qualquer um dos sistemas que se adote. O que variou ao longo do tempo foi o peso da jurisprudência sobre o sentido em que o juiz deve julgar⁶⁵¹, agora muito mais valorizado.

Nos sistemas codificados, a revalorização dos precedentes tende a suprir a defasagem gerada por aquilo que consta da lei e o que ocorre na realidade do mundo exterior em seus incontáveis conflitos, mais rapidamente captada pelos julgamentos realizados pelos juízes, que nortearão os julgamentos futuros.

⁶⁴⁷Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 17.

⁶⁴⁸BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: _____. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 39.

⁶⁴⁹Civil law, common law e o precedente judicial, p. 764.

⁶⁵⁰PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial, cit., p. 766.

⁶⁵¹BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: _____. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 299.

7. O MOMENTO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO: A FORÇA CRIADORA DA JURISPRUDÊNCIA

“A ‘justiça do caso único’, que é invocada em contraste com a ‘justiça das normas’, tornou-se, nos últimos anos, um *leitmotiv* bastante difundido no âmbito de várias orientações *postmodern* da teoria do direito” (**Michele Taruffo**, *Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito*).

“A lei, de *per se*, diz pouco ou nada ao cidadão e ao jurista; ocorre atender à interpretação e à aplicação por parte dos tribunais. Nesse sentido, pode-se definir a jurisprudência como ‘fator do direito’” (**Nicola Picardi**, *Notas sobre o precedente judicial*)

O atual momento de revalorização da força criadora da jurisprudência vem reconhecido por **Nicola Picardi** como uma *vocação do nosso tempo para a jurisdição*⁶⁵², traduzido por um expressivo aumento dos poderes dos juízes e pela criação judiciária do direito, com uma correspondente valorização dos precedentes judiciais.

As decisões dos juízes vêm hoje fortemente motivadas em precedentes judiciais que *condicionam* a leitura da lei, em flagrante contraste com a orientação tradicional, de que a lei seria a única fonte do direito⁶⁵³ e onde se encontrariam todos os elementos necessários para que a operação lógica de subsunção do fato à norma fosse feita, sem a necessidade da inclusão de outros elementos pelo juiz.

Diante de uma gradativa aproximação que vem ocorrendo entre o nosso sistema de *civil law* com o sistema de *common law*, vem à baila a lição de **Robert Alexy**, de que, quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve-se fazê-lo, mas, quem dele quiser se afastar, assume a *carga da argumentação*”⁶⁵⁴.

⁶⁵² A vocação do nosso tempo para a jurisdição, in PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 1. “No início do século XIX, Friedrich K. von Savigny, com uma feliz expressão, falou de ‘vocação’ do seu tempo para a legislação e a ciência jurídica. No século XX, ao fim dos anos trinta, Mariano D’Amelio retoma tal expressão em um conhecido ensaio sobre a vocação do século XX para a codificação, mas, ao fim dos anos setenta, Natalino Irti falará da época da decodificação. Ao início do século XXI, a situação parece enfim diferente e mais completa. Poderíamos sintetizá-la falando de vocação do nosso tempo para a jurisdição e a doutrina jurídica” (op. cit., p.2).

⁶⁵³ Nesse sentido, Nicola Picardi, *Notas sobre o precedente judicial*, in PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 146-147.

⁶⁵⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Ed., 2008. p. 267.

Em conferência realizada ainda no ano de 1955, publicada depois em forma de artigo com o título *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, **Piero Calamandrei**, observando as aceleradas transformações sociais já àquela época, que colocavam em discussão vários conceitos jurídicos, falava, não com o desencanto de alguns sobre a agonia e morte do direito – ressalva ele –, como se o direito não fosse um dos aspectos necessários e perenes da sociedade (“*quase si direbbe la sua ombra razionale, uno dei modi di essere di essa, che si trasforma e si rinnova con essa*”), mas alertando para o fato de que “*il diritto non declina: il diritto se adegua*”.

E realçava então o processualista a função do jurista, que não é a de um conservador de um museu de antiguidades, mas “*un vivo e vigile interprete dei tempi, che tanto meglio sa adempiere alla sua funzione quanto meglio riesce a sentire le esigenze umane della storia e a tradurle in formule appropriate di ordinata convivenza*”⁶⁵⁵.

Já naquela oportunidade, lamentava **Calamandrei** de uma “*specie di connivenza di immobilità*” entre o poder legislativo e o judiciário, que não corresponderia aos anseios daqueles que confiariam na jurisprudência, na esperança de que esta, “*nella carenza del legislatore, avvertisse direttamente le esigenze dei tempi nuovi e coraggiosamente le accogliesse nelle sue decisioni, quasi per indicar la via al parlamento*”. E acrescentava: “*Vi sono tempi di stasi sociale in cui il giudice può limitarsi ad essere il fedele secondo del legislatore, il seguace che l’accompagno passo per passo; ma vi sono tempi di rapida trasformazione in cui il giudice deve avere il coraggio di esserne il precursore, l’antesignano, l’incitatore*”⁶⁵⁶.

A história mostraria aquilo que **Calamandrei** de certa forma profetizara: a revalorização da força criadora da jurisprudência, derivada da interpretação criativa do direito feita pelos juízes e julgadores dos Tribunais, caracteriza um momento histórico do nosso tempo.

Entre nós, **Humberto Theodoro Júnior** dá o seu testemunho de que, após 50 anos de vivência no mundo do direito, pode contemplar a era de maior transformação do cenário jurídico desde o século do Iluminismo.

⁶⁵⁵In CALAMANDREI, Piero. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. In: _____. *Studi sul processo civile*. Padova: Cedam. 1957. v. 6, p. 89-90.

⁶⁵⁶CALAMANDREI, Piero. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente, cit., v. 6, p. 103.

Segundo ele, o século XVIII “sonhou com um direito natural eterno e transcendente, que ao jurista competia descobrir e revelar pesquisando com a razão normas de conduta cujas raízes haveriam de se encontrar dentro da própria natureza humana”. Já o século XIX, “mais racional e prático, afastou do domínio do direito as indagações metafísicas do jusnaturalismo e fez com que a ciência jurídica se concentrasse na análise e sistematização das leis editadas pelo poder estatal”, de modo que conhecer o direito, em uma concepção positivista, era “conhecer as normas contidas nas leis vigentes”.

A inquietude política do século XX viria a aniquilar “o positivismo ilusório do século anterior” e pôr em cena “a intervenção estatal no domínio econômico, não só pela via normativa como pela adoção de expedientes administrativos tendentes à implantação de uma nova ordem de convivência social, que fosse além das declarações de direitos fundamentais, para torná-las concretas e efetivas”.

Conclui o processualista mineiro que, nesse contexto de transformações, a ciência do direito teve de se ampliar, para melhor compreender, explicar e aplicar as normas editadas pelo legislador, preservados os dois princípios básicos da justiça e da segurança jurídica. As normas positivas, acrescenta ele, “abandonaram o anseio de serem exaurientes em seus próprios enunciados, dando maior valor à especulação dialética e argumentativa, em busca de se enriquecer, em seu significado prático e concreto”, e o jurista, “na seara de seu mister típico, não legisla, mas completa a tarefa normativa do legislador, quando tem de enfrentar a sistematização da nova lei com a ordem jurídica preexistente e com os valores que sua aplicação prática desafia”⁶⁵⁷.

Ao julgador, em um contexto de transformações sociais profundas e de uma maior ênfase na argumentação trazida pela motivação, cabe proferir decisões mais próximas da realidade e que correspondam às expectativas sociais. Como observa **Rosa Maria de Andrade Nery**, “é muito difícil que o jurista consiga superar as crises do envelhecimento do direito posto, sem que faça uso de um método de trabalho que supere o anacronismo da lei”⁶⁵⁸.

Nessa linha de idéias, cabe mostrar agora como a interpretação e aplicação do direito feita pelos julgadores supera a incapacidade do legislador de acompanhar as rápidas mudanças sociais, desembocando em um momento de ampla criação jurisprudencial do

⁶⁵⁷THEODORO JR., Humberto. O sistema positivo e o impacto da era das reformas legislativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 16, n. 84, p. 12, out./dez. 2008.

⁶⁵⁸NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 207.

direito e de uma consequente valorização dos precedentes judiciais, quiçá correspondendo às expectativas de **Calamandrei** anunciadas ainda nos idos de 1955.

7.1. Da era da codificação para o século da jurisdição

7.1.1. A importância dos precedentes judiciais antes das codificações

Até a época das codificações (século XVIII), a jurisprudência desempenhou um relevante papel no direito romano, que, como ensina **Sérgio Gilberto Porto**, não tinha na lei a sua fonte primeira, mas na jurisprudência dos pretores romanos, que teria transfigurado o direito, de mera manifestação do costume reiterado dos povos, para um sistema de produção de normas jurídicas, mas com origem no trabalho dos jurisconsultos.

Explica o autor que, segundo a história do direito, foi em Roma “que nasceu a idéia de jurisdição e, por decorrência, o produto desta jurisdição era considerado o próprio Direito da época. Com efeito, a própria palavra jurisdição tem origem no vocábulo latino *jurisdictio* (*juris* + *dictio*), que numa tradução literal significa “dizer o direito”. (...) Mesmo a grande compilação de Justiniano não pode ser caracterizada como fonte legislativa, mas sim como grande compilação jurisprudencial” ⁶⁵⁹.

No período clássico do direito romano não existia um sistema jurídico organizado legislativamente. Por isso, “era através da *iurisdictio* que a norma individual, a ser observada no caso concreto, era criada, literalmente criada, ao menos nas fases mais primitivas do direito romano”, não se olvidando que o *ius dicere*, próprio da *iurisdictio*, cabia ao Praetor romano, enquanto *iudicare* era a função exercida pelo iudex, o juiz privado, que apenas aplicava o direito que o Praetor lhe indicara ⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹PORTO, Sérgio Gilberto. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade, cit., p. 184-185. Para Ovídio Baptista da Silva, “o empenho legislativo de Justiniano, já nos estágios finais do direito romano, não foi além de seu propósito básico de ‘canonizar’ o direito produzido pelos jurisconsultos romanos dos períodos históricos precedentes (a partir de Constantino e dos imperadores cristãos posteriores), de modo a torná-lo uma manifestação do próprio Imperador, gerando, ao mesmo tempo, o material de que a Universidade carecia para a formação dos novos juristas (Gian Gualberto Archi, *Giustiniano legislatore*, Bolonha, Il Mulino, 1970, p. 186)” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 2).

⁶⁶⁰SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 2-3.

Assim, antes da idéia da codificação, os operadores do direito enfrentavam grandes dificuldades na aplicação do direito, resumidas por **Giordano Bruno Soares Roberto**⁶⁶¹ em três mais importantes:

Primeiro, havia uma *justaposição* de ordens jurídicas envolvendo os direitos consuetudinários de origem germânica e o direito romano, o que causava grande insegurança na aplicação do direito.

Segundo, a solução dos problemas jurídicos era tarefa de extrema complexidade, pois era difícil inclusive conhecer as regras aplicáveis: “os costumes germânicos eram muito variados e, mesmo quando fixados por escrito, não se tornavam facilmente identificáveis, uma vez que as versões escritas eram muito imperfeitas. Quanto ao direito romano, a situação não era melhor, pois ele ‘era então constituído por uma massa de obras às vezes desordenada, interminável e escrita por inúmeros juristas, inclinados a se contradizerem mutuamente’”⁶⁶².

Finalmente, a *terceira* e uma das maiores dificuldades desse período era o difícil acesso ao direito pelo leigo, pois, além de não lhe ser dado conhecer as regras às quais estava previamente obrigado a cumprir, a aplicação do direito era feita por processos secretos, que procuravam evitar ao máximo o contato direto com o povo, exatamente sobre quem recaía o direito aplicado⁶⁶³.

Foi somente a partir do Principado, como noticia **Ovídio Baptista da Silva**, que as normas legais passaram a constituir uma fonte significativa de produção do direito no lugar da fonte pretoriana, antes dominante: “A partir de Augusto, o direito romano passou a contar com um corpo de normas jurídicas, cuja importância não parou de crescer até nossos dias”⁶⁶⁴.

Os problemas da época mereceriam uma tentativa de solução com a chegada do Iluminismo e a idéia da codificação, que idealizava a edição de códigos que passariam a constituir a única fonte para compreensão e aplicação do direito.

⁶⁶¹ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 15-16.

⁶⁶²ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p.16, invocando lição de Caenegem.

⁶⁶³ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p. 16.

⁶⁶⁴SILVA, Ovídio A. Baptista da. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*, cit., p. 4.

7.1.2. O movimento da codificação: contexto histórico. O pensamento positivista

Já no início do século XVIII, iniciou-se entre os juristas uma reação para pôr fim ao *despotismo dos tribunais*, “creditando exclusivamente aos legisladores a tarefa de interpretar a lei obscura”.

É o que noticia **José Rogério Cruz e Tucci**, em sua valiosa obra *Precedente judicial como fonte do direito*: “Com o passar do tempo, nota-se que a atividade forense desenvolvida nos países da Europa continental conhecia grande desorganização e insegurança, devidas ao excesso de correntes doutrinárias e à morosidade da tramitação do processo, causada pelo rito solene ditado pelas *ordines iudicarii* medievais. Os tribunais também apresentavam complicada organização interna, inerente à variedade de juízos, fator que ensejava imensa desconfiança na justiça. (...) O arbítrio dos juízes vinha assim realçado, em pleno Iluminismo (...)”⁶⁶⁵.

No chamado *século das luzes*, marcado pela luta da *razão contra a autoridade*, o direito sofreria uma profunda transformação. Chegar-se-ia à conclusão de que o direito “não poderia continuar dominado pela tradição e pela autoridade. A razão humana deveria tomar a seu cargo um projeto de renovação dos ordenamentos jurídicos. As regras deveriam ser claras e facilmente reconhecíveis. Não deveriam se contradizer. Antes, deveriam participar de um sistema coerente”. A codificação viria, pois, como técnica para a aplicação desse novo direito ⁶⁶⁶.

A idéia era enclausurar a legislação de tal forma que fosse colocada a salvo de eventuais *arroubos criativos*, que não tivessem origem no próprio Poder Legislativo ⁶⁶⁷.

Pela teoria da codificação, os códigos seriam completos e não haveria espaço para outra fonte do direito; a redação da lei seria clara e mostraria de forma precisa a vontade do legislador; os códigos seriam também concisos e em linguagem acessível a todos os cidadãos que neles pautariam sua conduta, sabendo quais os comportamentos permitidos e

⁶⁶⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 190-191.

⁶⁶⁶ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p. 18-19.

⁶⁶⁷ FIUZA, César. *Crise e interpretação no direito civil: da Escola da Exegese às Teorias da argumentação*. In: _____; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 30.

aqueles proibidos; finalmente, teriam a característica da rigidez, pois deveriam “aspirar à permanência”⁶⁶⁸.

O sucesso do Código francês de Napoleão traduziu o sucesso da idéia da codificação⁶⁶⁹. Com ele, a idéia da identificação do direito com a lei atingiria o seu auge, quando a lei seria a única forma válida de expressão jurídica e o código, a “manifestação de um todo normativo sistemático e desprovido de imperfeições”⁶⁷⁰.

Foi nesse contexto que se deu o declínio da jurisprudência e a ascensão do legalismo.

A busca pelo *primado da lei* “visava a evitar a facciosidade, até então existente, do Rei, tanto quanto do Judiciário, a ponto de a Constituição da França, de 03.11.1791, resultante da Revolução, ter disposto: ‘il n’y a pas en France autorité supérieure à la loi [não há na França autoridade superior à lei]’”⁶⁷¹

Com o fortalecimento da idéia da separação dos poderes, ensina **José Rogério Cruz e Tucci**, “a vontade popular passa a ser considerada a única investida de legitimidade”, e a lei, a “expressão da ‘vontade geral’, a “fonte primeira, se não única, de direito”. E acrescenta o ilustre professor desta Casa: “Perante a lei, a jurisprudência deveria ceder, certamente para evitar qualquer dúvida quanto ao monopólio da função legislativa que deveria ser exercitada exclusivamente pelo poder legislativo, sem ingerência de qualquer outro, em particular do poder judicial”⁶⁷².

Diante dessa onipotência do legislador, o juiz viu o seu papel reduzido “ao mínimo possível na aplicação do direito”⁶⁷³.

O advento do Código napoleônico, fruto das ideologias da Revolução Francesa, rompia com o antigo regime, com os privilégios da nobreza e do clero e trazia a idéia de

⁶⁶⁸ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p. 26.

⁶⁶⁹ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p. 36.

⁶⁷⁰ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, p. 33, jul./dez. 2006.

⁶⁷¹LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 449.

⁶⁷²CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 197.

⁶⁷³ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 33.

que a lei seria apta a dar solução para todos os conflitos, sendo, pois, a única fonte para o raciocínio jurídico⁶⁷⁴.

Essa maneira de ver o direito está representada pelo movimento denominado Escola da Exegese⁶⁷⁵, que enxergava a lei como fonte única do Direito e eliminava a atividade criativa do julgador, o que encontrava ampla justificativa dentro do contexto histórico da época.

Na verdade, o povo, afirma **César Fiuza**, “já estava farto dos desmandos do Rei, da nobreza e da Magistratura. Não havia mais lugar para os argumentos de autoridade, promanados de juízes nem sempre confiáveis, quer do ponto de vista técnico, quer do ponto de vista moral. Assim, esse apego ao texto legal é absolutamente compreensível. Como se, por seu intermédio, ficassem todos protegidos da arbitrariedade”⁶⁷⁶.

Os adeptos da *école de l'exégèse* “levaram ao extremo o fetichismo da lei e do método silogístico na atividade judicial”, pregando um respeito incondicional à vontade do legislador, um culto exagerado ao texto da lei e uma concepção estatal do direito, de sorte que os Tribunais, submetidos à estrita legalidade, estavam proibidos de interpretar, vinculados “à observância fiel dos precisos termos da lei na aplicação do direito”⁶⁷⁷.

Tão forte era a crença na aptidão da lei para disciplinar e resolver todas as situações submetidas a julgamento, que o Código de Napoleão vedava interpretações judiciais de qual ordem fossem e que pudessem alterar o texto legal⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴“A lei passa a ser vista como expressão superior da razão. A ciência do Direito – ou, também, teoria geral do Direito, dogmática jurídica – é o domínio asséptico da segurança e da justiça. O Estado é a fonte única do poder e do Direito. O sistema jurídico é completo e auto-suficiente: lacunas eventuais são resolvidas internamente, pelo costume, pela analogia, pelos princípios gerais. Separado da filosofia do direito por incisão profunda, a dogmática jurídica volta seu conhecimento apenas para a lei e o ordenamento positivo, sem qualquer reflexão sobre seu próprio saber e seus fundamentos de legitimidade” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 12).

⁶⁷⁵“A técnica da codificação tende a promover a identificação entre direito e lei. A Escola da Exegese, por sua vez, irá impor o apego ao texto e à interpretação gramática e histórica, cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 22).

⁶⁷⁶FIUZA, César. *Crise e interpretação no direito civil: da Escola da Exegese às Teorias da argumentação*, cit., p. 37.

⁶⁷⁷ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 34.

⁶⁷⁸“Deve-se mencionar também que essa exagerada pretensão de regulamentação levou à edição de um decreto, em 1798, proibindo que se fizesse qualquer interpretação do Código. Qualquer dúvida deveria ser esclarecida por uma comissão legislativa” (Cf. ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*, cit., p. 29).

Tendo a Revolução Francesa como valores maiores a segurança e a igualdade, “entendidos como conformidade da decisão com a lei prévia”, o juiz em sua atividade deveria ter sempre em conta a letra da lei: passa-se à “racionalização como fuga ao subjetivismo e aos privilégios”⁶⁷⁹.

O direito estava assim reduzido à lei. E os julgamentos reduzidos à formulação de um mero silogismo judiciário: estabelecidos os fatos, a premissa maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a premissa menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo⁶⁸⁰.

O sistema era imaginado como completo e coerente, onde haveria uma regra aplicável a cada situação da vida, sempre livre de contradições e de ambigüidades. O Direito afasta-se, pois, “do jusnaturalismo, da crença de que existam valores superiores às leis postas e, assim, procura sistematizar sua atividade com o raciocínio e o cálculo quase cartesiano em sua aplicação”⁶⁸¹.

O positivismo, todavia, após persistir até o século XX, entraria em declínio, quando se tornou evidente que a lei não poderia disciplinar todas as situações da vida e que o raciocínio judiciário não se resumiria apenas a uma aplicação formal da lei, nem poderia prescindir de uma interpretação quando da aplicação do direito.

A busca pelo justo passaria a ser, portanto, a preocupação principal do julgador⁶⁸².

⁶⁷⁹RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 9.

⁶⁸⁰Cf. PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 33.

⁶⁸¹RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 9. Explica Giselda Fernandes Hironaka que, desta *era da racionalização da vida jurídica*, resultou como consequência imediata a concepção do direito como sistema, daí a imperiosa necessidade do processo de codificação para “unificar e uniformizar a legislação vigente, emprestando-lhe um sistema, uma ordem, uma carga didática, uma possibilidade melhor, ou maior, de compreensão destas próprias regras e de comparação destas com sistemas de outros povos”. Essa fase de *organização codicista*, conclui a ilustre civilista desta Faculdade, atendeu às necessidades e aos reclamos da época, buscando superar a insegurança medieval e trazendo como uma das suas vantagens “traduzir-se o código em instrumental de garantia das liberdades civis” (HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 96-97).

⁶⁸²Para Michele Taruffo, a idéia da *justiça das decisões*, sempre fundamentadas sobre *boas razões*, está atrelada à sua *aceitação racional*: “Se bem seja verdade que as argumentações justificativas, adotadas pelos juízes, nas motivações das sentenças, são exemplos de ‘racionalidade perfeita’, permanece, sempre fundamentada, a tendência em requerer que os juízes demonstrem ter feito um uso, racionalmente justificado, dos seus poderes. Tende-se, aliás, a julgar que, somente na presença de uma motivação que explicita as ‘boas razões’ da decisão, essa possa considerar-se aceitável” (TARUFFO, Michele. *Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito*, cit., p. 454).

7.1.3. A superação do modelo positivista

A história mostraria, de modo irretorquível, que Napoleão e outros idealizadores de sistemas codificados fechados estavam equivocados ao pretender, como observa **Giselda Fernandes Hironaka**, restringir o desenvolvimento do direito pela estratificação legislativa⁶⁸³.

O Código Francês de 1804, de *pretensa eternização*, fruto das mudanças trazidas pela Revolução Francesa contra os costumes e preconceitos da época, buscou, com sua *inspiração racionalista*, “aprisionar imutavelmente, normas completas, claras, de interpretação linear, e que não admitiam a existência de lacunas ou de episódios não previstos, exatamente porque a sistematização abrangia – ou pretendeu abranger – todos os problemas jurídicos que pudessem ser suscitados”. Daí a famosa frase do Imperador Napoleão, logo após promulgar o seu Código Civil, nos albores do século XIX: “Minha glória não é ter vencido quarenta batalhas; o que nada ofuscará, o que viverá eternamente, é meu Código Civil”⁶⁸⁴.

A superação do *paradigma positivista* viria com a demonstração pela experiência de que o ordenamento possuía lacunas e era insuficiente para solucionar todos os litígios, muitos deles sem expressa previsão legal, o que mostrava que a atuação criativa do intérprete era absolutamente necessária para desempenhar uma função integrativa por ocasião dos julgamentos. O resgate do prestígio da atividade jurisdicional, pois, não tardaria a acontecer⁶⁸⁵.

Mostrou-se tarefa impossível transportar para o direito as características das ciências exatas e naturais e afastar da ciência jurídica *juízos de valor*, fundamentando-a apenas em *juízos de fato*.

Uma transposição dessa natureza jamais seria possível, pois ao Direito cabe “prescrever um *dever-ser* e fazê-lo valer nas situações concretas. O Direito tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a e transformando-a. Ele não é um *dado*, mas uma *criação*. A relação entre o sujeito do conhecimento e seu objeto de estudo – isto é, entre o

⁶⁸³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI, cit., p. 97.

⁶⁸⁴HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI, cit., p. 97.

⁶⁸⁵Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 202 e 207.

intérprete, a norma e a realidade – é tensa e intensa. O ideal positivista de objetividade e neutralidade é insuscetível de realizar-se”⁶⁸⁶.

Nessa linha de idéias, um direito codificado, eterno e imutável, não resistiria ao *mero evolover da vida*, pela dificuldade de atender às constantes urgências de atualização e pela falta de agilidade para suprir os reclamos que a justiça exige⁶⁸⁷.

A idéia de leis claras e completas que fornecessem de antemão uma solução pronta para todos os problemas, de modo a garantir a segurança jurídica, acabou sucumbindo, assim como a visão do juiz como aplicador mecânico do texto da lei.

A lei, afirma **Humberto Theodoro Júnior**, “não se exaure no enunciado redigido pelo legislador, pois ao aplicador compete descobrir e fixar a norma concreta, que vem a ser o significado que o texto legal deve assumir frente às características do fato concreto submetido à sua incidência”⁶⁸⁸.

Assim, a posição adotada por alguns, e tida como *ingênua* por **Winfried Habermas**, do juiz subsumindo o caso concreto à norma codificada, sem nada adicionar, para extrair a sentença, tornou-se superada e cedeu lugar ao reconhecimento de que o julgador atua como verdadeiro criador do direito⁶⁸⁹.

As tendências positivistas vieram a sucumbir definitivamente diante do *totalitarismo* e das *ditaduras*, pois, mesmo aqueles que inicialmente adotavam “a norma positivista como direito inclinaram-se por reconhecer direitos dos indivíduos contra governos absolutistas, tiranos, caudilhos, títeres, usurpadores, personalistas”⁶⁹⁰.

Segundo **Luís Roberto Barroso**, o fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha foram movimentos políticos e militares que ascenderam ao poder dentre de um *quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei*. O “fetiche da lei e o

⁶⁸⁶BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 26.

⁶⁸⁷HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI, cit., p. 106.

⁶⁸⁸THEODORO JR., Humberto. O sistema positivo e o impacto da era das reformas legislativas, cit., p. 12.

⁶⁸⁹HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 10-11.

⁶⁹⁰VENOSA, Sílvio de Salvo. Aplicação do direito: perfil dos novos aplicadores; em especial, o direito de família. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. *Código Civil: análise doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 539. Transcreve o autor, em seguida, trecho do livro *Perspectiva histórica da filosofia do direito*, Rio de Janeiro: Zahar, 1965, p. 200, de Carl Joachim Friedrich, ora reproduzido textualmente: “Ao aceitarem a legislação dessas ditaduras totalitárias, quer fascistas, quer comunistas, como formas de direito, os positivistas se perderam. Proclamar que uma lei é uma norma, só porque Hitler assim o quis, viola o mais elementar senso de Direito”.

legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A idéia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”⁶⁹¹.

Com a Segunda Grande Guerra, a humanidade quase foi conduzida à extinção, o que mostrou que o Estado também poderia ser criminoso e ainda que *juridicamente posto*, poderia ser extremamente *injusto e cruel*⁶⁹².

Por outro lado, a insuficiência dos códigos gerou uma profusão de leis, tanto para disciplinar matérias que não contavam com um regramento específico, como para modificar e adaptar normas do próprio Código.

Para **Mauro Cappelletti**, essa proliferação de leis sem precedentes na história, característica evidente do século XX, ocorreu de forma inevitável como resposta ao progressivo agravamento das condições sociais e econômicas, fenômeno denominado por alguns de ‘*orgia legiferante*’ ou de ‘*poluição legislativa*’, que levou a um *gigantismo do legislador*, com o correspondente *gigantismo da Administração* e da burocracia⁶⁹³.

A preocupação do legislador em ditar inúmeras regras que pudessem abranger as mais variadas circunstâncias da vida, de forma cada vez mais ampla, deu origem à edição de preceitos legais vasados em termos genéricos e que dependem da criatividade judicial para serem concretizados. Essa abertura da hermenêutica levou a uma valorização da argumentação trazida pelo julgador.

Tal técnica legislativa acabou por delegar ao juiz *escolhas que o legislador não pode ou não quis fazer*⁶⁹⁴.

⁶⁹¹BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 26.

⁶⁹²RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 10.

⁶⁹³CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. E Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1, p. 7-8.

⁶⁹⁴Cf. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 6.

7.1.4. A legislação por meio das chamadas cláusulas abertas: uma necessidade do legislador do nosso tempo

Legislar por meio de cláusulas abertas é característica do nosso tempo, diante da incapacidade do direito positivado de acompanhar a dinâmica social, regrando todas as situações da vida por meio dos textos legais.

A aplicação do sistema jurídico aos conflitos sociais modernos que exigem solução mostrou-se atividade muito mais complexa do que supunham os exegetas e incapaz de estar contida nos limites estreitos do formalismo e objetividade por eles apregoados⁶⁹⁵.

O fenômeno mostra também a impossibilidade de se atingir um *fechamento* do sistema legal⁶⁹⁶ e indica que o “direito contemporâneo tende a ser aberto e flexível. Um direito que tenha estas feições pretende abranger a realidade que há hoje e a que está por vir”⁶⁹⁷.

Muitas situações da vida deixaram de receber regramento específico pelo legislador. E, bem por isso, a “adaptabilidade das soluções jurídicas às constantemente cambiantes exigências do contexto social” passou a ser “medida de justiça e efetividade do sistema”, onde “assoma o papel dos princípios, máximas de experiência, usos e costumes etc. na atividade hermenêutica”⁶⁹⁸.

Em pleno século XXI, afirma **Rosa Maria de Andrade Nery**, “não seria mais admissível legislar-se por normas que definissem precisamente certos pressupostos e indicassem também de forma precisa, suas consequências, formando uma espécie de *sistema fechado*. A técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos legais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regramentos do direito positivo”⁶⁹⁹.

⁶⁹⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 35.

⁶⁹⁶ Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 47.

⁶⁹⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial, cit., p. 198.

⁶⁹⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 39.

⁶⁹⁹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 204.

Essa técnica legislativa, explica **Judit Martins-Costa**, é característica da segunda metade do século XX, “época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei clara, uniforme e precisa (...) – foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados”.

E, continua a autora, enquanto a técnica casuística “provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo”, pois, “em face da tipificação de condutas que promove, pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance, podendo aplicar a norma mediante o processo mental conhecido como ‘subsunção’”, a cláusula geral é dirigida ao juiz, “de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, através do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização destes elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico”⁷⁰⁰.

O legislador passa, portanto, a optar por descrições legais de conduta por meio de uma tipificação aberta, valendo-se das cláusulas gerais e de conceitos indeterminados⁷⁰¹. E como as cláusulas gerais não trazem prévias respostas a todos os problemas da realidade, essas respostas são construídas aos poucos pela jurisprudência⁷⁰².

A visão do Direito como sistema aberto, “que permite a analogia, a comparação, a absorção de características próprias da sociedade cultural”, implica valorizar a atividade

⁷⁰⁰MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. p. 3-5. *Jus Navegandi*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 14 set. 2009.

⁷⁰¹Para César Fiuza, a idéia de sistema fechado deve ser abandonada definitivamente: “Para o casuista, o sistema jurídico é aberto, o que equivale a dizer que o intérprete deve partir do sistema para a solução do caso concreto. Ao entrar em contato com as peculiaridades do problema prático, o intérprete buscará adequar a norma, amoldando-a às necessidades do caso. Para tanto, conjugará o texto legal com os princípios e valores vigentes no ordenamento. A solução encontrada passará a integrar o sistema, que, assim, estará retroalimentando-se” (FIUZA, César. *Crise e interpretação no direito civil*: da Escola da Exegese às Teorias da argumentação, cit., p. 34-35).

⁷⁰²“Dotadas que são de grande natureza semântica, não pretendem as cláusulas gerais dar resposta, previamente, a todos os problemas da realidade, uma vez que estas respostas são progressivamente construídas pela jurisprudência. Na verdade, por nada regulamentarem de modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como metanormas, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis em outros espaços do sistema ou através de variáveis tipologias sociais, dos usos e costumes. Não se trata (...) de apelo à discricionariedade: as cláusulas gerais não contêm delegação” (LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002, cit., p. 459).

argumentativa, que demonstre, dentre as várias soluções possíveis, aquela que se mostre mais razoável⁷⁰³.

Legislar por meio de cláusulas gerais garante também uma maior duração da lei no tempo e decisões mais próximas da realidade⁷⁰⁴, alcançando, por isso, um maior número de situações futuras.

A legislação tornou-se, assim, mais principiológica e menos regulamentar, objetivando, como dito, maior longevidade. Os conceitos se flexibilizaram para permitir “trabalhar paradigmas humanos e acrescentar carga valorativa a seu processo de aplicação”⁷⁰⁵, o que acarretou um considerável aumento dos poderes dos juízes⁷⁰⁶.

O juiz deixa de ser um mero *locutor oficial da lei* para atuar como “participante da integração dos valores expressos nos princípios gerais, da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e nas formulações das cláusulas gerais, como da boa-fé objetiva, que ensejam a atualização e oxigenação permanente do ordenamento”⁷⁰⁷.

Cláusulas gerais, na definição trazida por **Rodrigo Mazzei**, são *dispositivos com amplitude dirigida ao julgador, em forma de diretrizes, pois ao mesmo tempo em que contemplam critérios objetivos, estes não são fechados, cabendo ao Estado-juiz, em valoração vinculada ao caso concreto, preencher o espaço, voluntariamente deixado pelo legislador, de abstração da norma*. Dentro do gênero da *norma vaga*, estariam a *cláusula geral* e o *conceito indeterminado* como espécies⁷⁰⁸.

As cláusulas gerais são, portanto, como explica **André Abbud**, prescrições normativas formuladas genericamente e que se contrapõem à regulamentação jurídica casuística ou tipificada, abrangendo uma larga gama de situações; os conceitos jurídicos

⁷⁰³ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 11.

⁷⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Cláusulas gerais e liberdade judicial*, cit., p. 200.

⁷⁰⁵ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 11.

⁷⁰⁶ A esse respeito, confira-se PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira. 2002. p. 74.

⁷⁰⁷ LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002, cit., p. 458.

⁷⁰⁸ MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Freddie; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Reflexos do novo Código civil no direito processual*. São Paulo: Edições Podium, 2006. p. 52-53 e 54. Para diferenciar a cláusula geral do conceito jurídico indeterminado, este último “simples enunciação abstrata”, afirma o autor que, em ambas as situações, “o magistrado terá que primeiro preencher um espaço valorativo para, posteriormente, aplicar a consequência jurídica que decorre da integração, sendo que na cláusula geral, o julgador concorrerá para a formulação da norma jurídica, por não estar ela previamente desenhada, situação desnecessária quando estiver defronte ao conceito jurídico indeterminado, já que a consequência jurídica estará fixada no dispositivo” (p. 55).

indeterminados, por sua vez, são conceitos com elevado grau de generalidade, vagueza e imprecisão (‘interesse público’, ‘boa-fé’, ‘dano de difícil reparação’)⁷⁰⁹.

Quando os princípios gerais do direito, “regras de conduta que norteiam o juiz na interpretação da norma, do ato ou negócio jurídico”, e que não se encontram positivados no sistema normativo, são incluídos no direito positivo do país, deixam “de ser regra de interpretação e passam a caracterizar-se como *cláusula geral*”, que têm “conteúdo normativo e são fonte criadora de direitos e obrigações”⁷¹⁰.

A cláusula geral distingue-se do conceito jurídico indeterminado. Na lição de **Rosa Nery**, preenchido pelo juiz o conceito legal indeterminado, a solução já está preestabelecida na lei, cabendo ao juiz aplicá-la, de modo que “a lei enuncia o conceito indeterminado e dá as consequências dele advindas”; já as cláusulas gerais, quando diagnosticadas pelo julgador, “permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que lhe seja dada a solução que ao juiz parecer mais correta”. Ou seja: “quando a norma já prevê a consequência, houve determinação de conceito legal indeterminado; a solução a ser dada pelo juiz é aquela prevista previamente na norma. Ao contrário, quando a norma não prevê a consequência, dando ao juiz a oportunidade de criar a solução, dá-se ocasião de aplicação da cláusula geral: a consequência não estava prevista na norma e foi criada pelo juiz para o caso concreto”⁷¹¹.

⁷⁰⁹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 39. Consigne-se a posição de Eros Roberto Grau de que não existem *conceitos indeterminados*, pois, ou bem é *conceito*, ou, se é *indeterminado*, não é conceito (GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*, cit., p. 196). Todavia, trata-se de expressão consagrada e amplamente utilizada pela doutrina e jurisprudência, muito embora Rosa Maria de Andrade Nery também afirme preferir a expressão *conceitos legais indeterminados* àquela outros *conceitos jurídicos indeterminados*, “muito difundida entre nós, porque a indeterminação está na norma legal e não na forma” (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 211).

⁷¹⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 210. “Os preceitos romanos *honeste vivere, alterum non laedere* e *suum cuique tribuere* (viver honestamente, não causar dano a outrem e dar a cada um o que é seu) são os primórdios dos princípios gerais do direito” (op. cit., p. 210).

⁷¹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 211-214. São exemplos dados pela autora de conceitos legais indeterminados, dentre outros: ordem pública e bons costumes, para caracterizar a ilicitude da condição que os ofenda (CC, 122), caso de urgência (CC, art. 251), divisão cômoda, como critério para alienação judicial de imóvel em condomínio que não a comportar (CC, art. 2.019), necessidade imprevista e urgente, como causa autorizadora da suspensão, pelo comodante, do uso e gozo da coisa emprestada (CC, art. 581) etc. (op. cit., p. 211). São exemplos de cláusulas gerais, além de outras espalhadas pelo Código Civil, a função social do contrato como limite à autonomia privada (CC, art. 421), as partes terem de contratar observando a boa-fé objetiva e a probidade (CC, art. 422), a função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII, 170, III; CC art. 1.228, parágrafo 1º.), os atos de permissão e tolerância não induzirem posse (CC, art. 1.208), a fixação de indenização razoável pela interrupção da empreitada (CC, art. 623), etc (op. cit., p. 214).

A utilização de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados pelo legislador trouxe flexibilidade ao sistema e mudanças profundas no exercício da atividade hermenêutica, com reflexos na argumentação jurídica contida na motivação, em razão dessa maior liberdade para decidir.

Essa técnica de legislar por meio de normas abertas que não trazem a definição integral da hipótese de incidência e que podem ser aplicadas a um número maior de situações (amoldam-se ao fato)⁷¹², atribui ao magistrado uma margem mais ampla de interpretação, a fim de complementar o sentido da lei e de possibilitar a sua aplicação.

A função do juiz, ao aplicar a cláusula geral, é *integrativa*, e, “ao integrar a relação jurídica material controvertida, exerce função criadora (*Richterrecht*)”⁷¹³.

Cabendo ao magistrado, com o aumento do espaço da função criativa, a responsabilidade de dar concretude ao sentido da norma à luz de cada caso examinado, exige-se um maior esforço argumentativo para justificar a decisão.

É o que se verá a seguir.

7.1.5. Ativismo legislativo e o aumento do espaço para o papel criativo dos juízes

A passagem do Estado liberal para o Estado social trouxe um considerável aumento dos poderes do juiz, principalmente em razão de uma intensa produção legislativa.

Na observação de **Liebman**, a expansão do Estado em diferentes campos de atividade, com finalidades sociais e promocionais (*Welfare State*), redundou em um correlativo crescimento da produção legislativa e na diversificação das funções do Direito na vida da sociedade, com leis que, “no máximo, limitam-se a indicar finalidades e princípios gerais, que, para se tornar efetivos nos casos concretos, reclamam uma obra intensa de órgãos públicos”⁷¹⁴.

⁷¹²Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 47.

⁷¹³NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*, cit., p. 214.

⁷¹⁴LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei, cit., p. 58.

Essa chamada *inflação legislativa*, trouxe uma correspondente desvalorização e redução da efetividade dessa profusão de leis. Isso porque, na advertência de **Nicola Picardi**, “quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir para a jurisprudência tarefas consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (ab-rogativos e retroativos) à própria organização das fontes do direito”⁷¹⁵.

Ao contrário do que se possa pensar, o chamado *ativismo legislativo*, expressão utilizada por **Cappelletti** para designar essa multiplicidade de textos legais, *selva invasora de códigos, leis e regulamentos* elaborados pelo legislador, preocupado *em prescrever regras e programas de conduta, nos campos sempre mais largos da nossa vida*⁷¹⁶, acabou, não por diminuir, mas por aumentar o papel criativo dos juízes, pois, quanto mais leis, mais necessária se torna a intervenção judicial para a formação do direito⁷¹⁷.

A esse gradativo desprestígio da lei correspondeu uma valorização da atividade argumentativa do julgador em sua atividade hermenêutica de interpretação dos textos legais.

Dentre algumas razões trazidas por **Cappelletti** para explicar o fenômeno do crescimento da criatividade judiciária, há ainda outra, mais geral e segundo ele mais óbvia, que é a constatação pura e simples de que toda atividade de interpretação e atuação do Direito é inevitavelmente criativa e que a função jurisdicional sempre foi e será criadora⁷¹⁸.

A existência de códigos com leis escritas não torna dispensável a figura do juiz, que terá sempre que suprir lacunas que existam, esclarecer dúvidas e aclarar ambigüidades, além de solucionar problemas inéditos ou não regrados especificamente, valendo-se, sem dúvida, da sua interpretação criativa para concretizar o direito.

A própria inatividade do legislador é uma das causas do deslocamento de poderes ao Judiciário, com os juízes assumindo funções que, originariamente, estariam na esfera de atribuições de outros órgãos do Estado⁷¹⁹.

⁷¹⁵PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 5-6.

⁷¹⁶CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente, cit., p. 8.

⁷¹⁷Nesse sentido, SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*, cit., p. 11.

⁷¹⁸CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente, cit., p. 14.

⁷¹⁹PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 6.

A forma de legislar por meio de cláusulas gerais, legislação mais flexível e mais facilmente adaptável às variadas mudanças sociais, acabam por atribuir ao juiz a tarefa de fazer escolhas que o próprio legislador deixou de fazer. E esse propósito deliberado do legislador fará com que caiba aos julgadores suprir espaços e fazer escolhas integrativas, “que serão realizadas em um segundo tempo e em sede jurisprudencial”⁷²⁰.

Há uma maior atuação valorativa do juiz. E “as bases axiomáticas para o raciocínio jurídico estão situadas em um sistema que vai além do Código e que deve ser descoberto pelo intérprete mediante um processo de identificação de fontes e de normas fundamentais”⁷²¹.

A crença em uma aplicação mecânica da lei para resolver os casos concretos ficou totalmente ultrapassada e o Direito não pode prescindir da interpretação feita pelo julgador no desempenho da sua função de julgar, contribuindo, dessa forma, com a criação do direito e para a sua própria evolução.

Seria ilógico, como afirma **Habermas**, negar que os conceitos legais são *porosos* e às vezes *vagos* e achar que o juiz deve agir sempre aferrado fortemente à lei, até porque ele seria “incapaz de assim proceder”. O julgador “manipula a lei de forma criativa”, de sorte que “nenhuma lei pode determinar a evolução da jurisprudência. A partir do momento em que a lei é promulgada, sancionada e publicada as suas determinações estão à disposição da ação do juiz”⁷²².

O uso, proposital ou não, das cláusulas gerais pelo legislador representa, na verdade, um *voto de confiança no Judiciário*⁷²³, transferindo para o juiz parte do trabalho que caberia ao próprio legislador, outorgando maiores poderes interpretativos ao julgador para complementar o sentido da norma e decidir a respeito da sua aplicação⁷²⁴.

⁷²⁰PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 7. Não escapa da arguta observação do autor que, em um contexto como esse ora descrito, “não podem nem ao menos passar despercebidos sintomas de regressão a uma situação não diferente daquela do antigo regime, na qual a pluralidade de fontes, a indeterminação das leis e o predomínio da jurisdição tinham chegado, na cultura iluminística, à exigência da codificação, cuja portada geral e capacidade unificante deveria ter representado também uma barreira contra o arbítrio dos juízes” (*Jurisdição e processo*, cit., p. 8).

⁷²¹LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 44.

⁷²²HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 22-23.

⁷²³MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais, cit., p. 59.

⁷²⁴Cf. PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*, cit., p. 48.

Mesmo assim, um juiz nunca será um legislador: ele poderá integrar, esclarecer, interpretar a lei e construir uma solução com base no sistema jurídico para resolver o caso concreto. Mas a criação judiciária do direito difere daquela realizada pelo legislador, como já foi analisado em item anterior⁷²⁵. E o limite dessa liberdade judicial para exercer a função criativa pode ser controlado por meio da fundamentação invocada pelo juiz.

Vejamos, portanto, os reflexos de tudo quanto foi dito até aqui sobre a argumentação jurídica trazida pelos julgadores na motivação das suas decisões.

7.2. A motivação no contexto do direito moderno

“Talvez a mais alta aspiração do juiz seja a razoabilidade na decisão judicial” (Richard A. Posner, “Problemas de filosofia do direito”)

7.2.1. A insuficiência do silogismo: a aplicação do direito na era neocontemporânea.

Do positivismo ao direito mais justo para o caso concreto

A conclusão inafastável de que todo texto legal precisa ser interpretado, realidade veementemente negada pelo positivismo, tornou evidente a insuficiência do raciocínio silogístico na aplicação do direito.

É de **Richard Posner** a afirmação de que o silogismo, a esta altura, mostra-se como um *modelo inócuo* para o raciocínio jurídico: “Sua função é demonstrar a validade de um processo de raciocínio, e não estabelecer a verdade do resultado do processo. É usado não para provar que Sócrates é mortal – uma vez que ninguém duvida disso –, mas para demonstrar uma relação lógica, como ficaria mais claro se substituíssemos A por homem (homens), B por mortal e C para Sócrates. A lógica, como a matemática, explora as relações entre as idéias, e não a correspondência com os fatos. O sistema jurídico não pode ser indiferente a questões de verdade empírica”⁷²⁶.

⁷²⁵V. item 3.3. A função criativa do juiz.

⁷²⁶POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 73.

A época da codificação negava uma mínima margem de interpretação ao julgador: acreditava-se que as normas seriam sempre claras e completas e que o método subsuntivo seria suficiente para que o juiz chegasse a uma solução para o caso concreto. O juiz desempenhava, portanto, uma função de mero executor.

Aplicar o direito se resumia em aplicar a lei. E, sob este enfoque, a ação do juiz estava *certa* quando se limitava a transportar “exatamente o conteúdo da norma codificada, sem adição nem diminuição, para o caso a ser decidido”⁷²⁷.

Todavia, “A vertiginosa aceleração da História tornou de uma evidência solar a distinção entre *norma* e *sentido* da norma”, como aponta **Ovídio Baptista da Silva**, rompendo com o sonho do Iluminismo, “que imaginara uma norma contida inteiramente em seu texto; norma transparente no texto que, por isso, teria um sentido *invariável*, um sentido congelado na História”⁷²⁸.

Ficou nítido que a lei possuía lacunas, antinomias e ambigüidades e não era tão completa, clara e coerente como ambicionavam os exegetas. Também não fornecia respostas objetivas nem prontas para todos os conflitos que o dinamismo da realidade apresentava.

As palavras contidas no texto legal não possuíam um sentido unívoco e poderiam adquirir significados diferentes, conforme o contexto onde fossem utilizadas e da valoração sobre elas feita pelo intérprete.

Constatou-se que a interpretação se faz necessária, ainda que a lei seja clara. O texto da lei sempre apresenta uma determinada *porosidade*, a ensejar uma interpretação, um *enchimento valorativo* ⁷²⁹.

Com efeito, o texto normativo é sempre interpretado à luz dos fatos do caso concreto que se apresenta para ser solucionado, e, dessa forma, é produzida a norma jurídica. A interpretação é, pois, inerente à aplicação do direito, que envolve uma atividade criativa do juiz, o que explica toda a variação da jurisprudência.

⁷²⁷HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 10.

⁷²⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto Correa (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p. 99.

⁷²⁹HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 13.

Dos diferentes entendimentos dos julgadores, cada um com a sua forma de pensar, seus valores e preconceitos, surgem diferentes interpretações de um mesmo texto normativo e, via de consequência, diferentes formas de julgar. Por isso a oscilação da jurisprudência: se a jurisprudência muda, conclui-se que a lei não determina de modo inexorável o teor das decisões.

Passamos assim do positivismo, com um ideal de reduzir o direito à norma legislada, para o *pós-positivismo* do início do século XXI ⁷³⁰, que traz embutida a ideia de que o direito *não* cabe dentro da norma legislada e que aproxima o direito da ética e dos valores. Na distribuição da justiça, embora a lei não possa ser desconsiderada, as considerações éticas e um necessário *preenchimento valorativo* também não podem ser afastados ⁷³¹, tendo em conta que “a causa última do Direito é o bem-estar da sociedade” ⁷³².

Conta **Benjamin Cardozo** que uma antiga lenda dizia que “certa vez Deus orou, e que sua prece foi: *‘Seja minha vontade que minha justiça seja governada por minha misericórdia’*”.

Afirma o jurista americano que essa é uma prece que todo julgador deveria fazer, “quando o demônio do formalismo tenta o intelecto com o fascínio da ordem científica. Não quero dizer, é claro, que os juízes tenham a incumbência de abandonar ao seu bel-prazer as normas existentes, em favor de outro conjunto de regras que possam ser consideradas convenientes ou sábias. Digo que, quando são instados a dizer até que ponto é necessário ampliar ou restringir as normas, devem deixar que o bem-estar da sociedade determine o caminho, a direção e a distância disso” ⁷³³.

O pós-positivo representa essa mudança de *paradigma filosófico*: pretende-se uma justiça equitativa, onde o juiz deve dar a melhor solução para cada caso concreto que se lhe apresenta. Para tanto, deve valer-se de uma argumentação que demonstre que a decisão

⁷³⁰Luís Roberto Barroso define o início do século XXI como a *era da pós-modernidade*, rótulo genérico que “abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana” (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 2).

⁷³¹Cf. HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 13.

⁷³²CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial e a evolução do direito*, cit., p. 46, para quem “as considerações éticas não podem mais ser excluídas da administração da justiça” (op. cit., p.47).

⁷³³CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial e a evolução do direito*, cit., p. 47.

encontra embasamento no sistema jurídico e que se mostra, “não só formalmente correta (justificação formal), como materialmente aceitável (justificação material)”⁷³⁴.

Em última análise, é motivando a decisão com bons argumentos que o juiz demonstra que exerceu corretamente o poder que lhe foi confiado.

Já se chegou à conclusão de que não existe uma única solução certa para cada caso concreto; o direito não é ciência exata e o fluir dinâmico das relações sociais afasta a possibilidade de uma única solução como sendo aquela única correta.

Assim, o juiz pode escolher, dentre as várias soluções possíveis que se apresentam, aquela que para ele se afigura como sendo a mais justa. Em consequência, deve trazer argumentos convincentes a respeito do acerto da sua escolha e daquilo que por ele ficou decidido.

Ao Direito não podem ser aplicadas as mesmas premissas da matemática ou de outras ciências exatas que trabalham com números e onde não existem *opiniões*, nem *posicionamentos*. Em uma equação matemática só há um resultado correto. Mas “quem argumenta não trabalha com a exatidão numérica, por isso se afasta do conceito binário de *verdadeiro/falso*, *sim/não*. Quem argumenta trabalha com o *aparentemente verdadeiro*, com o *talvez seja assim*, com aquilo que é *provável*. É diante dessa carga de probabilidade com a qual se opera que surge a possibilidade de argumentos combinados comporem teses totalmente diversas, sem que se possa dizer que uma delas esteja *certa* ou *errada*, mas apenas podendo-se afirmar que uma delas seja mais ou menos *convvincente*”⁷³⁵.

Nas palavras de **Luís Roberto Barroso**, “a objetividade possível do direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece. (...). Daí a constatação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam”⁷³⁶.

⁷³⁴AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro, cit., p. 5.

⁷³⁵RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica*: técnicas de persuasão e lógica informal, cit., p. 21.

⁷³⁶BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 9. O autor faz menção à adesão do próprio Kelsen à essa conclusão (cf. nota de rodapé 12).

O movimento do nacional-socialismo, que se dizia baseado na lei e invocava as normas jurídicas, mostrou que nem sempre a lei é instrumento de justiça. Houve, por isso, um retorno para uma busca dos valores éticos.

É nessa linha de ideias que se constata uma sensível alteração na forma de aplicação do direito na era neocontemporânea, tendo em conta que nem sempre a norma, em seu relato abstrato, traz a solução jurídica para determinado problema.

O juiz não tem mais mera função técnica de identificar a norma e fazê-la incidir em um caso concreto, realizando uma simples operação silogística. Ao contrário, cabe ao julgador, dentre as várias soluções possíveis, escolher aquela que lhe pareça a mais acertada para solucionar o problema com justiça, valendo-se da argumentação exposta na motivação para justificar a regra jurídica aplicada e convencer do acerto da sua decisão.

Ainda que não exista dispositivo expresso para aquela situação submetida a julgamento, o juiz nunca pode deixar de julgar. Cabe-lhe, dentro do sistema jurídico, buscar a solução adequada.

Em uma sociedade onde as relações tornam-se cada vez mais complexas e dinâmicas, que o legislador passou a disciplinar utilizando-se de normas abertas, busca-se dotar o sistema de uma maior flexibilidade, em prol de soluções mais justas e efetivas.

Decorre daí uma alteração também na relação existente entre o juiz e a lei: interpretando cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o magistrado exercita uma maior criatividade no ato de julgar, construindo a solução para cada litígio a ser resolvido.

Nos casos das normas abertas, a solução não vem pronta no texto. A importância do papel do julgador, portanto, aumenta, e deixa de ter uma função apenas técnica e de conhecimento para exercer uma função criativa. E é por meio da argumentação por ele trazida à vista de cada caso, que será dado o significado concreto da lei e construída a solução.

É certo que, em algumas hipóteses, a vontade da lei pode estar nela expressa de forma mais evidente. Mas não se olvide, mais uma vez, a lição de **Cappelletti**, repetida por **Liebman**, de que *todo* ato do juiz é *inafastavelmente* criativo: “*Interpretar significa optar*, isto é, significa fazer escolhas e isto significa, ainda que inconscientemente, ainda que

contra as intenções do intérprete, *acrescentar* alguma coisa ao texto que está sendo interpretado, qualquer coisa de que este texto careça”⁷³⁷.

Nessa busca por uma solução justa, o juiz passa a utilizar mais o senso de equidade, os precedentes judiciais, os princípios gerais do direito, tudo para dar a *melhor* solução para aquele determinado caso.

Os sucessivos julgamentos darão corpo ao significado da lei, por meio da motivação trazida pelo julgador, nela contida toda a argumentação para justificar a decisão e solucionar o caso concreto, e constituirão novos precedentes para casos futuros⁷³⁸.

Na dicção de **Karl Larenz**, “os Tribunais resolvem casos concretos. Uma opinião jurídica expressa por um tribunal, quer se apresente como interpretação, como desenvolvimento do Direito imanente à lei ou superador da lei tem, por isso, unicamente importância directa para o caso concreto a resolver. Mas o tribunal pretende que a sua resolução esteja de acordo com o Direito vigente. Deste modo, afirma que a interpretação por ele realizada é ‘adequada’, que é ‘necessário’ integrar as lacunas, que está ‘justificado’, pelos motivos por ele indicados, um desenvolvimento do Direito superador da lei. Aqui inclui-se simultaneamente a afirmação de que, no futuro, todo o caso semelhante há-de ser resolvido de acordo com a máxima assim estabelecida”⁷³⁹.

A especificidade do raciocínio jurídico na interpretação e aplicação do direito foi bem percebida por **Chaim Perelman**, que defendeu a existência de uma *lógica jurídica*,

⁷³⁷LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei, cit., p. 57.

⁷³⁸Na Itália, o artigo 363 do CPC italiano prevê o *ricorso nell'interesse della legge*, que pode ser interposto pelo *procuratore generale* junto à *Corte di Cassazione*, para evitar o precedente, mas sem alterar o resultado do julgamento para as partes. Considerado “*come una mera sopravvivenza storica*”, como observa Andrea Proto Pisani, o instituto não encontrou *pratica attuazione*, “*ma ‘si rivela di notevole interesse sul piano dogmatico, poiché consente di scorgere nettamente delineata la separazione tra l'interesse pubblico alla esatta interpretazione della legge e l'interesse privato alla sentenza giusta*” (PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4.ed. Napoli: Jovene, 2002. p. 505). Trata-se de modalidade de impugnação, deferida exclusivamente ao Ministério Público, cujo provimento não beneficia as partes do processo em que é oferecida, e que procura evitar que o critério adotado para solucionar uma questão de direito sirva como precedente ou tenha o que hoje chamamos de efeito multiplicador (estímulo a demandas e decisões fundadas na mesma interpretação). De qualquer sorte, como se defendeu neste trabalho, o resultado justo do processo, fruto de uma interpretação mais equânime da lei, também atende ao interesse público.

⁷³⁹LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 610. Acrescenta o doutrinador: “Os ‘precedentes’ são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, foi já resolvida uma vez por um tribunal noutro caso. Vale como precedente, não a resolução do caso concreto que adquiriu força jurídica, mas só a resposta dada pelo tribunal no quadro da fundamentação da sentença, a uma questão jurídica que se põe da mesma maneira no caso a resolver agora” (op. cit., p. 611).

uma *lógica da argumentação*, com nítidos reflexos sobre como se revelaria a motivação no contexto do direito moderno. É o que se abordará a seguir.

7.2.2. A lógica jurídica de Chaim Perelman

Uma reflexão acerca da motivação das decisões judiciais e das recentes transformações sofridas pela atividade hermenêutica desenvolvida pelos julgadores, não pode prescindir da leitura das obras de **Chaim Perelman** e da sua grande contribuição acerca da argumentação contida nas decisões judiciais; trata-se de um dos maiores filósofos do direito do século XX, para quem o direito, “tal como é praticado, é o que nasce da controvérsia no processo, e se cristaliza nas decisões do juiz”⁷⁴⁰.

Perelman refutou a visão tradicional da razão jurídica, salientando toda a peculiaridade do raciocínio jurídico, aquele relacionado com a aplicação do direito, que, na sua visão, não seria o resultado de um mero silogismo, por não se limitar a apontar a regra aplicável, a constatar os fatos a ela subsumidos e a extrair daí a conclusão.

Os julgamentos, segundo ele, não resultariam de uma simples passagem da regra abstrata para o caso concreto, de um simples processo dedutivo, mas sim de “uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais”⁷⁴¹, feita por meio da argumentação judicial trazida pelo julgador.

A lógica jurídica, portanto, seria uma *lógica da argumentação*, que se valeria, “não de provas analíticas, que são coercivas, mas de provas dialéticas – no sentido aristotélico dessa distinção – que visam a convencer ou, pelo menos, a persuadir o auditório (o juiz nessa ocorrência), de modo que o leve a dirimir com sua decisão uma controvérsia jurídica”⁷⁴².

⁷⁴⁰Apresentação à segunda edição do livro *Ética e direito*, cit., de Chaim Perelman, feita por Alain Lempereur, p. XIII.

⁷⁴¹PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 116.

⁷⁴²PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, cit., p. 500.

A partir da sua concepção de justiça não absoluta, **Perelman** conseguiu dar uma explicação para a evolução do direito: buscando encontrar a solução mais adequada, a estática disposição de lei seria adaptada pelo dinamismo da decisão judiciária ⁷⁴³.

Em sua primorosa obra *Lógica jurídica*, mostrou que existiria uma lógica específica do direito, que se diferenciaria da lógica formal adotada pelos raciocínios matemáticos, vindo o raciocínio jurídico exposto por meio da argumentação do juiz. A lógica jurídica seria, assim, aquela adotada pelos juízes na motivação de suas decisões, que solucionariam os conflitos por meio da exposição de razões aceitáveis:

“O raciocínio jurídico manifesta-se, por excelência, no processo judiciário. De fato, o papel específico dos juízes é dizer o direito – e não o criar – embora freqüentemente a obrigação de julgar, imposta ao juiz, leve-o a completar a lei, a reinterpretá-la e a torná-la mais flexível. Desde a Revolução Francesa, no direito continental, o juiz também tem a obrigação de motivar. O estudo dessas técnicas de motivação é que permite discernir o raciocínio judiciário nos diferentes ramos do direito, bem como também nas diversas instâncias hierarquicamente organizadas”⁷⁴⁴.

Enfatiza o filósofo em suas obras a importância da motivação das decisões, colocando-a como essencial à boa administração da justiça, e trazendo, em apoio à sua conclusão, trecho de T. Sauvel ⁷⁴⁵, cuja reprodução textual se justifica por sua precisão e clareza:

“Motivar uma decisão é expressar-lhe as razões. É, desse modo, obrigar a quem a toma a tê-las. É afastar toda arbitrariedade. Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não o deixa entregar-se por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’. (...) Além do mais, a motivação dirige-se não apenas aos pleiteantes, mas a todos. Faz compreender o sentido e os limites das leis novas, o modo de combiná-las com as antigas. Fornece aos comentadores, aos estudiosos da jurisprudência, a possibilidade de comparar as sentenças entre si, de analisá-las, agrupá-las, criticá-las, de extrair delas lições, em geral, também de preparar as soluções futuras. (...) A sentença motivada substitui a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma *tentativa de persuasão*. Desempenha, desta forma, no que poderíamos chamar de equilíbrio jurídico e moral do país, um papel absolutamente essencial”.

⁷⁴³Apresentação à segunda edição do livro *Ética e direito*, cit., de Chaim Perelman, feita por Alain Lempereur, p. XV.

⁷⁴⁴PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 209-210.

⁷⁴⁵O texto citado por Perelman foi extraído do artigo “Histoire du jugement motivé” (História da sentença motivada), Rev. dr. publ., 1955, p. 5-6, in PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 210-211.

É ainda de **Perelman** a precisa observação de que o juiz procura, mais do que ser compreendido, convencer da justiça da sua decisão, a fim de obter a adesão das partes e da opinião pública. Apregoa assim, dentro de uma visão que não seja puramente formalista do funcionamento da justiça, que o juiz demonstre que a decisão por ele tomada, além de estar sob a proteção da autoridade de um dispositivo legal, também seja uma decisão equitativa, oportuna e socialmente útil ⁷⁴⁶.

Conclui que, na concepção atual do direito, o juiz não se limita a ser “a boca pela qual fala a lei”, que, por sua vez, também não constitui todo o direito, mas um instrumento que norteia a tarefa de julgar. Ao juiz, por meio da motivação, cabe fornecer uma justificativa convincente sobre a legitimidade da sua escolha ⁷⁴⁷.

Resume, finalmente, e de forma inatacável, que o “direito admitido não é simplesmente o direito imposto pelo legislador: é preciso torná-lo flexível para conciliá-lo com o que é considerado equitativo ou razoável; é neste sentido que evolui o direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas, nas quais a simples afirmação por parte da autoridade é fortemente contestada” ⁷⁴⁸.

A importância dos ensinamentos de **Chaim Perelman** reside na idéia de que o juiz, embora orientado pela lei, é *detentor de um poder* que lhe permite uma margem de apreciação para escolher a solução mais adequada, justa e equitativa para resolver aquela dada situação, o que envolve um *juízo de valor* e, por isso, impõe-se ao juiz o dever de prestar contas desse poder por meio da motivação ⁷⁴⁹.

Da análise da “lógica dos julgamentos de valor”, nasce a *nova retórica*, onde o grande filósofo buscou entender como os valores se introduzem no processo de subsunção de fatos a normas gerais, preocupação típica de outros filósofos da sua geração ⁷⁵⁰.

⁷⁴⁶PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 215-216. E relembra o autor que já houve quem dissesse, com um toque de humor, que “a sentença exprime suas desculpas endereçadas ao perdedor e a seus defensores” (p.215).

⁷⁴⁷PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 221-222.

⁷⁴⁸PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 229.

⁷⁴⁹PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*, cit., p. 566.

⁷⁵⁰COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira. In: PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. XV. Segundo o prefaciador, essa preocupação é a mesma de que se ocuparam Recaséns Siches, ao formular a lógica do razoável, e de Miguel Reale, em sua teoria tridimensional do direito (op. cit., p. XV).

7.2.3. A nova retórica de Perelman e a teoria da argumentação

Assimilar os ensinamentos de **Perelman** nos permite compreender melhor o nosso tempo e entender a força adquirida pelo direito jurisprudencial, elaborado a partir das decisões bem motivadas dos juízes. Deve-se a esse pensador o resgate do raciocínio dialético, esquecido durante muito tempo, baseado na distinção entre raciocínio analítico e raciocínio dialético feita por Aristóteles ⁷⁵¹.

Perelman chega à conclusão de que a teoria da argumentação estaria inserida dentro dos raciocínios dialéticos ou retóricos, pois, enquanto no silogismo passamos das premissas a uma conclusão, o mesmo não acontece quando passamos dos argumentos à decisão, “que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum”. E sendo quase sempre controvertido, “o raciocínio jurídico, ao contrário do raciocínio dedutivo puramente formal, só muito raramente poderá ser considerado *correto* ou *incorreto*, de um modo, por assim dizer, impessoal”⁷⁵².

A *nova retórica* trouxe possibilidades inéditas para a teoria do conhecimento jurídico, estabelecendo uma ligação entre “a aplicação de normas e o raciocínio dialético em sua formulação aristotélica”, pois não haveria interpretações jurídicas *verdadeiras*: “as premissas da argumentação não são evidentes, mas resultam de um acordo entre quem

⁷⁵¹“Os raciocínios analíticos são aqueles que, partindo de premissas necessárias, ou pelo menos indiscutivelmente verdadeiras, redundam, graças a inferências válidas, em conclusões igualmente necessárias ou válidas. (...) O padrão do raciocínio analítico era, para Aristóteles, o silogismo, enunciado pelo clássico esquema: ‘Se todos os B são C e se todos os A são B, todos os A são C’. Notemos que esse raciocínio é válido quaisquer que sejam os termos colocados no lugar das letras “A”, “B” e “C” (...) Os raciocínios dialéticos que Aristóteles examinou nos Tópicos, na Retórica e nas Refutações sofísticas se referem, não às demonstrações científicas, mas às deliberações e às controvérsias. Dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar a tese do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes” (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 1-2).

⁷⁵²PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica*, cit., p. 3 e 9. Confira-se, ainda, resumo de todo o pensamento contido na obra de Perelman, feito por Manuel Atienza, in *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy Ed., 2002. p. 81-132, inclusive com uma crítica à teoria desenvolvida pelo pensador. Explica Manuel Atienza que “Perelman vai além de Aristóteles (cf. Alexy, 1978, p. 159), pois, ao passo que, para este, a estrutura do raciocínio dialético é a mesma do silogismo (a diferença residiria exclusivamente na natureza das premissas – no caso do raciocínio dialético são apenas plausíveis), Perelman entende que a passagem das premissas para a conclusão se produz de forma diferente na argumentação” (op. cit., p. 105).

argumenta e seu auditório: são as *opiniões* de que falava Aristóteles. O saber fundado em tais premissas pode ser verossímil, ou não, mas nunca será verdadeiro ou falso”⁷⁵³.

Ao conhecimento jurídico não importa qual a decisão judicial que verdadeiramente deriva da aplicação de uma norma geral, excluindo as demais que, conseqüentemente, seriam falsamente derivadas. O conhecimento jurídico está, sim, preocupado com os “meios de sustentar determinada decisão como sendo mais justa, eqüitativa, razoável, oportuna ou conforme o direito do que outras tantas decisões igualmente cabíveis”⁷⁵⁴.

Na concepção de **Perelman**, o direito não pode prescindir do estudo dos argumentos, que “não se prende a uma teoria da demonstração rigorosa, concebida a exemplo de um cálculo matemático”, mas que se explica à luz de uma teoria da argumentação⁷⁵⁵.

O julgador cuida de questões de fato e, para tanto, não é suficiente a utilização de um raciocínio apenas formal. E mesmo quando se cuida de raciocinar em questões de direito, o raciocínio demonstrativo pode não ser suficiente, pois, “em direito, a pessoa não se contenta em deduzir, mas *argumenta*, e todo estudo do raciocínio e da prova em direito que descurasse dessa situação ignoraria o que constitui a especificidade da lógica jurídica”⁷⁵⁶.

Na maioria das legislações modernas do mundo, o juiz está obrigado a julgar e a motivar suas sentenças.

Dispõe o artigo 4º do Código de Napoleão: “*O juiz que recusa julgar, a pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça*”.

Logo, o julgador não pode se abster de dizer o direito aos casos submetidos à sua apreciação e deve fazê-lo julgando e argumentando como se o sistema não tivesse lacunas ou antinomias.

Se o juiz está sempre obrigado a julgar, deve também completar eventuais lacunas que o legislador tenha deixado, motivando suas conclusões. E essa motivação, segundo o

⁷⁵³COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira, cit., p. XVI. O prefaciador observa que, nesse final de século, a teoria do conhecimento jurídico teria passado “por uma ruptura de suma importância, capaz de redirecionar totalmente sua trajetória” (op. cit., p. XVI).

⁷⁵⁴COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira, cit., p. XVI.

⁷⁵⁵PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 471.

⁷⁵⁶PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 472.

ilustre filósofo, não decorre de um raciocínio demonstrativo, mas de uma *argumentação*, que, por sua vez, decorre da “apreciação da força deste ou daquele raciocínio”. Por isso, conclui, “a liberdade e a independência do juiz constituem elementos essenciais na administração da justiça” ⁷⁵⁷.

O poder do juiz não é arbitrário, havendo sempre a obrigação de fundamentar as decisões, que servirão como precedentes para outras decisões futuras.

O raciocínio jurídico é o raciocínio do juiz que se expressa em uma sentença ou acórdão por meio da motivação.

Fruto do exame das razões trazidas pelas partes, pelo Ministério Público e pela doutrina, é o raciocínio jurídico que justifica uma decisão, de modo a demonstrar que a escolha feita pelo julgador não é arbitrária nem injusta, mas conforme ao direito. Assim, conclui **Perelman**, assimilar o raciocínio jurídico a um silogismo, “cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo fator de decisão, que é, contudo, essencial” ⁷⁵⁸.

O poder concedido ao juiz de “interpretar e, eventualmente, de completar a lei, de qualificar os fatos, de apreciar, em geral livremente, o valor das presunções e das provas que tendem a estabelecê-los, o mais das vezes basta para permitir-lhe motivar, de forma juridicamente satisfatória, as decisões que seu senso de equidade lhe recomenda como sendo, social e moralmente, as mais desejáveis” ⁷⁵⁹.

E não basta que a motivação mostre apenas as razões que mereceram prevalecer, mas também que sejam refutadas as objeções que se opõem à tese do juiz, até como forma de preservar o contraditório.

A grande importância da obra de **Perelman** foi exatamente a de “reabilitar a razão prática, ou seja, de introduzir algum tipo de racionalidade na discussão de questões concernentes à moral, ao Direito, à política etc., que venha a significar algo assim como uma via intermediária entre a razão teórica (a das ciências lógico-experimentais) e a pura e simples irracionalidade. Além disso, a sua proposta se caracteriza não só pela amplitude

⁷⁵⁷PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 472.

⁷⁵⁸PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 481.

⁷⁵⁹PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 489.

com que concebe a argumentação, como também porque leva em conta os raciocínios práticos tal e como eles ocorrem na realidade”⁷⁶⁰.

7.2.4. A tópica jurídica de Theodor Viehweg

A obra de **Theodor Viehweg**, *Topik und Jurisprudenz*, de 1953, é referência obrigatória em todos os estudos a respeito do raciocínio jurídico e da interpretação judicial. Nela está contida a tese de **Viehweg** de que “a tópica desenvolve uma técnica de pensar o problema a partir da retórica, que se constitui num elemento constitutivo do pensamento jurídico e caracteriza a estrutura do pensamento jurídico”⁷⁶¹.

É **Viehweg** quem afirma que a tópica “é uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática”⁷⁶².

Para o autor, a jurisprudência “só conseguiria cumprir sua verdadeira missão, ou seja, o responder à questão de se saber o que é justo em cada caso, aqui e agora, se procedesse topicamente”⁷⁶³.

Sua obra é de intrincada leitura e compreensão; seu estudo minucioso refoge ao âmbito do presente trabalho. Interessam-nos, aqui, apenas algumas noções acerca dessa *técnica do pensamento problemático*.

Os *topois*, de onde se origina o termo *tópica*, são “opiniões verossímeis, esses ‘pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir à verdade’. (...). A tópica, portanto, tem lugar no campo da dialética, entendida como discussão. E a discussão, a disputa, só faz sentido quando nos deparamos com a *falta de um caminho*, ou como denominou Aristóteles, com uma *aporia*: situação problemática que não é possível eliminar. Numa palavra: quando ficamos de frente com um problema”.

⁷⁶⁰ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros, cit., p. 109.

⁷⁶¹Prólogo à edição brasileira feito pela professora Kelly Susane Aflen da Silva, responsável pela tradução da 5ª. edição alemã, in VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução da 5. ed. alemã, rev. e ampl. da Professora Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. p.11-12.

⁷⁶²VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, cit., p. 16.

⁷⁶³LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 202.

Essa sintética exposição do pensamento de **Viehweg** é feita por **Giordano Bruno Soares Roberto**, que afirma que a tópica “é justamente *a técnica do pensamento problemático*, ou seja, o tipo de pensamento que pretende oferecer indicações de como se comportar diante de um problema. Quando surge um problema, logo surge um jogo de opiniões que disputam como solucioná-lo, e a tópica, segundo Viehweg, utilizando as palavras de Zielinski, é ‘a arte de ter presentes em cada situação vital as razões que recomendam e as que desaconselham dar um determinado passo – bem entendido, em ambos os sentidos, tanto as razões a favor, como as razões contra’”⁷⁶⁴.

Essa *técnica de pensamento* caracteriza-se, portanto, por orientar-se pelo *problema*, que **Viehweg** também denomina de *aporia*, e “que se define como toda questão que, aparentemente, admite mais de uma resposta e que, necessariamente, pressupõe uma compreensão temporária, a partir da qual aparece como questão a ser seriamente considerada e para a qual se busca uma resposta”⁷⁶⁵.

Também **Karl Larenz** traz a sua interpretação sobre o que seria a tópica, na visão de **Viehweg**, “Na linha de ARISTÓTELES e dos retores, sobretudo CÍCERO, define-a como ‘um processo especial de tratamento de problemas’, que se caracteriza pelo emprego de certos pontos de vista, questões e argumentos gerais, considerados pertinentes – os ‘tópicos’, precisamente. Os tópicos são ‘pontos de vista utilizáveis em múltiplas instâncias, com validade geral, que servem para a ponderação dos prós e dos contras das opiniões e podem conduzir-nos ao que é verdadeiro. (...) Mas, enquanto o pensamento dedutivo-sistemático procura apreender este contexto inteligível como um sistema omnicompreensivo, como uma rede de deduções lógicas, o pensamento tópico não abandona o terreno definido pelo próprio problema, insiste sempre no problema, e regressa sempre ao problema”⁷⁶⁶.

O mérito fundamental de **Viehweg**, como resume **Manoel Atienza**, não é o de ter construído uma teoria, e sim de ter descoberto um campo para a investigação relativa ao raciocínio jurídico, voltado para a solução de problemas concretos⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Teoria do método jurídico: a contribuição de Theodor Viehweg. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 85.

⁷⁶⁵Sérgio Nojiri, A interpretação judicial do Direito, p. 99.

⁷⁶⁶LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 202.

⁷⁶⁷ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros, cit., p. 78-79.

Para **Larenz**, a idéia que se tornou familiar aos juristas “de que a solução de um problema jurídico decorreria, não de um processo consistindo em deduções lógicas, mas por meio de uma problematização global de argumentos permanentes, conduziu a uma crescente familiarização com os pressupostos e as regras da argumentação jurídica”⁷⁶⁸.

Daí a importância das idéias de **Viehweg**, que avulta quando se vê a evidente superação do ideal do Iluminismo, “com sua pretensão de domar a insegurança e as incertezas inerentes à vida humana, obtendo a máxima segurança através do Direito”, e se conclui pela insuficiência do raciocínio dedutivo das ciências exatas, com um retorno “ao ponto em que o Direito, longe de ter a sonhada virtude de expressar-se através de uma linguagem *unívoca*, como pretenderam as filosofias liberais do século XVII, era aceito como *problemático*”. Torna-se evidente a “essencial *problematicidade* do Direito, que o aproxima inexoravelmente do ‘caso’, dando azo à sua criação jurisprudencial”⁷⁶⁹.

Dentro da busca hoje da solução do caso concreto, por meio de uma argumentação que sustente e convença do acerto do julgamento feito pelo juiz, sobressai o interesse pela teoria de **Viehweg**, com a utilização do método tópico, fundado em um raciocínio voltado para o problema e não para a norma. Desse modo, “a decisão a ser produzida deve basear-se no exame de um conjunto de elementos de *topoi* (pontos de vista) relevantes para o caso – além da norma, os fatos, as consequências, os valores –, que dialeticamente poderados, permitem a solução justa para a situação concreta examinada”⁷⁷⁰.

A tópica jurídica foi invocada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI 3289-DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, j. 05.05.2005, dentro da idéia de que a função do direito seria a de resolver problemas concretos a partir dos elementos que cada problema traz:

⁷⁶⁸ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 211.

⁷⁶⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*, cit., p.7.

⁷⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 34. O autor faz referência à teoria de Viehweg após afirmar que, “Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo”(art. cit. p. 34-35). Ainda sobre a importância do pensamento problemático de Viehweg, confira-se GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 176-178, que explica que para Viehweg, “é preciso que o problema, e não um sistema axiomático prévio, absoluto e perfeito, tome a primazia no processo de argumentação, permitindo a construção de sistemas móveis em torno de casos concretos a partir do problema da justiça” (op. cit., p. 178).

“Nesse ponto, compartilho do pensamento de Garcia Amado, no sentido de que a atividade jurídica, enquanto realização do Direito histórico, remete-se ao pensamento tópico, e não ao pensamento sistemático. Isto porque a produção legislativa não está comprometida com uma perspectiva essencialista do Direito, ou seja, não se parte de uma pauta prévia de soluções jurídicas para os problemas do mundo. Ao contrário, o Direito, produto histórico que é, traduz-se mais como um conjunto de respostas contingentes às questões que se colocam para a sociedade em cada momento. Vale aqui o registro do pensamento de Garcia Amado, *verbis*:

‘A la topica juridica se podem ligar três tipos diferenciáveis de desarrollo de la idea de Derecho, que han sido llevados a cabo por la doctrina.(...)

*El primer tipo de teorías parten de rechazar toda concepción esencialista del Derecho, conforme a la cual éste sea ‘imperativo puro’ o ‘deber incondicionado’ y la ley simple ‘depósito de soluciones acabadas para casos meramente subsumibles’. Como dice BÄUMLIN, el Derecho es un producto eminentemente histórico, solo comprensible a partir de su propia realización. La actividad jurídica, en cuanto realización del Derecho histórico, remitiría a la tópica, no al pensamiento sistemático. El Derecho histórico es, para BÄUMLIN, el conjunto de respuestas contingentes, parciales y susceptibles de ser desarrolladas. Carece de sentido, en opinión de este autor, contraponer una regulación general y abstracta, por un lado, y las decisiones, por outro, pues el proceso de concreción es un elemento conformador de importancia fundamental en el Derecho. Este se ha de comprender a partir de su nota esencial de ‘estar orientado a constante realización’. Esta realización del Derecho (Rechtsverwirklichung) no puede significar ejecución de la ley (Gesetzesvollziehung), sino un nunca acabado tratamiento y una constante conformación del Derecho histórico en todos los niveles de la actividad jurídica’ (Juan Antonio Garcia Amado, *Teorias de La Topica Juridica*, Madri, Editorial Civitas, Primeira edição, pp. 264-265).*

Conforme registra Garcia Amado, também é reconhecida na doutrina clássica de Viehweg, a natureza tópica da lei (cit., p. 255 e ss.)”.

Tanto **Chaim Perelman** como **Theodor Viehweg** mostraram a importância da argumentação, seja com a utilização dos tópicos, argumentos extraídos dos princípios gerais, de decisões de jurisprudência, que expressam certo consenso focado na resolução do problema⁷⁷¹, como preconizava **Viehweg**, seja por meio da idéia da *teoria da argumentação jurídica* de **Perelman**, onde o julgador traz argumentos hábeis a convencer os destinatários da decisão acerca da sua razoabilidade e que estão contidos na motivação, de modo a possibilitar um controle da solução trazida, o que, como anota **Ricardo Luis Lorenzetti**, expõe uma importante diferença a respeito do raciocínio dedutivo tradicional, “que buscava a verdade no sentido da norma verdadeiramente aplicável de acordo com os

⁷⁷¹LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 176.

critérios formais vigentes no ordenamento; a retórica, no entanto, não diz a verdade, senão a paz social”⁷⁷².

7.2.5. A motivação como forma de controle da criação judiciária do direito

“O direito do século XXI será diferente do direito dos anteriores séculos, exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente do jurista de séculos anteriores. (...) A travessia do século inspira, enfim, um direito mais humanizado” (Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “Tendências do Direito Civil do século XXI”).

Superada a idéia de que a sentença surge da norma codificada, reconheceu-se que *o juiz atua como criador do direito*. Assim, excluía “uma compreensão de vinculação do juiz que entende a decisão do caso como uma simples implicação do texto expresso da lei”, o juiz não pode mais ser visto como *a boca da lei*, mas ao contrário, como alguém que “manipula a lei de forma criativa”⁷⁷³.

Cabe indagar-se aqui, uma vez mais, acerca dos limites para o exercício da atividade criativa do juiz, desenvolvida na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto, tendo em conta que a segurança jurídica norteia o sistema jurídico e assegura previsibilidade às decisões judiciais.

A natureza criativa da atividade hermenêutica questiona a absoluta vinculação do juiz à lei, de modo a se perquirir quais seriam os limites dessa atuação criativa.

Para **Winfried Hassemer**, é a própria ação do juiz que decide a respeito do alcance da vinculação do juiz à lei, “não no sentido de se tornarem prescindíveis os fatores da necessária liberdade dos juízes – mas num sentido que assegure que a vinculação do juiz à lei permaneça sujeito no domínio pelos juízes da interpretação (*‘Richterbindung der Richterlichen Interpretationsherrschaft’*)”⁷⁷⁴.

⁷⁷² LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 177.

⁷⁷³ HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 11 e 24.

⁷⁷⁴ HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: a vinculação do juiz à lei, cit., p. 23-24.

Logo, é de se concluir que “a atuação judicial mesma seria responsável, por intermédio da argumentação, tanto a delimitar o âmbito significativo da norma legal quanto a dar os contornos da própria vinculação do juiz à lei”⁷⁷⁵.

O princípio da legalidade vem previsto na Constituição Federal e referido em vários outros dispositivos legais (CF, arts. 5º, II e XXXIX, 37 e 150, I; LICC, art. 4º, CPC, arts. 126 e 127, p. ex.), de sorte que a interpretação judicial não pode simplesmente desconsiderar a lei, o que, para **Karl Larenz**, afrontaria a noção de Estado democrático de direito e traria sérios danos à segurança jurídica⁷⁷⁶.

A vinculação do julgador à lei atende à necessidade de segurança jurídica e garante um controle da atividade jurisdicional. Bem por isso, a lei “permanece como um elemento necessário ao processo hermenêutico”, mas não como antes era entendido, como uma absoluta vinculação do julgador aos termos da lei, admitido hoje que “a aplicação do direito recebe o influxo decisivo de elementos outros que não a lei, notadamente dos princípios jurídicos, da jurisprudência, da dogmática jurídica, das máximas de experiência, do senso comum etc, que interagem com a ‘pré-compreensão’ (...) do intérprete na busca da solução para o caso concreto”⁷⁷⁷.

É nesse contexto que a motivação se insere como uma forma de controle do exercício do poder de julgar, da interpretação e aplicação do direito realizada pelos julgadores.

É na motivação que se encontra todo o esforço argumentativo do juiz para construir a solução daquele caso concreto, que poderá servir de paradigma para o julgamento de outros casos que envolvam a mesma questão jurídica. Da sua leitura é que se poderá concluir se a interpretação está ou não dentro dos limites da lei, ainda que feita com base em *elementos metanormativos*⁷⁷⁸.

⁷⁷⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 36.

⁷⁷⁶ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 216.

⁷⁷⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 40.

⁷⁷⁸ Para André Abbud, a inserção de mecanismos como as cláusulas gerais e fenômenos correlatos, embora interfiram na vinculação estreita do juiz à lei (ótica longe/perto), ao mesmo tempo em que amortecem as pressões exercidas pelo postulado da vinculação (ótica dentro/fora), na medida em que a ampliação e indefinição do quadro normativo determinada por aqueles mecanismos, também “têm por resultado tornar o papel criativo do juiz justificável dentro do sistema jurídico positivo”. E, “Ao atribuir estrutura mais elástica à obediência do juiz à lei (ótica longe/perto), a adoção daqueles instrumentos tampouco é imune a tensões, as quais procuram ser absorvidas pela idéia de manutenção do respeito ao dogma da submissão

Embora a supremacia absoluta da lei seja uma visão ultrapassada, isso não implica uma ruptura com o próprio fundamento lógico do sistema da *civil law* (existência da lei), mas sim, em uma maior valorização da hermenêutica judicial.

O juiz deve demonstrar – e o fará por meio da motivação –, que a sua decisão está de acordo com o sistema jurídico (princípios, textos legais, doutrina e precedentes jurisprudenciais), pois a vinculação do juiz não é exatamente com a letra da lei, mas com o sistema jurídico como um todo ⁷⁷⁹.

A legislação moderna privilegia as normas abertas, que, como foi dito, favorecem a criatividade do juiz. É esse o novo papel que se exige do juiz moderno: o de intérprete de leis com alto grau de abstração, em busca daquilo que é justo, equitativo, repudiada a função de mero exegeta.

A atividade criativa do juiz se mostra ainda mais evidente nos casos não disciplinados ou insuficientemente disciplinados pelo legislador. São aqueles qualificados como *hard cases*, casos mais complicados que fogem da normalidade do dia-a-dia do julgador e para os quais a lei não aponta uma solução expressa.

Em tais hipóteses, sendo imperioso que o juiz decida, deverá ele se valer de elementos do próprio sistema jurídico para decidir e mostrar, na fundamentação por ele trazida, que essa decisão vem amparada em diretrizes extraídas dos textos legais, princípios jurídicos, ensinamentos doutrinários e na jurisprudência, e não em mero subjetivismo, caprichos ou ideologias.

Respeitado o valor segurança, entendido no sentido de *previsibilidade*, ínsito, como se viu, à noção de Estado de Direito, a interpretação e aplicação do direito não pode dar origem a uma decisão que surpreenda o jurisdicionado ⁷⁸⁰.

legal (ótica dentro/fora): apesar de lastreada em diversos elementos metanormativos ou marcada por juízo discricionário, a interpretação não escaparia aos limites da lei” (ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 41).

⁷⁷⁹ Cf. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial, cit., p. 191.

⁷⁸⁰ Esse fator *surpresa* afronta o Estado de Direito e inutiliza grandes conquistas da civilização, adverte Teresa Arruda Alvim Wambier (Cláusulas gerais e liberdade judicial, cit., p. 211). Para a ilustre processualista, a criatividade judicial não pode ser exercida nos casos ditos fáceis ou rotineiros, mas apenas nos *hard cases*. Em casos onde exista previsão expressa em lei para a solução de determinado caso, não se admite que o juiz deixe de aplicar o texto legal. Em casos assim, não está o juiz autorizado a afastar “a incidência da norma ordinária, lançar mão de princípios constitucionais para chegar à solução diferente daquela a que remete a lei, por meio da aplicação pura e simplesmente, do método subsuntivo clássico” (op. cit., p. 195).

Quanto mais criatividade, mais se exige do julgador em termos de argumentação para justificar e dar previsibilidade à sua atuação, dada a insuficiência do mero raciocínio subsuntivo, que fica prejudicado justamente pela impossibilidade do texto legal de se adaptar automaticamente às diferentes necessidades sociais.

Essa adaptação é tarefa do julgador de hoje, que não pode desprezar as diretrizes da lei, mas que, na ausência de previsão expressa, o que hoje é corriqueiro para aqueles que exercem o poder de julgar, deverá buscar soluções para os casos onde a lei não as prevê, decisões cuja inserção dentro do sistema jurídico poderá ser controlada pela motivação.

Interferindo “com a previsibilidade, controlabilidade e independência do exercício aplicativo do direito ao caso concreto”, o dever de motivação, na conclusão acertada trazida por **André Abbud**, “atua como verdadeiro feixe de convergências entre a atividade hermenêutica realizada pelo juiz e as exigências ligadas à segurança jurídica”⁷⁸¹, o que mostra a extrema importância da motivação das decisões judiciais como meio que possibilita a verificação dos limites da criação judicial do direito.

Voto proferido recentemente pelo Ministro Eros Grau, em recurso especial julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral, deixa claras as bases teóricas para a criação judicial do direito, como ela tem sido aceita entre nós, e por ele defendida em suas obras:

“Trata-se, apenas e tão somente, de compreendermos que a interpretação do direito, e da Constituição, não se reduz a singelo exercício de leitura dos seus textos. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Tem caráter constitutivo — não meramente declaratório, pois — e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão.

Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação/aplicação opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.

A interpretação/aplicação vai do universal ao particular, do transcendente ao contingente; opera a inserção das leis [= do direito] no mundo do ser [= mundo da vida]. Como ela se dá no quadro de uma situação determinada, expõe o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto da redação do texto. Interpretar o direito é

⁷⁸¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica, cit., p. 42.

caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tornar plenamente contingencial o particular.

Isso tenho reiteradamente afirmado, em votos no Supremo Tribunal Federal e em escritos acadêmicos. Aqui, enquanto intérpretes autênticos do direito — dicção de Kelsen — produzimos o direito, no seu todo, como totalidade normativa, inclusive para colher, capturar situações de exceção, como a de que tratam estes autos” (Recurso Especial Eleitoral n. 33.174/PA, j. 16.12.2008).

Também em julgado do Supremo Tribunal Federal, que serve como um bom exemplo de criação judicial⁷⁸², afirmou o Relator Ministro Eros Grau que se estaria diante de um *caso fronteiro*, que reclamaria *uma análise tópica*:

“Eu diria, ainda acrescentando alguns subsídios ao meu voto escrito, que é numa situação como essa que fica muito clara a beleza e nobreza do ofício de interpretação do direito, interpretação do direito como construção da norma. Nós não somos leitores de textos normativos. Fôssemos meros leitores de textos normativos, bastaria a nós a alfabetização. Nós fazemos muito mais do que isso porque aqui integramos o ordenamento jurídico. Trabalhamos no segundo momento normativo, no espaço da dimensão normativa, distinto do espaço da dimensão legislativa” (Mandado de Segurança 26.690-2 – Distrito Federal, Sessão Plenária, j. 3.9.2008).

Nesse mesmo julgamento, o Ministro Carlos Britto, acompanhando o voto do Ministro Relator, alertou para a necessidade de que o julgador atente para as peculiaridades de cada caso concreto na construção da solução mais justa:

⁷⁸²“Mandado de Segurança. Constitucional. Emenda Constitucional n. 45/04. Ausência de regras de transição destinadas a solucionar situações limítrofes não abrangidas pelos novos preceitos constitucionais. Ministério Público Federal. Ingresso na carreira. Inscrição definitiva no concurso público. Candidata que, embora não possuísse os três anos de atividade jurídica exigidos pelo art. 129, parágrafo 3º., da Constituição, era Promotora de Justiça de Ministério Público Estadual. Situação de exceção. Princípio da unidade do Ministério Público 9art. 128, I e II, da CB/88). Princípio da igualdade (art. 5º. Da CB/88). A igualdade consiste em tratar-se desigualmente os desiguais. Ordem deferida. 1. A ausência de regras de transição para disciplinar situações fáticas não abrangidas pelo novo regime jurídico instituído por emenda constitucional demanda a análise de cada caso concreto à luz do direito enquanto totalidade. 2. O Ministério Público nacional é uno (art. 128, I e II, da Constituição do Brasil), compondo-se do Ministério Público da União e dos Ministérios Públicos dos Estados. 3. No exercício das atribuições previstas nos artigos 109, parágrafo 3º. da Constituição e 79 e 79 da LC n. 75/93, o Ministério Público estadual cumpre papel do Ministério Público Federal. 4. A circunstância de a impetrante, Promotora de Justiça no Estado do Paraná, exercer funções delegadas do Ministério Público Federal e concomitantemente ser tida como inapta para habilitar-se em concurso público para o provimento de cargos de Procurador da República é expressiva de contradição injustificável. Trata-se, no caso, de situação de exceção, típica de transição de um regime jurídico a outro, em razão de alteração no texto de Constituição. 5. A igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais. Prestigia-se a igualdade, no sentido mencionado quando, no exame de prévia atividade jurídica, em concurso público para ingresso no Ministério Público Federal, dá-se tratamento distinto àqueles que já integram o Ministério Público. Segurança concedida”.

“Tenho para mim, que, na linha do voto do Ministro Eros Grau, estamos aqui exercitando a interpretação como técnica de descoberta de construção – vou um pouco além, não fico só na construção – da norma constitucional de que precisamos para resolver este caso, a comprovar que o juiz não é mesmo uma espécie de traça de processo, de ácaro de processo, ele é um ser do mundo e tem de atentar para a vida tal como a vida se nos dá, sempre cambiante, surpreendente, novidadeira, a exigir muitas vezes uma solução exclusiva para o caso. O caso é tão importante que pede uma decisão exclusiva para ele, afeita à singularidade dele, às peculiaridades dele”⁷⁸³.

Essa justiça, que é feita buscando a solução do caso concreto e que resulta do esforço criativo de cada julgador na construção da solução mais justa, caracteriza o atual momento jurisprudencial do direito.

7.2.6. O momento jurisprudencial do direito: pequena casuística

“Ao fim e ao cabo, o direito é aquilo que os juízes fazem com os casos que lhes caem em mãos” (Richard A. Posner, “Problemas de filosofia do direito”)

É da tradição do sistema de *civil law*, como o nosso, que a jurisprudência seja apenas um argumento persuasivo e normalmente sem força vinculante. O direito, para nós, nasce da lei, criada pelo legislador.

Mas é incontestável o *momento jurisprudencial do direito* que atravessamos, seja pela intensa atividade criativa desenvolvida pelos juízes, seja pela valorização dos precedentes judiciais.

Os operadores do direito guiam-se, na atualidade, mais pelas sinalizações contidas em julgados e menos pelos artigos de lei, que, por si só, não fornecem solução aos novos conflitos que surgem.

A fundamentação trazida para justificar juridicamente a solução de um caso passa a servir de parâmetro para a solução de casos futuros, trazendo os precedentes uma maior

⁷⁸³Voto proferido no Mandado de Segurança 26.290/DF.

previsibilidade às decisões, e, via de consequência, maior segurança jurídica ao jurisdicionado.

Não há como se estudar o direito hoje sem conhecer o posicionamento dos Tribunais sobre determinadas matérias, principalmente aqueles adotados após a interpretação feita pelos julgadores de normas abertas, integradas por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, que servirão como parâmetro para novos julgamentos⁷⁸⁴. Bem por isso, as petições endereçadas aos julgadores contêm menos lições doutrinárias e mais citações de julgados, muitos deles, no mais das vezes, obtidos via Internet.

A análise daquilo que é *justo* é feita sempre à luz do caso concreto e das suas circunstâncias (CPC, art. 131), o que não vem expressamente dito na lei.

Diferentes mecanismos foram criados para aproximar o direito da vida real, como forma de se alcançar a *justiça*, que, como anota **Ovídio Baptista da Silva**, nunca é um valor abstrato, mera *justiça da regra*, mas a *justiça do caso*, até porque “justiça abstrata”, afirma, “é uma contradição em seus próprios termos”⁷⁸⁵.

Relaciona o processualista, dentre os mecanismos criados para superar a distância entre a lei e os casos a serem julgados, flexibilizando e arejando o sistema, o princípio da boa-fé objetiva, acolhido pelo nosso Código Civil⁷⁸⁶, o princípio da tutela da aparência, a vedação do *venire contra factum proprium*, o princípio da renúncia tácita, além das entidades jurídicas de fato que foram criadas (herdeiro aparente, credor aparente, funcionário de fato) e que representam “tentativas de superação da rigidez inflexível do normativismo positivista”, na tentativa do juiz de se aproximar do caso e de suas circunstâncias peculiares⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴“As camadas de rocha registram a história da terra. Estudar esses registros é estudar Geologia. Similarmente, as decisões judiciais registram a história do Direito. Estudar essas decisões é estudar o Direito e a evolução do pensamento jurídico” (JUNQUEIRA, Sebastião Alves. O papel do Poder Judiciário na preservação da “dignidade da pessoa humana”. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 23, jul. 2008).

⁷⁸⁵SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*. p. 2. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009. Basta comparar com a injustiça, diz o autor, para se chegar à conclusão de que não existe “injustiça abstrata ou normativa. O que existirá sempre será o horror, a desolação e o sentimento de revolta ou desprezo para injustiça ‘cometida’. Assim ocorre também com as ‘condutas’ que os valores dominantes na sociedade tenham como justas” (op. cit., p. 12).

⁷⁸⁶A respeito do novo Código Civil como o “Código dos Juízes”, em face da atribuição de considerável “poder” aos julgadores na solução dos conflitos civis, confira-se artigo de TARTUCE, Fernanda. Aumento dos poderes decisórios no “Código dos Juízes” e sua repercussão no processo civil. *Revista da Escola Paulista de Direito*, São Paulo, v. 1, p. 405-423, 2005.

⁷⁸⁷SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*, cit., p. 3-4. Exemplifica o processualista com um caso tirado da jurisprudência francesa. Segundo ele, “Em um contrato de locação havia uma

Nesse contexto, avulta a importância da argumentação trazida pelo julgador em sua motivação, que expressa a interpretação por ele feita e que deve ser apta a convencer da justiça da decisão por ele tomada: “tanto mais se argumenta, melhor hermeneuticamente se compreende”⁷⁸⁸.

Não se olvide, porém, que interpretar o direito, na lição de **Eros Roberto Grau**, é formular *juízos de legalidade*, enquanto que a *discrecionariade* se exerce mediante *juízos de oportunidade*⁷⁸⁹: “Juízo de legalidade é atuação no campo da *prudência*, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo *texto*. Ao contrário, o *juízo de oportunidade* comporta uma opção entre *indiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente* pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos”⁷⁹⁰.

Forçoso admitir-se, diante de tudo quanto já foi exposto, a função criadora do juiz no ato de interpretação/aplicação da lei. Não sem razão, já se afirmou que “o direito é o que a jurisprudência faz”⁷⁹¹.

No século da jurisdição, a tônica está na criatividade judicial e na indiscutível importância assumida pelos precedentes judiciais em nossos dias⁷⁹².

cláusula que subordinava a possibilidade de sublocar à autorização dada por escrito pelo locador. Outra cláusula previa que a locação se extinguia de pleno direito passado um mês da falta de pagamento do aluguel. O inquilino havia concluído uma sublocação sem pedir a autorização do locador. Este, porém, inicialmente, não havia oposto resistência. Somente passados três anos denunciara a violação do contrato por parte do inquilino, pedindo a resolução da locação. Na verdade a intenção do locador fora impedir que o inquilino se valesse do direito de preferência para compra do imóvel, no vencimento do contrato, que se daria três meses após o ajuizamento da ação. A Corte de Apelação de Paris rejeitou a demanda considerando que sua ‘silenciosa tolerância’ com a sublocação significara que ele havia tacitamente renunciado a exigir o cumprimento da cláusula resolutiva expressa prevista no contrato” (op. cit., p. 4-5).

⁷⁸⁸SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*, cit., p. 2.

⁷⁸⁹A matéria já foi por nós abordada no item 3.4, Limites da criatividade judicial: o dever constitucional de motivar, onde foi dito que o juiz não produz as normas jurídicas livremente, partindo do nada, mas que está sempre vinculado aos textos normativos e ao que veiculam os princípios.

⁷⁹⁰GRAU, Eros Roberto. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. *Revista Justiça & Cidadania*, n. 108, p. 16, jul. 2009. Acrescenta o ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal que a certeza jurídica é sempre relativa, “dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete” (op. cit., p. 18). A respeito do tema da interpretação e discrecionariade, confira-se do mesmo autor “Interpretação, discrecionariade e ponderação” in GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 283-290.

⁷⁹¹Lição de Henri de Page, trazida por Antonio Chaves, in *Lições de direito civil: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1972. v. 1, p. 165.

⁷⁹²“Uma das consequências mais visíveis desse processo cultural, como notou Nicola Picardi (...) foi retornarmos ao direito formado jurisprudencialmente, ao contrário do século XIX, o qual, segundo Savigni, tinha vocação para a legislação. Enquanto o século XIX supunha que o direito deveria estar inteiramente contido na lei, nossa época perdeu essa ingênua ilusão, para admitir que a lei, enquanto texto, é apenas uma pálida e tosca expressão da norma que o juiz tem de aplicar no caso concreto. Neste ponto, regressamos à sabedoria dos clássicos, para aceitar a imanente plurivocidade dos textos legais” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*, cit., p. 10).

O atual *momento jurisprudencial do direito* caracteriza-se por uma maior atividade criativa dos julgadores na interpretação e aplicação do direito, bem como pela maior importância atribuída aos precedentes judiciais, aqui abrangidas as decisões dos juízes de primeiro e de segundo grau de jurisdição⁷⁹³.

Para melhor explicar esse afirmado *momento jurisprudencial do direito*, faz-se necessária uma breve digressão acerca das chamadas *fontes do direito*, para concluir que os precedentes judiciais constituem uma das *formas de expressão do direito*.

Com efeito, várias são as acepções possíveis a respeito da expressão *fontes do direito*⁷⁹⁴. Em uma dessas acepções, ela se refere estritamente ao ato com eficácia normativa *erga omnes*, de caráter abstrato, como é o caso, por excelência, da lei (em sentido material), mas não, entre nós, das decisões judiciais, que prestam a jurisdição voluntária ou resolvem conflitos de interesses e que não têm eficácia normativa, geral e abstrata.

Mas, se considerarmos como *fontes do direito* “todos aqueles factores que cooperam na criação e no desenvolvimento posterior do Direito”, então a jurisprudência constitui inequívoca fonte do Direito⁷⁹⁵.

Tendo-se em conta a indiscutível cooperação dos precedentes judiciais na criação e desenvolvimento do direito, o que foi amplamente abordado ao longo deste trabalho, devem eles ser considerados *formas (ou meio) de expressão do direito*⁷⁹⁶.

⁷⁹³A respeito da diferença entre precedentes e jurisprudência, confira-se MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 19, que reserva o tema *jurisprudência* para o “conjunto de decisões uniformes e constantes acerca de um determinado tema”, enquanto *precedentes* se refere ao “grupo de arestos que não exprimem a posição dominante nos tribunais”. A decisão do juiz singular constitui precedente judicial, valorizado pelas reformas introduzidas no CPC, como, por exemplo, nos caso do artigo 285-A.

⁷⁹⁴Ricardo Guastini diferencia, dentre as fontes do direito, *fonti di produzione* de *fonti di cognizione*: No primeiro caso, “La locuzione ‘fonti di produzione’ – che può essere sostituita con la locuzione ‘fonti normative’, senza perdita di significato – denota grosso modo, (...) tutti gli atti e fatti che *producono*, o che *sono idonei a produrre*, diritto”. Já “La locuzione ‘fonti di cognizione’ (...) denota i documenti e le pubblicazioni ufficiali attraverso cui si può predere conoscenza del diritto” (GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l’interpretazione*, cit., p. 1-2). Aponta o autor para uma variedade de conceitos sobre fontes normativas, derivados por sua vez dos diferentes conceitos do que seja o direito, dividindo-os em dois grupos: (a) *concetti di fonte che fanno riferimento al contenuto dell’atto*; (b) *concetti che fanno riferimento alla ‘forma’ dell’atto*. (op. cit., p. 6-12). Também José Rogério Cruz e Tucci diferencia *fonte de cognição* de *fontes formais de produção do direito*, “modos pelos quais o direito se manifesta, ou seja, formas de expressão do direito”, in Precedente judicial como fonte de direito, p. 19-21. Segundo o autor, citando Giovanni Orrù, o produto da atividade judicial é fonte *irrecusável* de conhecimento do direito (op. cit., p. 296).

⁷⁹⁵LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 614. Em contrapartida, se por *fonte do direito* “se entende só a base de nascimento de uma norma jurídica que pretende validade normativa, no sentido de vinculatividade, nesse caso fontes de Direito estadual interno só o são a legislação e o uso originário numa convicção jurídica geral (como fonte do Direito consuetudinário)” (op. cit., p. 615).

⁷⁹⁶Também a essa conclusão chegou MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*, cit., p. 30. O autor, adotando lição de Rubens Limongi França, no sentido de que a lei, o costume etc. não gerariam, nem criariam ou produziriam o Direito, pois “o que gera o Direito são as necessidades sociais e a vontade

Todo órgão judicante constitui um “celeiro inesgotável de atos decisórios” e “o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um *precedente judicial*”, que nasce como uma regra de um caso concreto e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos⁷⁹⁷. A atividade dos juízes, externada por meio dos precedentes judiciais, constitui, assim, “importante fonte de direito, mesmo no âmbito dos sistemas jurídicos de tradição romanística (*civil law*)”⁷⁹⁸.

É por meio das decisões de juízes e da atividade dos Tribunais na solução de casos concretos que se conhece o direito, principalmente nos dias de hoje, em que as cláusulas gerais se limitam a traçar um parâmetro hermenêutico, dependendo a concretização do direito da interpretação/aplicação feita pelo intérprete autêntico, que é o próprio julgador.

Não por acaso, diferentes repertórios de jurisprudência reproduzem os julgados mais recentes, dando conhecimento da jurisprudência a todos os operadores do direito, como um *caminho* a ser seguido.

Mais do que nunca, “O labor jurisdicional dos tribunais, apesar de despido de *potesta normandi* (geração de normas de caráter geral e abstrato), produz a rigor, na realização efetiva do direito, valorações concretas as quais, uma vez reiteradas, ganham projeção, que acaba afetando de modo inexorável o próprio ordenamento jurídico”⁷⁹⁹.

Ainda que sem força obrigatória (vinculante), é a visão dos Tribunais sobre determinada matéria e a orientação por eles traçada que acaba prevalecendo e que passa a ser seguida inclusive pelos demais julgadores em julgamentos futuros, que dificilmente se afastam de uma orientação anterior.

Na observação de **Karl Larenz**, “os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, (...) são considerados, decorrido algum tempo, ‘Direito vigente’. Assim se forma, em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito estatuído, um ‘Direito judicial’”, a ser aplicado em futuros julgamentos.

E enfatizando a importância do *conteúdo da fundamentação* das decisões, conclui o mesmo autor: “Indirectamente, qualquer resolução judicial pode, por isso, actuar mediante

humana”, afirma que, em vez de colocar a jurisprudência como *fonte* do direito, melhor será colocá-la como *forma* (ou *modo*) de expressão do direito (op. cit., p. 20).

⁷⁹⁷CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 11-12.

⁷⁹⁸CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 18.

⁷⁹⁹CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*, cit., p. 300.

o conteúdo da sua fundamentação, para além do caso concreto decidido. Com efeito, na medida em que responda à pretensão nela suscitada, representa um paradigma, um modelo para futuras soluções que se refiram a casos semelhantes, nos quais tenha relevância a mesma questão jurídica”⁸⁰⁰.

Há um movimento *pendular* entre legislação e jurisdição, registrado por **Nicola Picardi**, e que, no início desse século XXI, aponta em direção à jurisdição e para uma revalorização desse momento jurisprudencial, que assume um papel de fonte subsidiária e flexível do direito⁸⁰¹.

Esse *movimento pendular* revela que as fontes do direito nem sempre foram as mesmas e que, para localizá-las em um dado momento histórico, é preciso verificar “em mãos de quem se encontra o poder normativo, com exclusividade ou com predominância”⁸⁰², o que nos leva a concluir que, nesse nosso tempo, cabe ao Poder Judiciário uma missão criadora e de aperfeiçoamento da obra normativa. Abandonou-se o Estado legislador para ingressar na era do jurisprudencialismo, com uma ênfase cada vez menor na vocação legiferante do Estado moderno⁸⁰³.

A inserção do direito no mundo da vida, por meio da sua interpretação/aplicação, se opera “em plano que não se pode particularizar senão mediante a exceção, caso a caso”⁸⁰⁴.

Alguns precedentes judiciais a seguir relacionados em uma pequena casuística pretendem mostrar o exercício da criatividade que se exige do julgador para a construção de soluções para cada caso submetido a julgamento, que caracteriza esse afirmado *momento jurisprudencial do direito* e que cobra do juiz uma postura mais humanitária em seus julgamentos.

A 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça permitiu a alteração do prenome e do sexo de uma pessoa do sexo masculino para o feminino, não obstante argumentação contrária de que o sexo seria biologicamente (e não juridicamente) determinado.

⁸⁰⁰LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 610-612.

⁸⁰¹PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*, cit., p. 1-3.

⁸⁰²THEODORO JR., Humberto. O sistema positivo e o impacto da era das reformas legislativas, cit., p. 17.

⁸⁰³SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura, cit., p. 103.

⁸⁰⁴GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. XXV.

A motivação invocada pelo Relator, Desembargador Maurício Vidigal, traz todo o esforço argumentativo do julgador para dizer e dar concretude ao direito reclamado pelo autor, flexibilizando a rigidez dos textos legais de modo a superar a sua *inércia temporal*⁸⁰⁵:

“Trata-se de apelação interposta de r.sentença que deferiu retificação de registro civil. Alega o representante do Ministério Público que o prenome é imutável, que a jurisprudência não admite a mudança pretendida e que o recorrido não tem capacidade reprodutora.

(...)

Agora que a operação já se realizou há três anos, relatada a situação do apelado pelo parecer de fls. 35/36 de autoria de médico que o operou pertencente à entidade de prestígio e credibilidade, não há necessidade de perícia para que se apurem os fatos pretendidos pela digna procuradora. Há prova de que o apelado antes já se identificava com o sexo feminino (fls. 23). A cirurgia, certamente, aprofundou essa tendência. Eventual desconformidade psíquica com o caminho adotado em nada alterará a situação. O apelado já fez sua escolha e o direito, hoje, a admite.

Este Tribunal tem, de forma majoritária, adotado o entendimento constante da r. sentença (apelações de n.s 86.851-4- relator Rodrigues de Carvalho; 165.157-4/5- relator Boris Kaufmann; 209.101-4 – relator Elliot Akel; 398.172-4/8, relator Testa Marchi; 439.257-4/3, relator Salles Rossi e 492.524-4/0 – relator Ari Bauer). Não é verdadeira, pois a afirmação de que a jurisprudência não admite pedido semelhante.

A imutabilidade do prenome não é absoluta. No caso, a possibilidade de uma vida digna para o apelado depende da alteração solicitada. A adoção de nome feminino e desse sexo em seus documentos impede que venha a submeter-se a situações constrangedoras do dia-a-dia em um mundo que continua a ser preconceituoso. Como afirmou o Ministro Menezes Direito em julgamento dos efeitos dessa mudança (Resp 678.933-RS), casos semelhantes devem ter seu julgamento inspirado pelo amor à humanidade.

Se a capacidade reprodutora fosse essencial para a definição de sexo, homens e mulheres estéreis deveriam ter seu estado civil alterado tão logo se percebesse a deficiência” (Ap. n. 514.688.4/6-00, Barueri, j. 11.11.08).

Nesse mesmo julgamento, em declaração de voto vencedor, o Desembargador João Carlos Saletti justificou a necessidade de retificação do sexo do recorrente junto ao registro

⁸⁰⁵ Flexibilizar a rigidez normativa é tentar eliminar a inércia temporal dos textos legais, afirma Ovídio Baptista da Silva, na tentativa “de superar nosso petrificado paradigma racionalista” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*, cit., p. 5).

civil para feminino⁸⁰⁶, o que, todavia, deveria constar como averbação à margem do termo do assento de nascimento:

“Como não se está a falar em opção que o indivíduo pudesse exercer, tendo a requerente adquirido situação física próxima da plenitude da existência feminina, a alteração do nome tem de ser acompanhada da nota, obrigatória, de se tratar de pessoa do sexo feminino. Se assim não for procedido, permanecerá ela na mesma situação em que se encontrava antes de retificar o nome, agora em posição invertida. Com nome feminino, será pessoa do sexo masculino. Antes, tinha nome masculino, mas apresentação, aparência e circunstância de indivíduo do sexo feminino. Em conclusão, o pedido deve ser deferido, por inteiro, de tal arte que a retificação do nome deve ser acompanhada, necessariamente, da retificação do sexo”.

O terceiro julgador integrante da turma julgadora, Desembargador Octávio Helene, também acompanhou os demais julgadores quanto à retificação pretendida, observando, da mesma forma que o Desembargador Revisor, a necessidade da averbação no livro do registro civil da alteração, “porque se cuida de uma ação modificadora do estado da pessoa, devendo, portanto, vir averbada”:

“O que se tem da prova, é que o recorrente quis, até com obstinação, seguir o seu destino e sendo livre em sua vontade procura, agora, a retificação em seu registro civil, de modo a que reflita esse assento a opção que buscara, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção cirúrgica que provocaram a alteração da natureza em que foi gerado. O assento civil retificado virá reconhecer o que se deu pela necessidade que buscava o apelante de alteração de sua natureza, buscando para isso ato cirúrgico que convalidasse essa opção.

(...)

Com isso [*averbação da retificação à margem do termo*], estaria preservado, sem nenhum constrangimento para o apelante, o direito de terceiro interessado, eventual nubente, situação que não convalidaria o casamento sem que o consorte fosse intimado da condição anterior constante do registro. A averbação discreta somente no registro civil, não esconderia o fato de terceiro interessado, até porque a mudança ocorreu de ato cirúrgico complexo”.

Em outro caso, envolvendo discussão acerca de discriminação sexual ocorrida em uma academia de ginástica, o juiz de primeiro grau julgou procedente pedido de

⁸⁰⁶ A juíza singular julgara parcialmente procedente o pedido para retificar o assento do registro civil quanto ao nome para um nome feminino, a fim de que ficasse constando que o sexo do autor é masculino, com fenótipo de feminino em decorrência de cirurgia (Proc. 1650/06, Comarca de Barueri).

condenação por danos morais. Em sua defesa, a academia afirmou que o autor havia tido sua matrícula cancelada, porque utilizara o vestiário feminino, e não o masculino, violando, dessa forma, as regras da academia e causando constrangimento geral.

Na fundamentação, o magistrado singular reconheceu a existência da alegada discriminação sexual, além do fato de não ter havido prévia advertência ao autor de que, embora sendo transexual, deveria se utilizar do vestiário masculino, concluindo o julgador *a quo* pela necessidade do pagamento da indenização reclamada. Todavia, na mesma fundamentação, reconheceu que a sociedade ainda não estaria bem familiarizada com tais situações, fixando, por isso, o dano moral em valor pouco expressivo:

“Ficou evidenciado nos autos que a discriminação ocorreu em virtude do autor ser transexual, o que não é admitido em nosso ordenamento, ferindo o princípio da dignidade humana, pois todos têm direito a serem respeitados e protegidos de discriminação.

De acordo com o exposto na inicial, o transexual tem um conflito entre o sexo biológico e a sua identidade sexual, o que demonstra que o autor não agiu de má-fé ao ingressar no vestiário feminino, já que conforme seu entendimento pertence ao sexo oposto e nada mais natural para ele que ingressasse neste local. Assim, não entrou no vestiário para ver as mulheres desnudas, fazer assédio sexual ou satisfazer qualquer tara sexual, apenas o utilizou por achar ser o local apropriado.

Diante do fato de ser o autor transexual, a ré deveria ter agido com mais cuidado, repreendendo-o primeiramente, e avisando-o depois de que só poderia utilizar o vestiário masculino. Sendo infundada uma expulsão de primeiro plano, demonstrando que esta ocorreu devido ao transexualismo do requerente, e não por descumprimento de deveres.

Porém, o argumento da ré de que o autor não poderia utilizar o vestiário feminino procede, pois apesar de se entender como mulher, o requerente ainda possui os órgãos genitais masculinos, sendo biológica e fisiologicamente homem. E seria muito constrangedor para as frequentadoras da academia encontrar um homem no vestiário, principalmente quando fossem trocar de roupa.

Nesse sentido, se o autor continuasse a usar o vestiário feminino após a advertência, haveria motivos para a sua expulsão por descumprimento de regras da academia. (...)

Apesar da ré ter cometido um ato que ofendeu a honra do autor, ela não merece uma reprimenda muito grande, pois somente nas últimas décadas os transexuais, bem como os homossexuais, vêm conseguindo o reconhecimento de seus direitos perante a sociedade e sendo aceitos nela, tratando-se de um fenômeno recente, o que justifica em parte o comportamento da requerida. Como não se trata de uma situação consolidada na nossa sociedade, é comum que as pessoas ainda não saibam lidar corretamente com ela, e às vezes cometam erros, como é o presente caso, e neste sentido deve-se amenizar a culpa da ré.

Utilizando-se deste aspecto fático e do disposto no art. 944 do Código Civil, percebe-se a desproporção entre a culpa da ré e o dano, que deve entrar no cálculo da indenização” (Processo n. 2885/2004, 7ª. Vara Cível da Comarca de Bauru).

A sentença foi confirmada por acórdão relatado pelo Desembargador Testa Marchi (Ap. n. 435.252-4/1-00 10ª. Câmara de Direito Privado, TJSP, j. 15/7/2008, v.u.), que manteve o entendimento adotado pelo magistrado singular:

“A r. sentença não comporta reparos.

Efetivamente o autor, conquanto transexual, podia ser impedido de ingressar no banheiro feminino, para não constranger as pessoas do sexo oposto.

Contudo, uma vez aceita a matrícula e sendo informada dessa condição, não podia a academia excluir o aluno como forma de castigo, sem pelo menos uma advertência prévia, se entendia que o ato atentava contra as suas posturas.

Não prospera a alegação de que não houve expulsão, porquanto os elementos existentes nos autos, notadamente o documento de fls. 20/21, elaborado pela própria apelante, confirmam o desligamento unilateral em razão do ocorrido, ferindo arbitrariamente o direito do aluno, por não lhe proporcionar o direito de defesa.

5. A saída compulsória e definitiva teve forte sentido de menosprezo à pessoa humana, além de características de preconceito sexual, cabendo a recomposição dos danos morais sofridos, com base na repercussão do fato.

O “quantum” arbitrado também deve ser mantido como compensação da mágoa produzida, sendo moderado, sem implicar em locupletamento indevido.

6. Ante o exposto, nega-se provimento ao apelo”.

A invocação dentro da própria Câmara de precedentes anteriores baseados em entendimentos externados pelos julgadores que a integram é prática comum nos Tribunais, mais uma demonstração da força dos precedentes judiciais entre nós.

Em apelação oferecida contra sentença que julgou improcedente pedido de cobrança de despesas de manutenção de loteamento, alegou a associação recorrente que não se tratava, no caso, de contribuição associativa, mas de retribuição por serviços prestados, sob pena de enriquecimento sem causa do beneficiado pelos serviços, uma vez que a atuação da associação promoveria expressiva valorização no imóvel.

Ficou decidido pela 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, a procedência do pedido, dando-se provimento ao recurso, com a invocação de entendimento já assentado entre os componentes da própria Câmara:

“Esta câmara adotou a orientação de que é legítima exigência semelhante, porque configuraria enriquecimento ilícito o desfrute de serviços prestados pela associação de proprietários do loteamento ou por sua administradora sem que fosse paga a devida contraprestação. Ao adquirir o lote em empreendimento fechado, o adquirente já tem conhecimento de que devem ser realizadas despesas para a manutenção dos serviços comuns. Se a formação é posterior, o adquirente da mesma forma é beneficiado por ela.

O desligamento da entidade, que é ato dependente da vontade do associado, não o desobriga de pagar pelos serviços realizados. Quando se associou, o proprietário do imóvel no loteamento concordou com a prestação dos serviços. Depois, sabendo que os serviços não serão paralisados por sua retirada, já que a maior parte deles não é divisível, a falta de pagamento consagra enriquecimento ilícito, pois o antigo associado continua a gozar dos serviços e a associação não tem como impedir desse desfrute.

(...)

Não há condomínio. Há apenas loteamento em que são prestados serviços aos proprietários pela associação que formaram. A Constituição Estadual não trata da matéria. A cobrança não depende da lei municipal referida nos autos. Prestação de contas da autora deve ser exigida em procedimento próprio. Eventuais falhas nos serviços não estão demonstradas. (...)

Apreciadas as teses da apelada, não há necessidade de menção expressa às disposições que prequestiona” (Ap. Cível n. 366.496-4/7- Cotia, Rel. Des. Maurício Vidigal).

O Direito de Família exige uma dose ainda maior de criatividade do julgador, e, em contrapartida, mais persuasiva deve ser a argumentação contida na motivação, a fim de justificar o acerto da decisão tomada, tendo sempre em conta as peculiaridades de cada caso concreto.

Em acórdão relatado pelo Desembargador João Carlos Saletti do Tribunal de Justiça de São Paulo, a irresignação do recorrente com uma pensão mensal liminarmente fixada em favor de seu filho, em valor bastante expressivo, foi bem respondida e justificada pelo ilustre relator, diante do binômio necessidade-possibilidade que norteia a fixação dos alimentos devidos:

“Diz o agravado que a decisão liminar no recurso chega a ser acintosa porque ‘em País que possui, em primeiro lugar, legislação regulando o assunto e, em segundo lugar, uma população em sua grande maioria carente e miserável’. Repeli enfaticamente o qualificativo.

A lei e os princípios que regem a espécie foram fundamentadamente levados em conta na decisão liminar e o são agora. A situação de miserabilidade de grande parte da população nacional, que entristece a todos, não desmente nem impede que algumas famílias, mercê da posição social e econômica que ocupam, vivam em estado de riqueza e ostentação, como reconhece o próprio agravado.

É notória a grande distância existente entre o rendimento e a qualidade de vida de ricos e pobres. A distribuição do direito e da justiça nos casos de uns e de outros, no entanto, é feita de conformidade com a situação de uns e de outros. Nenhum Juiz ou Tribunal fixa pensão de rico para pobre pagar. Nem impõe a rico que pague a pensão de pobre. As famílias vivem segundo a sua condição, e a pensão é fixada com atenção às necessidades de quem as pede e com as possibilidades de quem a pode pagar. Assim também aqui. (...)

Não é sem motivo que para o arbitramento nesta Instância não se há atender o exagero da pensão de mais de cem mil reais, certamente baseada na assertiva de rendimento empresarial de três vezes esse valor, e não com atenção aos critérios já assinalados” (AI n. 577.690.4/6-00).

São também comuns referências feitas em sentenças e julgados de segundo grau, à dinâmica da vida em sociedade, aos problemas decorrentes da intensidade das relações sociais e da própria impessoalidade das relações em massa da vida moderna, para justificar, por exemplo, a responsabilidade por danos causados a terceiros pela utilização fraudulenta de documentos, como reforço na argumentação contida na motivação:

“Trata-se de ação declaratória cumulada com reparação de dano moral, fundada em financiamento fraudulento e posterior lançamento do nome da vítima no SCPC e na Serasa. Aduziu o autor, em suma, que seus documentos foram indevidamente usados por terceiros.

Em audiência (fls. 71-72) foi apresentada contestação (fls. 73-78), tendo a ré negado atuação culposa.

(...).

São pontos incontroversos (Código de Processo Civil, art. 334, inc. III) a não solicitação de crédito e a restrição efetivada depois de verificado o incumprimento contratual.

A responsabilidade do fornecedor nestes casos é objetiva e prescinde, portanto, da verificação de culpa (Lei 8.078/90, arts. 14 e 17).

A falsificação de documentos é fato muito comum na atualidade. Nada tem de imprevisível ou inevitável.

Na verdade, integra o risco da atividade empresarial.

A respeito o seguinte aresto sobre situação análoga:

‘Não se pode esquecer, doutro turno, que, para a culpa civil, a mais leve é suficiente. Inviável afastar a responsabilidade do Banco que, necessariamente, conhecedor das atividades fraudulentas com o uso de documentos falsos, deveria desenvolver maiores cuidados e providências para evitar a abertura de contas e a entrega de talões de cheques, a propiciar dessa forma o uso ilícito e em prejuízo daquelas pessoas, cujos nomes foram indevidamente utilizados. E se não tem condições de controlar esse serviço, para torná-lo, totalmente, seguro e confiável, assume o risco pelo resultado lesivo, tão-só pelo seu exercício e pela persistência em prestá-la. Nesse derradeiro ângulo a responsabilidade do Banco apelado também se apresenta no ângulo objetivo.(...)

Além disso, evidenciada a negligência, diante da constatação noutro feito de informado número equivocado do CPF (fls. 104). Não se exige, é verdade, que se investigue a vida do proponente, o que seria incompatível com a celeridade do comércio. Mas cautelas mínimas, como comprovação de residência, referências pessoais, exigência de outros documentos, não afetariam negativamente a dinâmica empresarial.

Aliás, sequer foram juntados o instrumento representativo da dívida e outros documentos, tudo indicando o aodamento próprio das relações impessoais em massa da vida moderna” (Processo 000.04.082947-2- 3ª. Vara Cível Central).

Também em sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais e materiais pelo insucesso de uma operação de laqueadura, da qual resultou nova gravidez da paciente, formulado em demanda ajuizada em face de uma médica ginecologista, foi invocada pelo julgador de primeiro grau a ausência de provas acerca da alegada imperícia da profissional, bem como de que a cirurgia não teria sido realizada.

Na mesma oportunidade, ressaltou o juiz singular que, interpretando fatos e aplicando o direito, não poderia julgar em desacordo com a prova que lhe fora apresentada, principalmente desconsiderando trabalho técnico apresentado a respeito da matéria discutida, passando por cima da lei e da prova produzida apenas *por misericórdia pelo infortúnio da parte*, sob pena de ofensa aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito:

“As considerações doutrinárias trazidas aos autos indicam que o procedimento de ligadura bilateral das trompas é método eficaz para evitar futuras gestações, mas também indicam a existência de pequena possibilidade de insucesso. Daí porque a obrigação assumida pela Ré, conforme já afirmado acima, é de meio. (...)

Certo é que o evento suportado pela Ré foi excepcional. Contudo, não pode o julgador, mesmo a pretexto de distribuir adequadamente o direito aos fatos trazidos aos autos, desconsiderar os trabalhos técnicos. O julgador não é técnico na área médica, pelo que deve estar escorado no trabalho do perito, porque a questão ora trazida é eminentemente técnica. Se há espírito de corpo entre os médicos, isso deve ser uma questão a ser imposta contra a consciência de cada médico. **Ao julgador compete analisar o caso com as provas produzidas nos autos, sob pena de haver grave ofensa aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito Certo. Do contrário, inúmeras outras ilegalidades poderiam ser praticadas, sempre em prol da sociedade, como ocorria nos idos tempos da inquisição e das ditaduras autoritárias. Se temos lei disciplinando o devido processo legal, não pode o julgador desconsiderar a prova produzida nos autos, para, com espírito de misericórdia pelo infortúnio da Autora, dar o bem da vida pretendido.** Nada é mais condenável que o afrouxamento da lei, porquanto se hoje se admite, a pretexto de preservação de interesses maiores, o sacrifício do devido processo legal, logo chegará o tempo em que, pelos mesmos ou outros motivos, sempre invocados como superiores, também se justificará o atentado às garantias constitucionais, abrindo-se a porta para a passagem de inúmeras ilegalidades. Com esses fundamentos, julgo improcedente a pretensão (...)” (Processo n. 000.01.058364-5, 39ª. Vara Cível Central, sentença datada de 1º. de junho de 2004, sem destaques no original).

Em outra sentença que julgou improcedente pedido de indenização por danos morais, alegando o autor que fora vítima de calúnia por acusação indevida feita pelo réu em inquérito policial, enfatizou o magistrado singular o aspecto da má-fé do autor, “fruto de uma *crise de valores* da nossa época, nunca antes vista nos quadrantes da História”, a exigir pronta repressão por parte do Poder Judiciário:

“A situação fática da ‘comunicação’ envolvendo o autor e o réu ficou devidamente caracterizada através da convergência probatória estampada nos autos. Evidenciada por documento público, inclusive⁸⁰⁷.

Ademais, patente a má-fé e a alteração da verdade dos fatos praticados pelo autor, o qual bateu às portas do Judiciário na tentativa de obtenção de uma indenização indevida e sem causa.

A utilização abusiva do direito, com infração à ética e à boa-fé objetiva, que permeia o ordenamento jurídico brasileiro, não pode encontrar guarida junto ao Poder Judiciário.

Vive-se atualmente uma crise de valores, talvez nunca vista antes nos quadrantes da História, o que arrasta o Judiciário para uma avalanche enorme de processos e ao descrédito, na medida em que suas decisões não conseguem pôr cobro a uma tal gama de atentados.

⁸⁰⁷ As declarações do réu na polícia eximiam o autor de qualquer envolvimento criminal.

Não por outro motivo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal CELSO DE MELLO, sentenciou: “O ordenamento jurídico brasileiro repele práticas incompatíveis com o postulado ético-jurídico da lealdade processual. O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso do direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé, trate-se de parte pública ou de parte privada – deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela autuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo”(RTJ 270/72).

Assim, além da improcedência da ação, devem ser carreadas ao autor as penas de litigância de má-fé em razão da quebra da boa-fé e do princípio da veracidade (art. 14, I e II, c.c. artigo 17, II e III, todos do Código de Processo Civil)” (Processo n. 468/05, Mirante).

A força da criação judicial chega a questionar a coisa julgada e a sua preservação, “quando desconforme com provas novas produzidas com utilização de tecnologia não disponível anteriormente”.

No julgamento do AI 604.193-4/8, de Bauru, mostrou-se o esforço argumentativo dos integrantes da Turma Julgadora para resolver um caso em que o exame de DNA veio a confirmar a paternidade antes não demonstrada:

“Trata-se de agravo de instrumento interposto de r.decisão que em ação de investigação de paternidade saneou o processo. Alega o réu que há coisa julgada, porque ação anterior movida em 1982 foi julgada improcedente. Indeferida a liminar e dispensadas informações, veio resposta e a douta Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo improvimento. (...)”

Vem ganhando força na jurisprudência o entendimento de que a coisa julgada não pode ser preservada quando desconforme com provas novas produzidas com utilização de tecnologia não disponível anteriormente. O caso mais costumeiro é semelhante ao dos autos, em que exame do DNA vem confirmar paternidade antes não demonstrada ou desmenti-la na hipótese contrária. Na verdade, não há previsão legal específica para a hipótese, esforçando-se os juízes na tentativa de enquadrá-la num dos casos previstos pelo estatuto processual. O esforço é insatisfatório: fala-se em documento novo, mas ele não era existente na época da decisão anterior; imagina-se falsidade da prova, mas o caso pode ter sido apenas da inexistência dela ou de apreciação deficiente.

O exame das decisões transcritas em JTJ 220/275, 226/238 e 230/268 mostra as dificuldades na conceituação do vício. Melhor é aceitar a tese exposta pelo Des. Toledo César no segundo julgamento referido, de que o juiz, às vezes, pode passar ‘a norma legal a mero plano secundário’, servindo-se do seu conceito de justiça para fundamentar a decisão. É evidente que não se trata de conceito de justiça pessoal, mas daquele que é revelado pelo conjunto de regras jurídicas e éticas aceitas naturalmente

pela coletividade. Não se cria um direito alternativo, mas aplica-se aquilo que é visto como justo por todos, embora não haja expressa previsão legal.

A controvérsia ainda não está completamente solucionada, como demonstra a decisão do Superior Tribunal de Justiça (Resp 706.987) trazida à colação pelo agravante, segundo a qual, mesmo nessa hipótese, a coisa julgada deve ser preservada, desprezando-se o avanço científico.

As críticas contidas nas razões de agravo, porém, não merecem acatamento, porque são raras as conquistas científicas que podem dar novos rumos a julgamentos já sucedidos, porque a valorização delas não causa perturbação aos princípios do estado democrático de direito e porque a revisão de sentenças, com aplicação da ciência nova, pode ser postulada tanto pelos supostos pais como pelos supostos filhos vencidos anteriormente em ação de investigação de paternidade. No entendimento desta câmara, a melhor solução é a que foi dada pela digna magistrada” (10ª. Câmara de Direito Privado do TJSP - AI n. 604.193-4/8- Bauru, Rel. Des. Maurício Vidigal).

O apelo ao julgamento com equidade, a fim de assegurar a proteção ao direito do consumidor, e, em consequência, garantir decisões mais justas, é comum nessa matéria, principalmente nos casos que envolvem disputas relativas a seguro-saúde, buscando-se sempre uma interpretação mais justa e equânime daquilo que ficou contratado entre as partes, respeitada a boa-fé do consumidor.

No caso a seguir reproduzido, conhecida seguradora de saúde negou-se a dar cobertura a tratamento de hemodiálise, por força de cláusula que previa a exclusão de cobertura para tratamento ambulatorial.

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau e, após a interposição de recurso de apelação, julgado procedente em segundo grau de jurisdição, quando então foi respeitada a justa expectativa do consumidor de receber todo o tratamento necessário à doença nefrológica de que era portador e que possuía cobertura dentro do plano contratado:

“(...) Sem dúvida, está-se diante de relação de consumo, incidindo, dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), por se tratar de contrato remunerado de prestação de serviços de natureza securitária em que o segurado figura como destinatário final (artigos 2º. d 3º.). A questão discutida nestes autos envolve prática muito comum nos contratos dessa natureza, trazendo à tona discussão sobre os limites da previsão de exclusão de tratamentos. De um lado estão as seguradoras invocando observância ao princípio da ‘pacta sunt servanda’, em regra de forma sistemática e inflexível, já que, sendo a parte mais privilegiada nas relações que firmam, são elas a ditar regras, estabelecendo as cláusulas contratuais. De outro lado, por sua vez, estão os destinatários das regras

contratuais ditadas pelas seguradoras, sobre as quais nenhum poder detêm. Se é certo que nesses contratos vigora a correlação entre cobertura e prêmio, permitindo-se cláusulas limitativas de direitos, desde que redigidas com clareza e destaque, não o é menos no sentido de que, oferecida cobertura ou reembolso a despesas médico-hospitalares, se negado tratamento correlato, adequado ao desejo do restabelecimento da saúde, o fato corresponde à restrição ou exclusão abusiva das despesas, afrontando ao sistema de proteção do consumidor. De rigor que se preservem as legítimas expectativas daquilo a que se visou ao contratar – cobertura do mal a que foi acometido, com a consequência natural dos meios tendentes a combatê-lo (no caso, a hemodiálise). É essa a visão do artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor que considera nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Assim, são nulas as cláusulas 7ª. e 8ª., ‘i’ do contrato – exclusão de atendimento ambulatorial e de casos crônicos e suas consequências. Conforme se verifica de fls. 13/14, o contrato de seguro cobre despesas nefrológicas despendidas com o tratamento de casos clínicos agudos e cirurgia, havendo necessidade de internação. O Colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que quem decide o tratamento é o médico e não o plano de saúde, cabendo a este somente estabelecer quais as doenças cobertas. (...)

Por fim, cabe consignar que a ausência de cobertura para tratamento que se revele absolutamente necessário ao restabelecimento do segurado, além de afrontar a equidade e o sistema de proteção do consumidor, esvazia o contrato, rompe a finalidade contratual, em prejuízo à saúde da pessoa”(Apel.Cível n. 459.737-4/0-00, São Paulo, 10ª. Câm. Direito Privado do TJSP – Rel. Des. Octávio Helene).

Em outra oportunidade, o princípio da dignidade humana foi invocado para garantir à parte o direito de ter ciência da identidade de seu pai biológico, ainda que contrária à paternidade que constava do seu assento de nascimento.

O recurso de agravo fora interposto contra decisão que determinara a realização de perícia hematológica pelo sistema de DNA. Reconheceu o julgado que “o princípio da dignidade da pessoa humana deve abranger, inclusive, a própria origem biológica”:

“Não se discute que devem vir observados os princípios da inexigibilidade de alguém produzir prova contra si mesmo, bem como do direito à intimidade e do direito à inviolabilidade do próprio corpo. Contudo, há que prevalecer em detrimento de tais princípios o princípio da dignidade humana, do qual decorre, tranquilamente, o direito de uma pessoa conhecer, com toda a segurança de que a ciência atualmente oferece, seu histórico genético e a identidade de seu pai biológico, ainda que a paternidade tenha sido assumida por terceiro, pouco importando os motivos de tal reconhecimento. Segundo bem anotado pelo d.Procurador de Justiça oficiante: ‘(...) a condição básica do legítimo interesse da

agravada, quer seja, o afastamento da paternidade relativamente ao pai ‘registral’, já se viu satisfatoriamente provada, sem que se possa entrever, nesse particular aspecto, qualquer ‘mácula’; além do mais, ‘De fato, se da confrontação entre o material genético (DNA) da agravada e o do seu presumido pai, não se identificam, desde logo, traços comuns que deveriam necessariamente existir entre ambos, não há razão plausível que justifique, a essa altura, a colheita do material da mãe para o refazimento do exame’.(...)

Sob tal enfoque, a falsa declaração constante do registro civil, impugnável a qualquer tempo, pode ser atacada por quem tiver interesse fundado em obter a nulidade. O princípio da dignidade da pessoa humana deve abranger, inclusive, a própria origem biológica. A verdade real registrária é de interesse público. Assim, não seria lícito a alguém criar relações de uma paternidade inexistente, por meio de uma espécie de adoção imperfeita, ilícita, contrária à lei, aos bons costumes e à ordem pública” (AI n. 549.239.4/9-00, São João da Boa Vista, 10ª.Câm. de Direito Privado – TJSP – Rel. Des. Octávio Helene).

Também invocando o princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º., III) e buscando dar-lhe concretude, dois acórdãos do Tribunal de Justiça do Mato Grosso e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais ⁸⁰⁸, asseguraram o direito do paciente, seguidor da religião ‘Testemunha de Jeová’, de receber tratamento médico sem transfusão de sangue.

Sem adotar a tese de conflito entre direitos fundamentais do paciente (vida x liberdade religiosa), o acórdão do Tribunal de Justiça do Mato Grosso observou: *“impõe-se esclarecer que não se está a debater ética médica ou confrontação entre o direito à vida e o de liberdade de crença religiosa. O que se põe em relevo é o direito à saúde e a obrigação de o Estado proporcionar ao cidadão tratamento médico que não implique em esgarçamento à sua liberdade de crença religiosa. (...) não cabe à Administração Pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los (...) Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispensem-na, quando, na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la ⁸⁰⁹.(...) Ora, havendo método cirúrgico substitutivo na comunidade médica, tem o recorrente o direito de obter da administração pública o fornecimento de meios para que possa realizar o procedimento fora de seu domicílio”*.

⁸⁰⁸ TJ/MT – Agr. Instr. n. 22395/2006, 5ª. Câmara Cível, julg. 31/05/2006 e Agr. Instr. n. 1.0701.07.191519, 1ª. Câmara Cível, julg. Em 14/08/07.

⁸⁰⁹ A parte buscava fazer a cirurgia sem transfusão em São Paulo pela rede do SUS.

Na mesma linha, o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que revogou medida liminar que, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, concedera tutela antecipada a fim de autorizar a realização de transfusão de sangue forçada em paciente adulto e capaz. O julgado reputou legítimo o direito do paciente ‘Testemunha de Jeová’ de escolher seu tratamento médico, ciente da existência de tratamento sem a utilização de homocomponentes: “(...) o direito à vida não se exaure somente na mera existência biológica, sendo certo que a regra constitucional da dignidade da pessoa humana deve ser ajustada ao aludido preceito fundamental para encontrar-se convivência que pacifique os interesses das partes. Resguardar o direito à vida implica também em preservar os valores morais, espirituais e psicológicos que se lhe agregam. (...) É conveniente deixar claro que as Testemunhas de Jeová não se recusam a submeter a todo e qualquer tratamento clínico, desde que não envolva a aludida transfusão”⁸¹⁰.

A definição das hipóteses que caracterizam o dano moral também está a cargo da construção jurisprudencial.

Na Apelação n. 354.827-4/6, São Paulo, a 10ª. Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo manteve sentença de primeiro grau, que condenara conhecido clube paulista ao pagamento de indenização a dois associados, em virtude de inundação que atingira os vestiários do clube, causando desespero e pânico no dia dos fatos às pessoas que lá se encontravam.

Segundo o clube apelante, a inundação teria decorrido de força maior, imprevisível e inevitável, uma vez que todas as obras necessárias para evitar enchentes teriam sido feitas, além do fato de que as consequências sofridas pelos apelados não teriam sido tão desastrosas como alegado, ausentes lesões físicas.

⁸¹⁰ Ambos os julgados foram objeto de comentários feitos pelo Des. Sebastião Alves Junqueira, do TJSP, em artigo publicado pelo Jornal Carta Forense, intitulado O papel do Poder Judiciário na preservação da “dignidade da pessoa humana”, cit., p. 23. Destacou o articulista a sensibilidade destes Tribunais ao respeitarem a posição dos pacientes Testemunha de Jeová e ao consagrarem a dignidade da pessoa humana como fundamento dessas decisões. E afirma: “As camadas de rocha registram a história da terra. Estudar esses registros é estudar Geologia. Similarmente, as decisões judiciais registram a história do Direito. Estudar essas decisões é estudar o Direito e a evolução do pensamento jurídico. (...) Desta forma, os acórdãos comentados lançaram um novo paradigma, uma nova ‘camada de rocha’ na história do Direito. Diante de uma sociedade pluralista, o Poder Judiciário não pode ficar alheio à realidade do reconhecimento dos plenos direitos fundamentais dos cidadãos. Declará-los é o mesmo que postar-se na ‘camada’ mais elevada em que se encontra atualmente o Direito. Fechar os olhos a isso equivaleria a reter o Direito sob diversas ‘camadas de rocha’ do passado, o que é inadmissível”.

Constou da fundamentação do acórdão, para justificar o reconhecimento do dano moral sofrido pelos autores recorridos, passível de indenização:

“Improcede o recurso do réu. Não houve prova alguma de força maior. Sempre sucederam na cidade de São Paulo períodos de chuvas fortes com inundações. O réu estava em condições de prever o fato e, de acordo com as provas periciais e testemunhais, não tomou providência capaz de conter os efeitos da chuva. Estava equipado com bombas insuficientes para drenar a água. Médicos, salva-vidas e funcionários do clube empenharam-se em tirar as pessoas do vestiário alagado mas não agiram de forma a evitar tumulto e ferimentos a algumas pessoas.

O clube está localizado em região que sofre inundações com frequência e, de acordo com o laudo pericial (fls. 222), após a data do fato, tornou a haver inundação.

Até mesmo leigos percebem com facilidade o mal-estar e o medo pelos quais passaram os autores, submetidos à situação de tumulto ocorrida. Ser indenizável o dano moral é preceito constitucional, embora o clube apelante entenda o contrário. Culpa, tal qual dolo, justifica o deferimento de indenização por danos morais”.

Quanto aos critérios empregados para chegar ao valor da indenização, que também é fruto de construção por meio de reiteradas decisões judiciais, constou da motivação do mesmo julgado:

“Considerou-se o sofrimento pelo qual passaram os autores diante de fato que causa angústia e insegurança nas pessoas normais. As condições econômicas presumidas das partes não justificam alteração no arbitramento, pois há suposição de que a ré possa suportar o pagamento solicitado e que os autores encontrem na quantia estipulada consolo suficiente para a dor sofrida sem auferir ganho indevido.

Enfim, houve sofrimento capaz de ensejar indenização e os critérios utilizados para a fixação da indenização por danos morais estão conforme os parâmetros jurisprudenciais e as particularidades do caso, atendido também o critério da razoabilidade.

Já decidiu repetidamente o Superior Tribunal de Justiça que nas ações indenizatórias por danos morais, a estipulação da indenização em valor inferior ao pleiteado ou sugerido não justifica reconhecimento de sucumbência parcial do autor. Embora essa orientação seja incentivo para aventuras judiciárias, deve ser seguida por não ser razoável impor à parte que recorra à Corte Superior para que seja adotada.

Não faz sentido relacionar sempre o valor dos danos morais com o valor pedido na inicial, porque não há correspondência direta entre eles e serão preferencialmente outros fatores, intensidade do sofrimento da vítima, presença de dolo, arrependimento e desejo de reparar o mal, que deverão nortear o arbitramento. A matéria está a exigir muito cuidado dos juízes para que não se instaure indústria de indenizações semelhantes e não se

permita que sejam obtidos ganhos a título de reparação moral” (Rel. Des. Maurício Vidigal).

Por último, vale reproduzir trecho de um julgado do Rio Grande do Sul, em ação civil pública, ao invocar, dentre outros fundamentos, a tutela da boa-fé objetiva para concluir pela manutenção de ato concessivo de estabilidade a uma servidora, sem prestação de concurso, na função de Registradora do Cartório de Registro de Imóveis no Município de Novo Hamburgo⁸¹¹:

“Prosseguindo, o argumento principal esgrimido pelo apelado, ou seja, o estrito cumprimento da nova ordem constitucional determinando a abertura de vacância e o provimento por concurso das delegações de ofícios registrares e notariais, não é aceitável diante da segurança jurídica e da tutela da boa-fé decorrente do ato jurídico-administrativo baixado há mais de quatorze anos. Afinal, num mundo dominado pela desconfiança, é natural que se tente construir uma ponte no abismo estabelecido para separar a administração dos administrados, valorizando a boa-fé que é feita para humanizar as relações postas em conflito. Aí precisamente a proteção que deve se conferir ao entendimento de que na época havia a boa-fé da apelante, que com base nela recebeu a delegação e a exercitou já por dezoito anos, dez anos e quatro meses contados até o ajuizamento da ação civil pública. O mesmo Estado que conferiu a delegação é agora o que a questiona por violação ao preceito constitucional do art. 236 da CF-88. Não está havendo aqui atentado contra a aplicação do *venire contra factum proprium* na relação de direito público estabelecida entre o Estado e a delegatária do serviço de Registro de imóveis da comarca de Novo Hamburgo?”.

À luz dos fundamentos invocados nesses julgados e sentenças, exemplos da função criadora do juiz na construção de soluções para os casos concretos submetidos à apreciação judicial, e da sensibilidade que se exige do juiz do nosso tempo, é possível afirmar-se, junto com **Ovídio Baptista da Silva**, que a idéia do direito material como um direito abstrato ajuda a mostrar “a distinção entre essa condição do direito, tal como ele é praticado quotidianamente na vida social, e o direito submetido à jurisdição, distinção “que introduz, no processo, um espaço retórico de argumentação”⁸¹², hoje mais do que nunca

⁸¹¹O caso vem transcrito parcialmente e é analisado por SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Justiça da lei e justiça do caso*, cit., p. 7-9.

⁸¹²SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Verdade e significado*, cit., p. 8-9. O processualista cita Castanheira Neves se referindo a H.M.Pawlowski: “O processo é necessário para fixar o que hoje – o que neste caso – concretamente é o direito. Ele não serve portanto apenas para impor e realizar um direito ‘material subjetivo’ previamente fixado; é antes necessário para que o direito – o direito subjetivo e o próprio direito objetivo – seja determinado ou fixado; o direito que sem o processo e a sentença permaneceria

valorizada essa força da argumentação pela importância da motivação das decisões judiciais na interpretação e aplicação do direito.

7.2.7. Mudança de paradigma e revalorização da motivação das decisões judiciais

“O direito é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa a sua força, o seu fascínio, a sua beleza” (Eros Roberto Grau, “Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito”).

A ideologia da Revolução Francesa, segundo **Chaïm Perelman**, “desempenhou um papel determinante na evolução do direito continental, mas, desde o Código de Napoleão até a nossa época, distinguem-se igualmente mudanças de perspectiva: discernem-se, primeiro, o positivismo jurídico da escola da exegese, depois, a concepção funcional e teleológica do direito, por fim, uma visão mais sociológica e mais democrática do papel do juiz, visando este ao estabelecimento da paz judiciária graças ao consenso da opinião pública esclarecida”⁸¹³.

De fato, observa-se, “na vivência diuturna, sobremaneira no campo decisório, uma constante superação da vontade do legislador por aquela que se poderia denominar *vontade axiológica do sistema*, reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do *paradigma da subsunção formal*, adotado, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização”⁸¹⁴.

Ao contrário do positivismo clássico, que vedava ao juiz uma mínima margem de subjetividade na busca do significado da lei, devendo na sua aplicação ater-se à literalidade do texto legal, o chamado *pós-positivismo* exige que o julgador identifique o alcance da

indeterminado e só subjetivamente (e por diverso modo) conhecido...O processo é necessário uma vez que o direito, que está sempre em mutação, tem de ser fixado para um certo momento temporal (A natureza dos ‘assentos’ e a função jurídica dos Supremos Tribunais, Coimbra, 1983, p. 126)” (op. cit., p. 9).

⁸¹³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*, cit., p. 537.

⁸¹⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*, cit., p. 26, sem itálico no original Ressalta o autor que fica afastada, “por ingênua, qualquer visão acentuadamente normativista, pois a Ciência do Direito requer também e necessariamente uma fundamentação racional no espaço da decisão ou da escolha valorativa (...). Com acuidade, entre nós, Pontes de Miranda já alertava para os perigos da dedução, porquanto, embora brilhantes na aparência, vários aforismos, preceitos e textos jurídicos levam a deduções lógicas frisantemente imorais, donde se extrai a falácia de intentar uma exegese ou compreensão exclusivamente dedutiva, ao lidar com princípios, regras e valores no mundo do Direito” (op. cit., p. 30-31).

norma em face do caso concreto⁸¹⁵, justificando a sua decisão racionalmente com base no sistema jurídico.

A teoria positivista do direito, explica **Albert Calsamiglia**, “sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho. El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el *positivismo metodológico* según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo”. Já o *postpositivismo* “cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles”⁸¹⁶.

Verifica-se hoje uma tendência à abertura da hermenêutica do sistema jurídico, sem que o ordenamento seja posto de lado, mas sim, como adverte **Víctor Gabriel Rodríguez**, “encarado como fator orientador e limitador de uma atividade argumentativa que se inicia com aquele que pleiteia a aplicação da norma e termina com aquele que a decide, todos em um grande processo comunicativo”⁸¹⁷.

A idéia da objetividade plena do ordenamento e da postura de absoluta neutralidade do intérprete ficou, é bem de ver, ultrapassada na cultura pós-positivista, que dá ênfase à figura do juiz preocupado com a realização da justiça e à concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

Os positivistas, “y en cierta medida también los iusnaturalistas – tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo ha desplazado el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis”⁸¹⁸.

⁸¹⁵“Portanto, a compreensão da lei a partir da Constituição expressa uma outra configuração do positivismo, que pode ser qualificada de positivismo crítico ou de pós-positivismo, não porque atribui às normas constitucionais o seu fundamento, mas sim porque submete o texto da lei a princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, cit., p. 51).

⁸¹⁶CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*, cit., p. 209 e 211.

⁸¹⁷RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*, cit., p. 11.

⁸¹⁸CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*, cit., p. 215. E acrescenta o autor: “La teoría jurídica moderna debe ayudar a comprender el derecho contemporáneo, el derecho que usan los juristas y los participantes en una sociedad. Calificar de errónea la evolución general del derecho actual es un fuerte indicio de que nuestra teoría es incapaz de dar cuenta del fenómeno jurídico” (op. cit., p. 215).

Abandona-se o paradigma⁸¹⁹ do positivismo jurídico, com a idéia de um ordenamento jurídico capaz de prever todas as situações da vida, fazendo da tarefa de julgar uma simples operação lógico-dedutiva, para adotar-se um novo paradigma trazido pelo pós-positivismo, que torna obsoleta a visão do positivismo legalista, “segundo a qual o *law in the books* já seria a norma, já estaria à disposição para ser aplicado de modo cognitivo por via do silogismo”⁸²⁰, e que enfatiza a atividade argumentativa desenvolvida pelo julgador para fundamentar a sua decisão.

Superado o *paradigma racionalista*, adota-se o *paradigma do pós-positivismo*, que impõe a busca de um direito adaptado à realidade social, não sendo mais indiferente ao aplicador do direito a idéia de justiça. Nesse contexto, sobressai a importância da atividade hermenêutica do julgador na análise do caso concreto e, conseqüentemente, o reconhecimento da função criadora do julgador na busca da melhor solução para cada um dos casos submetidos a julgamento.

A moderna dogmática jurídica já superou a idéia de que as leis têm um sentido unívoco, que dispensa uma compreensão hermenêutica, trazendo sempre uma única solução adequada para cada caso: “a objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece”⁸²¹.

A doutrina da separação de poderes tentou mostrar o juiz como um ser apático e mecânico, mero reproduzidor daquilo que se encontrava claramente contido nas palavras da lei, cuja vontade deveria ser por ele apenas declarada, sem a necessidade de uma mínima margem de interpretação, até porque a lei teria apenas um único sentido. Bastaria ao juiz, portanto, revelá-la.

⁸¹⁹Thomas Kuhn, autor de “A estrutura das revoluções científicas”, desenvolveu o conceito de paradigma: “As revoluções científicas ocorrem esporadicamente, quando um determinado paradigma deixa de oferecer solução para um número apreciável de problemas, provocados pelas novas condições históricas e pelo próprio desenvolvimento da ciência. A quebra de um determinado *paradigma* e sua substituição por outro é o que ele denomina ‘revolução científica’” (Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 31).

⁸²⁰MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 132. Aposentaram-se “os dualismos irrealistas do passado mais recente da história do direito, tais como ‘norma/caso’, ‘direito/realidade’, assim como a ilusão da ‘aplicação’ do direito enquanto subsunção e silogismo ou a construção linguisticamente sem sentido de um ‘limite do teor literal’ definível, lexicalmente coisificado. Todas essas noções são idéias centrais fracassadas do positivismo histórico” (MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, cit., p. 139).

⁸²¹BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), cit., p. 9.

O passar do tempo, todavia, mostrou uma realidade absolutamente diversa.

A lei com sua idealizada *vontade única* se mostrou incapaz de resolver a grande variedade de casos concretos que surgiam, e ficou claro o grande desafio do julgador de hoje de interpretar/aplicar o direito para solucionar os diferentes conflitos que as sociedades atuais apresentam, atividade que, nas palavras de **Ricardo Luis Lorenzetti**, tornou-se altamente *insalubre* para qualquer um que tente enfrentá-la⁸²².

Ao juiz cabe julgar o caso concreto, solucionando-o com justiça por meio de uma tutela tempestiva e efetiva, a fim de que resultados práticos sejam proporcionados para a parte vencedora, dentro de uma moderna concepção do processo como instrumento para resolver problemas.

O reconhecimento da criatividade judicial tornou-se inevitável quando inúmeras decisões diferentes envolvendo um mesmo texto legal passaram a ser proferidas, muitas vezes em sentido diametralmente opostos. Daí a afirmação de **Ovídio Baptista da Silva** de que “a criação jurisprudencial do Direito é fruto inesperado, embora previsível, da busca da máxima certeza, que se pretendeu alcançar através da sujeição dos juízes à vontade (única, por isso, imutável) da lei”⁸²³, o que mostrou ser impossível.

Tem-se, pois, que a teoria pós-positivista, como anota **Friedrich Müller**, trabalha com um outro enfoque: “a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’. Eles não são ‘aplicáveis’, pois ainda não são pré-formadamente normativos. Quando os trabalhamos, não se processa nenhum silogismo lógico. Pelo contrário, ‘concretizamos’, vale dizer, criamos, geramos, produzimos primeiramente a norma jurídica a partir de regras de sustentabilidade argumentativa [*Vertretbarkeit*], para então derivar dela a fórmula de decisão, a parte dispositiva do julgamento, o teor”⁸²⁴.

⁸²²LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 29, nota de rodapé n.6. O autor nos fala sobre a *era de desordem*, onde o “sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidas através de princípios, valores, conceitos indeterminados” (op. cit., p. 359). Faz também referência a uma *Babel jurídica*, “na qual os conflitos não têm uma linguagem comum para sua resolução, e em que os debates se parecem com uma guerra de posições irreduzíveis entre grupos que pensam que a única saída é ganhar ou perder” (op. cit., p. 34).

⁸²³SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma recionalista*, cit., p. 248.

⁸²⁴MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*, cit., p. 132. O autor discorre acerca da *virtualidade* no novo paradigma do direito, dizendo que “o texto da norma – compreendido na sua generalidade pressuposta pelo Estado Democrático de Direito – se vê instituído ‘com força de lei’, muito antes de ser enredado situacionalmente em um determinado caso individual. O texto da norma apenas tenta converter-se em normatividade por meio da antecipação tipificadora. Mas ele ainda não pode produzir esse efeito sem ter sido provocado por esse caso individual determinado – quer dizer, ante casum. Por isso vamos denominar o texto da norma sem restrições ‘virtual’” (op. cit., p. 132).

Abandona-se, assim, a *lógica apodítica*, para reconhecer-se que o direito é cada vez mais *juris prudentia* e não apenas *scientia juris* ⁸²⁵.

É nesse contexto, de maior relevo para a atividade hermenêutica desenvolvida pelos juízes na solução de casos concretos, que se vislumbra uma revalorização da motivação das decisões judiciais, inclusive como forma de controle do poder criativo do julgador. Há uma clara revalorização da motivação das decisões judiciais, também quanto aos seus efeitos externos sobre casos futuros, pela valorização atribuída aos precedentes judiciais

O juiz, em sua tarefa de interpretar/aplicar o direito, constrói a solução para o caso e mostra como o fez por meio da argumentação jurídica trazida com a motivação da decisão, sempre visando persuadir do acerto da solução dada e da sua justiça. Por meio da motivação é feito o controle dessa criação judicial, tanto pelas partes como pela própria sociedade.

A motivação mostra que, dentre as várias interpretações que podem ser dadas ao texto normativo, a solução dada pelo julgador é a correta para aquele caso concreto, além de ser “justa”, por “guardar conformidade ao sistema jurídico preexistente”⁸²⁶. Não como resultado de simples exercício subsuntivo de enquadramento do fato à lei, mas como uma atividade desenvolvida com base na própria *prudência* ⁸²⁷.

Proporcionalmente à maior amplitude do campo de interpretação e da liberdade para decidir, a exigência de argumentação pelo juiz em cada caso é também cada vez maior e dele se exige *prudência* ao julgar, embasada sempre em um *raciocínio argumentativo* ⁸²⁸.

⁸²⁵MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos, cit., p. 94.

⁸²⁶FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação, cit., p. 48.

⁸²⁷Mas não se entenda a *prudência* como um reconhecimento de que as decisões judiciais sejam imprevisíveis. Como bem adverte Eros Grau, “como a prudência é sempre implementada segundo certas regras, que asseguram um mínimo de previsibilidade à decisão nela fundada”, a interpretação pode ser vista como cientificamente estruturada (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 106).

⁸²⁸Para Ricardo Luis Lorenzetti, o juiz não mais se limita a identificar uma situação de fato e subsumí-la em uma norma, porque (i) o direito é uma ciência de problemas e não meramente especulativa; (ii) a tarefa do juiz é o exercício da prudência e não a especulação; (iii) a prudência é baseada no raciocínio argumentativo; (iiii) argumentar é convencer um auditório imaginário, ou seja, a quem é destinada a decisão; (v) a argumentação é baseada na experiência acumulada (tópicos), ou na capacidade do argumento para persuadir um auditório universal utilizado como modelo) (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 176). Como anota o autor, “o juiz não é necessariamente um cientista, no sentido de que sua preocupação principal seja citar doutrina e jurisprudência, e com isso construir um conceito normativo preciso. Nunca foi assim, já que os juízes não exercitaram a *ratio especulativa*, mas a *juris-prudência*, ou seja, a persuasão, a análise enfocada nos problemas e a busca da pacificação” (*Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*, cit., p. 184-185). Por isso, conclui, “o juiz adota uma atitude prudencial baseada na persuasão, na análise focada em problemas e na busca da pacificação, em vez da imposição de uma verdade determinada ou da sua verdade” (op. cit., p. 38).

A *prudência*, segundo Santo Tomás de Aquino, é a *arte de decidir corretamente*, a virtude da decisão certa⁸²⁹, que permite ao julgador ver a realidade, não sob a ótica do estrito legalismo à margem da justiça, mas para com base nela tomar a decisão correta⁸³⁰. Mais do que nunca, em nossos dias, trata-se, sem dúvida, de virtude que todo julgador deve ter.

⁸²⁹AQUINO, Tomás de. *A prudência: a virtude da decisão certa*. Tradução, introdução e notas de Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 103. A respeito da alteração do sentido da palavra *prudencia*, explica Jean Lauand que “ao longo dos séculos pelo subjetivismo metafórico e pelo gosto do eufemismo, ‘prudência’ já não designa a grande virtude, mas sim a conhecida cautela (um tanto oportunista, ambígua e egoísta) ao tomar (ou ao não tomar...) decisões” (AQUINO, Tomás de. *A prudência: a virtude da decisão certa*, cit., p. VIII).

⁸³⁰AQUINO, Tomás de. *A prudência: a virtude da decisão certa*, cit., p. X e XII.

8. A TÍTULO DE CONCLUSÃO

O século XXI tem como protagonista o Poder Judiciário e a necessidade de por meio dele garantir-se a realização dos direitos fundamentais.

As rápidas e profundas mudanças sociais, ligadas ao progresso científico e tecnológico que influenciaram diretamente o comportamento das pessoas e tornaram as relações entre elas mais complexas, impõem a adoção de um novo *paradigma*, mais afinado com a realidade social e com a busca da realização do justo, e que obriga a uma releitura da importância da motivação das decisões judiciais.

A chamada *crise do Judiciário* atinge decisivamente a vida do destinatário final da atividade jurisdicional, que “não está preocupado com as causas da crise da justiça, nem com as soluções engendradas em sedes legal, doutrinária ou jurisprudencial para solucioná-la; nutre, apenas, a pragmática expectativa, natural a qualquer consumidor, de solução rápida, econômica e eficiente para a crise jurídica que o afeta, cabendo ao aparelho estatal, por sua vez, reconhecer e proteger, dentro do possível, o direito de quem o tenha”⁸³¹.

A demora na prestação jurisdicional compromete a eficiência da tutela jurisdicional prestada pelo Estado àqueles que, impedidos de realizar a justiça pelas próprias mãos, partem em busca de um socorro judicial para os problemas que os afligem. Anseia-se por um processo que produza resultados justos e eficientes, obtidos com a observância do devido processo por aquele que tiver razão perante o direito material.

A travessia deste século inspira, nas palavras de **Giselda Fernandes Hironaka**, um direito mais humanizado, mais afinado com posturas éticas. O direito do século XXI, afirma a estudiosa do Direito Civil, será diferente do direito dos séculos anteriores, “exatamente porque o jurista de hoje tem uma atitude muito diferente da atitude do jurista de séculos anteriores”, quando se assiste a uma “transformação do Direito produzindo-se

⁸³¹ MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*, cit., p. 9. Em recente artigo publicado em jornal paulista de grande circulação (*Ausência notada*, Folha de São Paulo de 14.9.2009, A3), o Ministro Antonio Herman Benjamin do Colendo Superior Tribunal de Justiça arriscou um diagnóstico quanto a algumas das causas da morosidade processual: a lei prevê recursos demais; há uma resistência cultural às ações coletivas; o número de magistrados é pequeno e ainda se perde um tempo precioso com atividades burocráticas (p. ex., a documentação em papel e a tramitação dos autos). Poder-se-ia acrescentar aí mais um: a resistência de alguns à uniformização de jurisprudência e à aceitação dos precedentes judiciais, principalmente aqueles dos Tribunais Superiores.

ao vivo”, e percebe-se uma tendência à “consecução e completude de um direito mais ético, mais composto com o *sentir* do que com a *razão*, mais digno, mais socializado, mais corajoso e fiel, mais permeável ao afeto, mais despojado de arcabouços meramente patrimoniais”⁸³².

Pois bem. O mundo mudou e com ele todo o direito, não apenas o direito civil ou o direito processual civil.

Em nosso cotidiano, nem sempre nos damos conta do que significa, para a prática jurídica e para os operadores do direito, a tecnologia de que hoje se dispõe e que em boa parte eliminou a distância entre as pessoas.

A Internet, por exemplo, simplificou os negócios jurídicos e acelerou o seu ritmo. E fez mais: também repercutiu diretamente no modo como os juízes e advogados trabalham. Deu ao Supremo Tribunal Federal mais do que a força formal atribuída aos seus precedentes, tornando-os acessíveis, o que é pressuposto da sua possibilidade prática de influir em julgamentos. O mesmo se diga com relação à jurisprudência dos demais tribunais da Federação.

Com tantas mudanças do mundo contemporâneo e seus reflexos no ambiente jurídico, o direito evidentemente não poderia mais ser o mesmo, a forma de legislar também não, nem o próprio juiz. E o processo, como instrumento de realização do direito material, também não poderia ser mais o mesmo⁸³³.

Dentro de uma visão de que o processo deve produzir resultados concretos na vida das pessoas, toda essa legislação calcada em cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e, ainda, a intensa dinâmica social e as grandes mudanças tecnológicas havidas, tiveram reflexos na atividade dos julgadores, bem como na argumentação contida na fundamentação das decisões por eles proferidas.

Passou-se a exigir uma postura mais criativa do juiz e menos técnica, por meio de uma argumentação que, à vista do caso concreto, dê o significado do texto jurídico e construa a solução mais adequada para aquele conflito.

⁸³²HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do direito civil no século XXI, cit., p. 103 e 114.

⁸³³Lembremos que, na perspectiva instrumentalista, em seu aspecto positivo, analisa-se a *efetividade do processo*, sua capacidade de produzir os resultados práticos desejados, de modo a eliminar insatisfações com justiça e fazer cumprir o direito (cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, cit., p. 331).

Houve, pois, uma clara valorização da motivação das decisões judiciais, com novo conteúdo e novas funções.

Algumas conclusões podem ficar assentadas acerca do tema abordado, respaldadas nas principais idéias desenvolvidas, sem prejuízo de outras que o amadurecimento das questões examinadas certamente proporcionará em futuras reflexões:

(I) As antigas teorias que buscaram explicar a jurisdição não conseguem mais traduzir os valores trazidos com o chamado Estado Constitucional, preocupado em proporcionar justiça social a todos. A concepção moderna da jurisdição impõe ao julgador conformar os textos legais com os ditames constitucionais, de forma a concretizar os direitos fundamentais.

(II) O atuar da jurisdição deve propiciar uma solução justa do conflito, forçando uma releitura do exercício da atividade jurisdicional hoje, que privilegia menos a fria aplicação da lei e objetiva a solução mais justa e equânime, assentada a idéia de que a interpretação/aplicação do direito é sempre criativa.

(III) No século que se convencionou chamar de *século da jurisdição*, a tônica está na criatividade judicial e na indiscutível importância assumida pelos precedentes judiciais em nossos dias.

(IV) A técnica legislativa de disciplinar as complexas e dinâmicas relações sociais por meio de normas abertas, com o uso de conceitos indeterminados e de cláusulas gerais, obriga o magistrado a exercitar uma maior criatividade no ato de julgar, construindo a solução para cada litígio a ser resolvido. Cooperando com a criação e o desenvolvimento do direito, os precedentes judiciais constituem *formas de expressão do direito*.

(V) As palavras do texto legal não possuem um sentido unívoco e podem adquirir diferentes significados conforme a valoração feita pelo intérprete. As diferentes interpretações de um mesmo texto normativo explicam as diferentes formas de julgar. A oscilação da jurisprudência mostra que a lei não determina de modo inexorável o teor das decisões.

(VI) O juiz não realiza simples operação silogística para aplicar o direito, mas escolhe, dentre as várias soluções possíveis que surgem da interpretação do texto normativo, aquela que lhe parece acertada para solucionar o problema com justiça, e,

valendo-se de uma argumentação que encontre fundamento no sistema jurídico e que justifique o acerto da decisão tomada, define, como intérprete autêntico, a *norma de decisão* que dá solução ao caso e concretiza o direito.

(VII) No mundo contemporâneo, desaparece a figura do juiz impenetrável, destituído de intuição, e surge a do magistrado sensível, mais humano e receptivo aos reclamos das partes, preocupado com os resultados justos que emanam das suas decisões. Superada a visão do julgador que se limita a declarar aquilo que está na lei, sem preocupação alguma com a justiça do resultado do julgamento, o juiz deve sempre argumentar com *boas razões* para mostrar que a sua decisão é justa, possibilitando à sociedade um controle do exercício do poder jurisdicional.

(VIII) A motivação atua como meio que possibilita a verificação do atendimento aos limites da maior liberdade concedida hoje ao juiz no ato de julgar. Ainda que não exista uma única solução correta para cada caso submetido a julgamento, o intérprete está sempre vinculado ao sistema jurídico, uma vez que a interpretação recai sobre o conteúdo do texto normativo.

(IX) O juiz, a partir dos elementos do caso examinado, define a *norma de decisão*, mas vinculado aos princípios e textos normativos, de sorte que como *intérprete autêntico*, não atua no campo da discricionariedade, onde se formulam *juízos de oportunidade*, mas formula sempre *juízos de legalidade*.

(X) A motivação, analisada sob uma nova perspectiva, passa a ser vista, não como um simples meio para justificar a aplicação da lei, mas como forma de justificar, com argumentos convincentes, as escolhas interpretativas do julgador e o resultado do julgamento, a fim de legitimar a atuação do Poder Judiciário, demonstrando o correto exercício do poder de julgar na busca da solução mais justa para o caso concreto.

(XI) É por meio da motivação, constitucionalmente exigida, que se torna possível um controle das decisões judiciais, exercido pelas partes e pelos órgãos do Poder Judiciário, e também pela própria sociedade na fiscalização da atividade desenvolvida pelos magistrados de interpretação/aplicação da norma jurídica e da sua adequação e consonância com os valores sociais vigentes (*função política da motivação*). A natureza criativa da atividade hermenêutica questiona a absoluta vinculação do juiz à lei e impõe um

exame dos limites dessa atuação criativa, o que pode ser controlado pela motivação, onde o julgador demonstra que a sua interpretação encontra conformidade com o sistema jurídico.

(XII) A motivação representa menos uma tradução fiel da exata formação do convencimento do juiz e de todos os fatores psicológicos que influenciaram essa formação, ou mesmo o *iter* percorrido pelo julgador até chegar à decisão, e é mais um *discurso justificativo* a respeito das escolhas feitas pelo julgador, que envolvem valorações fáticas e jurídicas, e onde se encontram os fundamentos do julgamento, exteriorizado com argumentos convincentes acerca do acerto da solução dada ao caso concreto.

(XIII) Aponta para uma *vocação do nosso tempo para a jurisdição* essa intensa criação judicial do direito, fruto do aumento dos poderes do juiz para interpretar cláusulas gerais e conceitos indeterminados, e da ênfase dada à técnica de julgamento pautada em posições já consolidadas por precedentes judiciais, o que aproxima o nosso sistema de *civil law* com o sistema de *common law*.

(XIV) A um gradativo desprestígio da lei correspondeu uma sensível valorização da atividade argumentativa do julgador em sua atividade hermenêutica de interpretação/aplicação dos textos legais.

(XV) A preocupação do legislador em ditar inúmeras regras que pudessem abranger as mais variadas circunstâncias da vida e de forma cada vez mais ampla deu origem à técnica de legislar por meio da edição de preceitos legais vazados em termos genéricos e que dependem da criatividade judicial para serem concretizados. Essa abertura da hermenêutica levou a uma valorização da argumentação trazida pelo julgador para justificar a sua decisão. E a esse aumento do espaço da função criativa, visando dar concretude ao sentido da norma à luz de cada caso examinado, corresponde um maior esforço argumentativo para justificar as decisões e garantir-lhes maior previsibilidade.

(XVI) Abandona-se o *paradigma do positivismo jurídico*, com a idéia de um ordenamento jurídico capaz de prever todas as situações da vida, fazendo da tarefa de julgar uma simples operação lógico-dedutiva, para adotar-se um novo *paradigma* trazido pelo *pós-positivismo*, que enfatiza a atividade argumentativa desenvolvida pelo julgador para fundamentar a sua decisão e demonstrar o correto exercício do poder que lhe foi confiado.

(XVII) O movimento pendular entre *legislação* e *jurisdição*, aponta, no início deste século XXI, em direção à jurisdição, para uma revalorização do *momento jurisprudencial do direito*, que se caracteriza por uma maior atividade criativa dos julgadores na interpretação e aplicação do direito, bem como pela maior importância atribuída aos precedentes judiciais. A interpretação feita pelos julgadores das normas abertas, integradas por cláusulas gerais e conceitos indeterminados, servirá como parâmetro para futuros julgamentos. Os operadores do direito, na atualidade, se guiam mais pelas sinalizações contidas nos julgados e menos pelos artigos de lei, que, por si só, não fornecem solução para os novos conflitos que surgem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O problema da vinculação à lei na interpretação jurídica. *Revista Direito GV*, v. 2, n. 2, p. 31-44, jul./dez. 2006.

AKEL, Hamilton Elliot. *O poder judicial e a criação da norma individual*. São Paulo: Saraiva, 1995.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy Ed., 2008.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. Os juízes na mundialização: a nova revolução do direito. Lisboa: Instituto Piaget Ed., 2006. (Coleção Direito e Direitos do homem, sob a direção de António Oliveira Cruz).

AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: a legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado democrático de direito brasileiro. *Jus Navegandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8248>>. Acesso em: 09 maio 2009.

AMORIM, Letícia Balsamão. *A insuficiência do silogismo para cumprimento do dever de motivar as decisões judiciais*. Disponível em: <www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_V_janeiro_2006>. Acesso em: 05 dez. 2008.

AQUINO, Tomás de. *A prudência: a virtude da decisão certa*. Tradução, introdução e notas de Jean Lauand. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ARMELIN, Donaldo. Alterações da jurisprudência e seus reflexos nas situações já consolidadas sob o império orientação superada. In: DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 183-201.

ATIENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. São Paulo: Landy Ed., 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

_____. Invalidade e ineficácia do negócio jurídico. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, ano 4, n. 23, maio/jun. 2003.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. In: _____. *Temas de direito processual*: 2ª. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95.

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. In: _____. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124.

_____. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: _____. *Temas de direito processual* (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 41-52.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: _____. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. . In: _____. *Temas de direito processual*: setima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19-30.

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. In: _____. *Temas de direito processual* (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: _____ (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 1-48.

_____. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Consultor Jurídico*, 25 dez. 2008. Disponível em: <www.conjur.com.br>.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: _____ (Coord.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 327-378.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao artigo 127 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2008.

_____. *Direito e processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Ed. Malheiros. 2006.

_____. Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 403-429.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BENETI, Sidnei Agostinho. *Inefetividade processual*. Palestra realizada no Congresso Franco-Brasileiro de Estudos Jurídicos, realizado na Escola de Magistratura Federal da 1ª Região (Esmaf). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18 set. 2009.

_____. Personalidade e opções psicológicas de julgamento. In: PELUSO, Antonio Cezar; NAZARETH, Eliana (Coords.). *Psicanálise, direito e sociedade: encontros possíveis*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O juiz*. 3. ed. Campinas: Millenium Ed., 2002.

BONDIOLI, Luis Guilherme. *Embargos de declaração*. São Paulo: Saraiva. 2005.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Proporcionalidade e processo: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2006.

BRESOLIN, Umberto Bara. *Considerações sobre o artigo 285-A do Código de Processo Civil*. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Ed. Atlas, 2007. p. 379-402.

BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao artigo 458. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1444-1447.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BUENO, Cássio Scarpinella. Direito, interpretação e norma jurídica: uma aproximação musical do direito. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 28, n. 111, p. 223-242, jul./set. 2003.

CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Torino: Fratelli Bocca, 1920. v. 1. (Storia e Legislazioni).

_____. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 6. ed. Lisboa: Livraria Clássica Ed., 1977.

_____. La funzione della giurisprudenza nel tempo presente. In: _____. *Studi sul processo civile*. Padova: Cedam. 1957. v. 6, p. 89-110.

_____. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano Ed., 1965. v. 1.

CALMON DE PASSOS, J. J. Considerações de um cético sobre as novas tendências do moderno processo civil brasileiro. In: DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 385-394.

_____. O magistrado, protagonista do processo jurisdicional? In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Cruz; Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 218-223.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. *Doxa*, n. 21, n. 1, p. 209-220, 1998.

CAMBI, Eduardo; BRITO, Jaime Domingues. Súmulas vinculantes. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 143-160, fev. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. A serviço da comunidade e dos grandes ideais [Entrevista]. *Revista Diálogos&Debates*, São Paulo, p. 7-15, mar. 2008. Entrevista por Carlos Costa - Escola Paulista da Magistratura.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente. In: _____. *Processo, ideologias e sociedade*. Trad. E Notas do Prof. Dr. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. 1, p. 7-43.

CARDOSO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. Palestras proferidas na Universidade de Yale.

CAZETTA JÚNIOR, José Jesus. Apontamentos sobre as categorias fundamentais da jurisdição constitucional. *Revista Justitia*, n. 197, p. 143-161, dez. 2007.

_____. *A ineficácia do precedente no sistema brasileiro de jurisdição constitucional (1891-1993): contribuição ao estudo do efeito vinculante*. 2005. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos: apontamentos para uma comparação. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 244, p. 186-207, jan./abr. 2007.

CHAVES, Antonio. *Lições de direito civil: parte geral*. São Paulo: José Bushatsky, 1972. v. 1.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. *Harvard Law Review*, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, May 1976.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1 e v. 2.

CIFUENTES, Rafael Llano. *Curso de direito canônico*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1971.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio à edição brasileira. In: PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Equidade. (Julgamento com equidade e julgamento por equidade). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 37, p. 221-234, 2000.

COSTA, Moacyr Lobo da. *A revogação da sentença civil*. São Paulo: Ícone Ed., 1995.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Jurisdição e poder*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. A “repercussão geral” como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 431-439.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. 3. ed. de acordo com a Reforma do Judiciário, 2 .tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

DELFINO, Lúcio; ROSSI, Fernando; CARDOSO, Paulo Leonardo Vilela. A tutela jurisdicional no Estado democrático de direito: algumas notas. In: _____. ROSSI, Fernando; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; CHIOVITTI, Ana Paula (Coords.). *Tendências do moderno processo civil brasileiro: aspectos individuais e coletivos das tutelas preventivas e ressarcitórias: estudos em homenagem ao jurista Ronaldo Cunha Campos*. Belo Horizonte: Fórum. 2008. p. 437-461.

DELLA ROCCA, Fernando. *Appunti sul processo canonico*. Milano: Giuffrè, 1960.

_____. *Istituzioni di diritto processuale canônico*. Torino: Editrice Torinese, 1946.

DIAS, Carlos Alberto da Costa. *Contribuição ao estudo da fundamentação das decisões no direito processual*. München: Herbert Utz Verlag Wissenschaft, 1997.

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 25-46.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 567-576.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Sobre a fundamentação da decisão judicial. In: CARVALHO Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 251-269.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O dever de motivar. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. Direito e processo. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. t. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002. v. 2.

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. v. 3.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. v. 3.

_____. Os institutos fundamentais do direito processual. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2005.

_____. *Manual dos juizados cíveis*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. Prefácio. In: GIANNICO, Mauricio; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Coords.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Tutela jurisdicional. In: _____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001. t. 2.

_____. *Vocabulário de processo civil*. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

DOBROWOLSKI, Sílvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. Sequência, Florianópolis, v. 31, p. 92-101, 1995. *Buscalegis*. Disponível em: <www.buscalegis>. Acesso em: 05 jan. 2008.

DONADEL, Adriane. *A ação rescisória no direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EICHMANN, Eduardo. *El derecho procesal según el Código de Decrecho Canônico*. Barcelona: Libreria Bosch, 1931.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação. In: _____ (Coord.). *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47-95.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723.

FEDERIGHI, Wanderley José. *Jurisprudência e direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. 3. ed. Trad. Manuel A. Domingues de Andrade. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1978.

FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. Coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

FIUZA, César. *Crise e interpretação no direito civil: da Escola da Exegese às Teorias da argumentação*. In: _____; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 23-59.

FLEISCHMAN, Débora Ribeiro. *Análise histórico-comparatística da súmula vinculante*. Trabalho apresentado em 2004 na matéria “Teoria Geral dos Recursos” aos professores Antonio Carlos Marcato e Carlos Alberto Carmona, no Curso de Pós-graduação em Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Texto cedido pela autora.

FONSECA, João Francisco Naves da. Artigo 285-A: uma análise a partir da técnica e da efetividade do processo. Apresentado em junho de 2007 para conclusão da matéria “Instrumentalidade do processo e técnica processual”, no curso de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, coordenada pelos professores Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Carmona e Carlos Alberto de Salles. Texto cedido pelo autor.

FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e “questões de ordem pública”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, n. 64, p. 85-98, out./dez. 2008.

_____. A interpretação da sentença civil. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 62, p. 42-56, maio 2008.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. A experiência comum é regra de uso parcimonioso. *Tribuna do Direito*, São Paulo, ano 14, n. 166, p. 661, fev. 2009.

_____. Recurso: a imprescindibilidade da fundamentação. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, n. 16, p. 91-95, jan./fev. 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica jurídica*. 8. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

FRANCO, Alberto Silva. O perfil do juiz na sociedade em processo de globalização. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Ed. DPJ, 2004. p. 809-820.

FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 389-403.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

_____. Introdução. In: _____. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Sentenças inexistentes e “querella nulitatis”. Cópia xerox do trabalho obtida junto à Biblioteca do Ministério Público de São Paulo.

GALUPPO, Marcelo Campos. O direito civil no contexto da superação do positivismo jurídico: a questão do sistema. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 159-183.

GASPAR, Antonio Henriques. A justiça nas incertezas da sociedade contemporânea: o juiz hoje: de exegeta a ministro da verdade. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 19-29, jan./abr. 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Do Estado de direito legal ao transnacional. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 12, nov. 2008.

_____. O STF está assumindo um “ativismo judicial” sem precedentes? *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 16, abr. 2009.

GRAIEB, Carlos. A calma é só aparente. *Veja*, São Paulo, ed. 2075, p. 60-64, 27 ago. 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2009.

_____. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 78, p. 27-30, set. 2004.

_____. O perigoso artifício da ponderação entre princípios. *Revista Justiça & Cidadania*, n. 108, p. 16-19, jul. 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: SALLES, Carlos Alberto Correa (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p. 109-134.

_____. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, ano 17, n. 50, p. 5-20, nov. 1990.

_____. Judiciário pode intervir no controle do Executivo. *Conjur*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 09 maio 2009.

GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541.

GUIMARÃES, Mário. *O juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense. 1958.

HASSEMER, Winfried. O sistema do direito e a codificação: ^{a vinculação do juiz à lei}. *Revista Jurídica*, ano 34, n. 112, p. 9-33, mar./abr. 1986.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil: o estado da arte, no declínio do segundo milênio e albores de um novo tempo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 184-224.

_____. Tendências do direito civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira Naves (Orgs.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 93-130.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. A profissão de juiz, hoje. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 31-46, jan./abr. 2007.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

JUNQUEIRA, Sebastião Alves. O papel do Poder Judiciário na preservação da “dignidade da pessoa humana”. *Carta Forense*, Rio de Janeiro, p. 23, jul. 2008.

KOMATSU, Roque. *Da invalidade no processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

LACERDA, Bruno Amaro. O julgamento por equidade na Lei 9.307/96 (arbitragem). *Direito Net*. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 28 set. 2009.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Edição da Fundação Calouste Gulbenkian. 1991.

LEGROS, Robert. Considerations sur les motifs. In: PERELMAN, Ch.; FORIERS, P. (Eds.). *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, Bruxelles, 1978. p. 7-27.

LEONEL, Ricardo de Barros. *As recentes reformas do processo civil*. São Paulo: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça da Cidadania do Ministério Público de São Paulo, 2007.

LIEBMAN, Enrico Túlio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

LIEBMAN, Enrico Túlio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 43, ano 11, p. 57-60, jul./set. 1996.

_____. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 1.

LIRA, Rosângela Araújo Viana. A argumentação no sistema da “common law”: um estudo comparado em face do “civil law”. *Revista da ESMape*, Recife, v. 10, n. 21, p. 487-513, jan/jun. 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Lei n.11.417/06: súmula vinculante. In: GIANNICO, Mauricio; MONTEIRO, Vítor José de Mello (Coords.). *As novas reformas do CPC e de outras normas processuais*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263-289.

LOPES, José Mouraz. Apresentação. *Revista Julgar*, Coimbra, n. 1, p. 13-18, jan./abr. 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima Lopes. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Ed. Método. 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

LOTUFO, Renan. A responsabilidade civil e o papel do juiz no Código Civil de 2002. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 448-462.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial e efetividade do processo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo. *O processo na Constituição*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 269-300.

LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile*. 10.ed. Milano: Giuffrè, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali*. Diciannovesima edizione. Torino: G. Giappichelli, 2007.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *O princípio do duplo grau de jurisdição e a reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Atlas. 2006.

MARCATO, Antonio Carlos. *Crise da justiça e influência dos precedentes judiciais no direito processual civil brasileiro*. 2009. Tese (Professor Titular de Direito Processual Civil) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. Apresentação. In: ARMELIN, Donaldo; BONICIO, Marcelo J. M.; CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. *Comentários à execução civil: título judicial e extrajudicial (artigo por artigo)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. v. 1.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do Estado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES, Franciane de Fátima. *A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática judicial*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Jus Navegandi*. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 14 set. 2009.

MATSUURA, Lilian. Instância suprema: súmula vinculante pode tornar o STF um legislador positivo. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 12 jul. 2009.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Código Civil de 2002 e o Judiciário: apontamentos na aplicação das cláusulas gerais. In: DIDIER JR., Freddie; MAZZEI, Rodrigo (Orgs.). *Reflexos do novo Código civil no direito processual*. São Paulo: Edições Podium, 2006. p. 23-72.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Prequestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. Linhas gerais do processo canônico. *Revista de Process*, São Paulo, n. 135, p. 71-74, maio 2006.

MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 12 jul. 2009.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; v. 14. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque).

MONETA, Paolo. Sentenza canônica. In: ENCICLOPÉDIA del diritto. Milano: Giuffrè, [s.d.]. v. 41.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. 1.

MORENO HERNÁNDEZ, Miguel. *Derecho procesal canônico*. Madrid, Aguilar, 1956.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. *Súmula vinculante*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

NALINI, José Renato. CNJ, alavanca ética. *Boletim Informativo Academus*, n. 386, 30 out. 2009. Disponível em: <www.academus.pro.br>. Acesso em: 07 nov. 2009.

_____. *A rebelião da toga*. Campinas/SP: Millennium Ed., 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e teoria geral do direito privado*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – os embargos de declaração prequestionadores. In: _____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Ed. Método. 2009.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. O formalismo-valorativo em confronto com o formalismo excessivo. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 137, jul. 2006.

_____. Prefácio. In: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil; v. 14. Coord. Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque).

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes de. *Recurso especial*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. O princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: _____. LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 193-214.

ORESTANO, Riccardo. *L'appello civile in diritto romano*. Torino: G. Giappichelli, 1952.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. Jurisdição e poder. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Cruz; Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 184-195.

_____. *Jurisprudência: da divergência à uniformização*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Os recursos e as matérias de ordem pública. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meio de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 111-144.

_____. A súmula impeditiva de recursos e o sistema de precedentes. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco e Kazuo Watanabe*. São Paulo: Atlas, 2007. p.149-182.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Lógica jurídica*. Tradução Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 58, n. 1, p. 41-71, mar. 2004.

PISANI, Andrea Protto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene, 2002.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003.

_____. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. Common law, civil law e o precedente judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 761-776.

_____. A crise de eficiência do processo: a necessária adequação processual à natureza do direito posto em causa, como pressuposto de efetividade. In: FUX, Luiz; NERY Jr., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006. p. 179-189.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Massachusetts, London, England: Harvard University Press Cambridge, 2008.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*. 3. ed. Campinas: Millenium Ed., 2005.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 73.

REALE, Miguel. A motivação, requisito essencial da sentença. In: _____. *Questões de direito público*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153-163.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à história do direito privado e da codificação*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Teoria do método jurídico: a contribuição de Theodor Viehweg. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coords.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 79-92.

ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos da teoria comunicacional do direito*. São Paulo: Ed. Manole, 2005.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RONCAGLI, Giorgio. *Il giudizio sintetico nel processo civile romano*. Milano: Giuffré, 1955.

RONCAGLIA, Daniel. Retrospectiva 2008: Congresso tem ano apático enquanto Judiciário cresce. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <www.conjur.com.br/>. Acesso em: 03 jan. 2009.

ROSELLI, Orlando. Introduzione dei lavori. In: I PROFESSIONISTI della giustizia: la formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2007. p. 13-21.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. PIMENTA, Haroldo. Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 31, n. 133, p. 136-149, mar. 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Princípio da publicidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elisabeth de Castro (Orgs.). *Princípios processuais civis na Constituição*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 173-192.

SICCA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no Código Civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Org.). *Impactos processuais do direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 183-201.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. Jurisdição e poder: um enfoque pela releitura da inafastabilidade da jurisdição em face dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. In: VILHENA, João Batista (Coord.). *Processo civil: análises, críticas e propostas*. São Paulo: SRS Ed., 2008. p. 1-18.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Da função à estrutura. In: SALLES, Carlos Alberto Correa (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro: homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin. 2009. p. 94-106.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; JOBIM, Eduardo (Coords.). *O processo na constituição*. São Paulo: Quartier Latin. 2008. p. 453-482.

_____. *A jurisdictio romana e a jurisdição moderna*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. *Justiça da lei e justiça do caso*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma recionalista*. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

_____. *Verdade e significado*. Disponível em: <www.baptistadasilva.com.br>. Acesso em: 30 mar. 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 607-630, 2003.

SILVESTRI, Gaetano. Il ruolo del giudice in un'epoca di crisi delle fonti del diritto. In: I PROFESSIONISTI della giustizia: la formazione degli operatori dell'amministrazione della giustizia. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane. 2007. p. 25-30.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada*. Salvador: Ed. Jus Podium, 2008.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez: investigaciones sobre el derecho probatorio en ambos procesos*. Reimpresión de la segunda edición. Traducción y notas de Andrés de la Oliva Santos. Santa Fe de Bogotá: Temis 1999.

TABOSA, Fábio. Comentários ao artigo 335 do CPC. In: MARCATO, Antonio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1070-1073.

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 107, p. 24-63, jul./set. 2002.

TARTUCE, Fernanda. Aumento dos poderes decisórios no “Código dos Juízes” e sua repercussão no processo civil. *Revista da Escola Paulista de Direito*, São Paulo, v. 1, p. 405-423, 2005.

TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*. In: LA SENTENZA in Europa: metodo, técnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 180-214.

_____. Legalidade e justificativa da criação judiciária do direito. Título original *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Revista da Esmape*, Recife, v. 6, n. 14, p. 431-456, jul./dez. 2001.

_____. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005. p. 166-174.

_____. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 5 de março de 2001. Exposição feita também em São Paulo aos 7 de março de 2001, a convite do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação dos Advogados de São Paulo e do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Revisão de Luiz Felipe Duarte Martins Costa.

_____. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-50.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Operadores não, construtores do direito*. Disponível em: <www.tex.pro.br>. Acesso em: 02 nov. 2008.

THEODORO JR., Humberto. O sistema positivo e o impacto da era das reformas legislativas. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 16, n. 84, p. 11-28, out./dez. 2008.

_____.; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 107-141, fev. 2009.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.

VELOSO, Zenon. Comentários ao artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Aplicação do direito: perfil dos novos aplicadores; em especial, o direito de família. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa; GONÇALVES, Renato Afonso. *Código Civil: análise doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 537-547.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução da 5. ed. alemã, rev. e ampl. da Professora Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

VIEIRA, Andréa Costa. *Civil law e common law: os dois grandes sistemas legais comparados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

VIGLIAR, Jose Marcelo Menezes. Uniformização de jurisprudência: segurança jurídica e dever de uniformizar. São Paulo: Atlas. 2003.

VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, n. 2, 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cláusulas gerais e liberdade judicial. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JÚNIOR, Luiz Guilherme Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coords.). *Código Civil análise doutrinária e jurisprudencial*. São Paulo: Ed. Método, 2008. p. 191-212.

_____. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 168, p. 53-65, fev. 2009.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

ZACLIS, Lionel. Causa de pedir nos recursos extraordinários e especial. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 21, n. 65, p. 64-67, dez. 2001.

ZAGARI, Daniella. Suficiência da resposta judicial: verdade e mito. *Conjur*. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. *A fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Ed. Millennium, 2004.