

DAISSON FLACH

**DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
NA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial à obtenção do título de Doutor em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

**PORTO ALEGRE
2012**

Flach, Daisson.

Dever de motivação das decisões judiciais na jurisdição contemporânea / Daisson Flach. – 2012. 168 f.

Orientador: Danilo Knijnik

Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

1. Direito Processual Civil. 2. Processo e Constituição. 3. Dever de motivação das decisões judiciais. I. Knijnik, Danilo II. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. III. Título.

CDU 347.7

DAISSON FLACH

**DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
NA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul como
requisito parcial à obtenção do título de Doutor
em Direito.

Data de aprovação: __/__/____

Banca examinadora:

Prof. Dr. Danilo Knijmik (Orientador)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

RIASSUNTO

La prospettiva moderna sull'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali rappresenta soltanto un passaggio nella strada per una nuova identità in costruzione. Non ci sono dubbi, nonostante la persistenza delle vecchie formule, che il modello teorico risultante del pensiero del moderno sulla motivazione non adempie più le esigenze dello Stato Costituzionale contemporaneo, rivelando una crisi di legittimità veramente preoccupante. La tesi contribuisce per la riflessione critica sull'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziali, denudando l'inadeguatezza di parametri in argomento presenti nella giurisprudenza delle Corti Superiori e proponendo criteri per l'effettivo controllo, con lo scopo di rendere sostanziale la norma giuridica fondamentale che lo afferma nella Costituzione brasiliana (art. 93, IX).

Parole chiave: obbligo di motivazione, ragionamento, diritto fondamentale.

SUMÁRIO

Introdução

I - O dever de motivação entre a perspectiva moderna e o Estado Constitucional contemporâneo

1. O dever de motivação na passagem para a modernidade: uma aproximação histórica

1.1. Antecedentes no direito comum; em particular: os traços do dever de motivar no direito comum ibérico

1.2 Absolutismo e codificação: a passagem para a modernidade

1.3. A concepção moderna de processo, codificação e o dever de motivação das decisões judiciais, a) o exemplo francês, b) a reforma de Frederico II na Prússia, c) A modernidade em Espanha e Portugal

1.4. Sobre as funções endoprocessual e extraprocessual: proposta de uma nova designação

1.5. Vinculação do juiz à lei e dever de motivação: reflexão crítica sobre a virtude democrática da concepção moderna do dever de motivar

1.6. Evolução da legislação brasileira em relação ao dever de motivar

2. Dever de motivação no Estado Constitucional contemporâneo

2.1. Formalismo-valorativo e processo colaborativo: superação do modelo moderno de processo assimétrico

2.2. Motivação, contraditório e publicidade: ainda as funções *dialética* e *política* da motivação

2.3. Natureza jusfundamental do dever de motivação

2.4. Controle do dever de motivação pelo Supremo Tribunal Federal: avaliação crítica à tese da “ofensa reflexa”

2.5. O dever constitucional de motivar alcança todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade

II – Conteúdo do dever constitucional de motivar as decisões judiciais

1. Motivação, racionalidade e justiça das decisões
 - 1.1. Descobrimto e justificação: uma distinção útil para a compreensão do dever de motivar
 - 1.2. Justificação interna e justificação externa
 - 1.3. “Solidária influência entre direito e fato” e a especificidade da justificação em matéria de direito e de fato.
2. Motivação dos juízos fáticos
 - 2.1. A tendência irracionalista e a perspectiva epistemológica
 - 2.2. Justificação do emprego de máximas de experiência
 - 2.3. Necessidade de análise de todas as provas produzidas e de sua relação com as demais provas.
 - 2.4. Motivação dos juízos fáticos e os *standards* probatórios: uma equivocada correlação
 - 2.5. Imediação e os juízos probatórios: uma perspectiva mais modesta sobre a função da imediação.
3. Motivação em direito
 - 3.1. Decisão e labor reconstrutivo da ordem jurídica
 - 3.2. O problema da motivação em face dos conceitos vagos e cláusulas gerais
4. A fórmula dos “motivos suficientes”, contraditório e motivação analítica: elementos da decisão motivada.
 - 4.1. Motivação *per relationem* e o problema da justificação da identidade
 - 4.2. Irrelevância substancial da “concisão” como característica da decisão
 - 4.3. Síntese conclusiva relativa à extensão e conteúdo do dever de motivar: parâmetros objetivos para o controle da motivação

Conclusões

Referências bibliográficas

Introdução

O dever de motivação das decisões judiciais, reconhecido como direito fundamental e elemento central do processo justo no Estado Constitucional, realiza importante travessia. Exaltado na doutrina como garantia fundamental e dever do Estado-Juiz, o dever de motivação, no Brasil, não tem encontrado, de modo geral, o desenvolvimento teórico e a ressonância jurisprudencial que lhe atribuiria, concretamente, identidade compatível com sua dignidade constitucional. Até os dias presentes, o conteúdo material do dever de motivar permanece indefinido. A doutrina, ressalvadas meritorias exceções, hesita em propor investigação mais funda, e os tribunais refugiam-se em conceitos vagos e circulares, moldados de forma a eludir as complexas questões que derivam de uma efetiva intenção concretizadora. O dever de motivação das decisões judiciais, expresso no art. 93, IX da Constituição, signo de racionalização e legitimação da atuação do poder jurisdicional, vê no espelho um contorno indeciso, esfumada memória do que já não mais pode ser. As raízes dessa vacuidade, dessa falta de espírito, estão cravadas profundamente na história, como se verá.

O trabalho que segue tem a intenção de oferecer contribuição para o adensamento da investigação sobre o relevante tema, propondo problemas e oferecendo respostas a partir do marco teórico do formalismo-valorativo.

Seguindo a tradicional fórmula, a tese divide-se em duas partes.

A parte I cuida de caracterizar duas fases distintas de desenvolvimento do instituto em análise, quer do ponto de vista histórico, quer do ponto de vista da concepção vigente sobre a forma de supremacia do Direito. Trata-se do contraste entre o Estado Liberal Moderno e o Estado Constitucional contemporâneo, cujas perspectivas são bastante diversas em relação às formas de supremacia do direito e aos métodos utilizados para sua realização. Tais diferenças, como se verá, são

determinantes de também diversas formas de configuração e funcionalidade do dever de motivação das decisões judiciais.

O primeiro capítulo da parte I analisa, em perspectiva histórica, o dever de motivação das decisões judiciais desde suas manifestações no *Jus Commune* até o momento de sua consolidação, no século XVIII, no contexto da codificação francesa pós-revolucionária. Parte-se, como hipótese de investigação, da percepção de que, malgrado a modificação radical da base de legitimação da produção legislativa pós-revolucionária em relação àquela do absolutismo iluminista, as relações entre os juízes e o direito seguem inalteradas, assim também os métodos de controle da atuação da magistratura, sob o princípio de estrita legalidade. Nesse contexto, embora reconhecendo o salto qualitativo representado pela publicização dos motivos de decidir, a tese irá por em cheque a afirmação, amplamente difundida na doutrina, de que na modernidade francesa o dever de motivar alcança, na plenitude, sua feição democrática, propondo reposta diversa ao problema.

Sem descurar do fio que conduz o estudo, enfrentam-se questões de ordem terminológica relevantes, ligadas ao sentido geral da tese, referentes às funções da motivação, habitualmente referidas como função “endoprocessual” e “extraprocessual”, fundamentando as vantagens de identificá-las como *função dialética* e *função política*, mais próximas dos objetivos gerais da tese e do momento metodológico do processo civil no Estado Constitucional.

Em perspectiva histórica, ainda, o trabalho trará a evolução legislativa do dever de motivar no Brasil, desde as Ordenações Filipinas até sua constitucionalização em 1988.

O segundo capítulo da parte I está voltado à caracterização do processo no Estado Constitucional contemporâneo em contraste com as características do processo moderno, derivado do racionalismo do século XIX. Parte-se do impacto da constitucionalização do processo que, no Brasil, ocorre a partir da Constituição de 1988, trazendo perspectiva metodológica diversa e também diversa configuração do formalismo processual. Sendo o processo produto da cultura de uma época, a superação do parâmetro de racionalidade moderno, assim também

da forma de organização política e jurídica sob influxo dos valores jusfundamentais constitucionalmente assentados determina modelo de processo completamente daquele concebido pelo racionalismo positivista. Assim, a tese assume como parâmetro de análise do instituto do dever de motivação das decisões judiciais o modelo colaborativo de processo, metodologicamente orientado por um formalismo-valorativo que tem na Constituição e nos direitos fundamentais sua fonte axiológica e teleológica.

Nessa perspectiva, o dever de motivação é visto como ponto de convergência do direito fundamental ao contraditório e o direito fundamental à publicidade das decisões judiciais, valores-fonte do processo democrático, essenciais à compreensão das *funções dialética e política* da motivação. O contraditório é examinado a partir das funções estrutural e epistemológica que exerce no processo, imprescindíveis para determinação do conteúdo jusfundamental do dever de motivação e com as quais mantém fundos vínculos. A publicidade, parâmetro iniludível da democracia, é vista como fator de legitimação política do exercício do poder jurisdicional e, ainda, como elemento de promoção do valor segurança jurídica, na medida em que viabiliza o acompanhamento, compreensão e fiscalização da tarefa determinação de sentido do direito exercida pelos tribunais, com relevo aqueles de cúpula, bem como de sua efetiva vinculação ao direito.

Em seguida, a tese aponta a natureza formal e materialmente jusfundamental do dever de motivação e aborda em sentido crítico a posição do Supremo Tribunal Federal, o qual persevera na perspectiva de que a violação ao dever fundamental de motivação é apenas reflexamente ofensiva à Constituição. A partir do conceito de posição jurídica constitucional, a tese propõe solução diversa para o problema.

Finalmente, encerrando a parte I, cuida-se de determinar o alcance da norma constitucional, bem como de estabelecer a consequência jurídica de sua violação. Em outras palavras, trata-se de apontar quais as decisões que estão submetidos ao dever de motivar e quais os instrumentos aptos ao controle da motivação, propondo parâmetros para sua utilização.

Assentadas, na parte I, as bases históricas, constitucionais e metodológicas da análise do dever de motivação das decisões judiciais, a parte II da tese ocupa-se, essencialmente, de definir o conteúdo material do dever de motivação.

Inaugura a parte II uma análise das implicações entre racionalidade e justificação, na perspectiva da construção de decisões justas. Em seguida, ocupa-se a exposição de estabelecer relevantes pressupostos da análise: primeiramente, propõe a distinção entre contexto de descobrimento e contexto de justificação, relacionando ao segundo as questões atinentes ao discurso justificativo; em segundo lugar, é tratada a distinção entre justificação interna (justificação formal) e justificação externa (material); em terceiro lugar é focalizado o problema da separação moderna entre direito e fato na estrutura da decisão. Embora rejeitando a perspectiva moderna, reconhece o trabalho a conveniência da abordagem apartada, considerando a constelação de problemas que envolvem especificamente a determinação das premissas fáticas e jurídicas.

O trabalho, a partir daí, assume feição dogmática, enfrentando problemas relativos à da definição e justificação das premissas fáticas e jurídicas da decisão.

Problemas relativos à premissa fática e sua justificação: perspectiva adequada aos juízos fáticos (perspectiva irracionalística / perspectiva epistêmica); determinação e justificação das máximas de experiência; extensão e parâmetros do discurso justificativo em relação ao acervo probatório; definição e justificação dos *standards* probatórios utilizados e o problema da correlação entre *standard* probatório e densidade da motivação; imediação e valoração da prova, impossibilidade de utilização da imediação como critério decisório enunciado no discurso justificativo.

Problemas da fundamentação da interpretação e aplicação das normas: o problema da reconstrução do sentido da norma e os vínculos do juiz, interpretação e labor reconstutivo. A tese analisa o problema da reconstrução do sentido da norma a ser realizado pelo juiz em face da realidade e da não identificação entre proposição normativa e sentido normativo a partir dos instrumentos que oferece a hermenêutica contemporânea e os deveres de fundamentação que derivam de dessa operação interpretativo-aplicativa. Constatada a crescente utilização, como

técnica legislativa, de conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a tese aborda o dever de atribuição de aceitabilidade material à determinação material da fatispécie, no caso dos conceitos indeterminados, e da fatispécie e da consequência jurídica no caso das cláusulas gerais.

No último capítulo, a tese propõe revisão do critério dos “motivos suficientes” que orienta a jurisprudência do Superior tribunal de Justiça no que concerne ao conteúdo e extensão do dever de motivação. Tomando o contraditório como baliza fundamental, propõe a tese que o discurso justificativo judicial deve contemplar todos os argumentos relevantes oferecidos pelas partes, realizando profunda análise dos pressupostos que sustentam a posição do Tribunal, oferecendo parâmetros objetivos para o controle da motivação de acordo com sua estatuta jusfundamental.

A tese está estruturada sobre ampla análise bibliográfica e jurisprudencial. O método de análise de jurisprudência foi o indutivo, identificando a tese os critérios que se extraem da atuação concreta do Tribunal e submetendo-os a exame crítico, de modo a oferecer parâmetros para a sua revisão.

I - O dever de motivação entre a perspectiva moderna e o Estado Constitucional contemporâneo

1. O dever de motivação das decisões judiciais na passagem para a modernidade: uma aproximação histórica

O esforço de compreensão histórica do processo civil parece ter caído em desprestígio entre nós no turbilhão de “novidades”, relegado a uma doutrina mais antiga, cuja leitura encontra resistência em face de objetos mais “urgentes”. Sigo, todavia, na trilha dos que não desprezam o tempo e sabem-se cativos das ideias de ontem, ainda quando olham para o futuro.

Animou essa aproximação histórica a ideia de que o dever de motivar as decisões judiciais e o direito a decisões motivadas vive um momento de inquietação, inaugura um novo ciclo e busca sua identidade entre sinais contraditórios. Antes de buscar esse novo rosto, todavia, é necessário revolver, revirar o sótão, visitar antigas cartas, mirar atentamente antigas fotografias, almanaques, como o livreiro Yambo que perde a memória se vê em uma cidade medieval onde apenas a “bruma pende desbeijada das fachadas”¹. Conserva o vendedor de livros raros apenas uma imprecisa memória semântica, cujo sentido é compelido a reconstruir. Sabe Yambo que pensar o presente e o futuro não é esquecer, encher de quinquilharias os vazios da memória.

Michele Taruffo, em seu *“La Motivazione della Sentenza Civile”*, ao delimitar o objeto de uma aproximação histórica ao dever de motivar as decisões judiciais, observa que a imposição e a positivação do dever de motivar não apresentam linha de desenvolvimento histórico de todo coincidente com a praxe da motivação. Com efeito, embora o dever de motivar tenha-se generalizado no cenário europeu

¹ Personagem e narrador do romance “A misteriosa chama da rainha Loana” de Umberto Eco.

continental na segunda metade do século XVIII, nem sempre andaram de mãos dadas a prática da motivação e a imposição aos juízes de um dever correlato. Mesmo a referência ao século XVIII como o momento de afirmação histórica do dever de motivação, sob o influxo do racionalismo, deve ser matizada, seja pela ausência de unidade cronológica, havendo manifestações anteriores de positivação – refere diplomas italianos do século XIII –, seja porque tampouco é homogênea a forma e a extensão atribuída a esse dever, variando conforme os objetivos jurídicos e políticos perseguidos pelos distintos legisladores e homens de doutrina.²

O presente capítulo propõe-se a investigar o dever de motivação sob o pano de fundo do pensamento racionalista e do iluminismo do século XVIII que desaguou no movimento codificador do século XIX. Antes disso, porém, irá rastrear os vestígios do dever de motivação no *Ius Commune*, sem deixar de pontuar suas relevantes manifestações na Espanha e em Portugal. A investigação como referência a França, em sua transição do absolutismo à revolução burguesa; a Prússia, no contexto do absolutismo monárquico de corte iluminista; e o cenário ibérico, Espanha e Portugal.

Uma observação importante: não será este o lugar para analisar a evolução do dever de motivar as decisões judiciais na legislação brasileira, o que será feito ao final, com função de registro do caminho da positivação do dever no Brasil, após a exposição da tese histórica. Duas são as razões: a primeira tem índole cronológica, na medida em que uma legislação genuinamente brasileira nesta matéria surgirá mais tarde, ainda assim fortemente influenciada pelo direito do colonizador; a segunda razão é a de que a exposição tem como fio condutor a transição do *Ius Commune* para o direito moderno, passando pela fundamental análise do absolutismo iluminado tardo-medieval. Nosso país, como não é raro ouvir, não teve sua Idade Média, tendo seu desenvolvimento institucional e legislativo, principalmente no que tange ao processo, iniciado já às portas da modernidade.

Não há, tampouco, a intenção de realizar apanhado onicompreensivo das muitas manifestações de positivação do dever de motivação das decisões judiciais,

² TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza civile. Padova: Cedam, 1975, p. 320-328.

mas sim de analisá-lo em perspectiva histórica, desnudando seus vínculos com um projeto político de concentração de poder por meio do controle do Direito.

Delimitado o objeto, a primeira parte do capítulo cuidará de traçar antecedentes no âmbito do *Ius Commune*, em que o dever de motivação não se fez regra, pontuando, todavia, a existência de manifestações positivadas desse dever muito antes do século XVIII, momento em que, segundo a opinião generalizada, se consolida no contexto do movimento codificador, embora já apresentasse antecedentes bastante definidos no direito peninsular.

Em seguida, serão traçados os aspectos principais que levaram à mutação da perspectiva medieval sobre o processo, enfatizando a passagem do *iudicium* ao *processus* como elemento de uma transição mais ampla da idade média para a modernidade e a forma como a transição repercutiu na configuração do dever de motivar. Tomarei como foco de análise o direito francês, desde a *Ordonnance* de Luís XIV, de 1667, até o *Code de Procedure* napoleônico de 1806, e o processo que conduziu à codificação prussiana de Frederico II, ressaltando suas relações com o absolutismo iluminado.

Também o direito ibérico será examinado, apontando a existência de uma tradição de motivação e, mais do que isso, antecedentes normativos relevantes a demonstrar a imposição de um dever de motivar, em que pesem os períodos em que restou proscrito por influência doutrinária ou por expressa determinação legal.

Constitui hipótese central do estudo a de que o dever de motivação se generaliza como instrumento de controle da magistratura, sob o primado da lei, no contexto do projeto político de centralização do poder, seja das monarquias absolutistas, seja do projeto revolucionário francês, ambos fundados firmemente sobre a ideia de controle do direito e da magistratura. A tese põe em questão, assim, a afirmação recorrente de que tal imposição teria o iluminismo apenas como fator secundário e difuso. O estudo voltar-se-á para as relações entre o primado da lei como afirmação do poder político, seja do soberano absoluto, seja do proeminente legislador revolucionário sonhado por Montesquieu, e os instrumentos de que se serviram tais legisladores para controlar a magistratura. Desse contexto surgirá a pergunta essencial sobre a suposta essência democrática do dever de

motivação no ponto germinal de sua constitucionalização. Tal análise ocupará a última parte do capítulo.

Consigno, dede logo, que nesta aproximação histórica passagens um tanto abruptas podem negligenciar aspectos cuja complexidade mereceria exame mais detido, risco que assumo, sem prejuízo de, tanto quanto possível, fazer claros os fundamentos que conduzem o raciocínio.

1.1. Antecedentes do dever de motivar no direito comum

Durante o medievo, ausentes nos documentos romanos referências diretas à existência de um dever de motivação, era opinião comum da glosa e dos comentadores, sob grande influência do direito canônico, a de que não só não havia um dever de motivar como era perigosa e desaconselhável a motivação. Fundada a *iurisdictio* na autoridade, considerava-se a motivação elemento de fragilização da decisão.³ O direito comum - derivado do encontro e do diálogo patrocinado pela Escola de Bolonha, em meados do século XI, entre as fontes do direito romano, com relevo o theodosiano e justinianeus, e do direito canônico⁴ - salvo poucas exceções, não reconheceu a existência de um dever de motivar. Tal orientação se expressa nos escritos de Scevola, Hostiense, Baldo Degli Ubaldi, Bartolo, entre outros⁵. Bartolo, na glosa ao Digesto de Justiniano, referia

³ Analisando as fontes do direito comum, conclui também neste sentido José Rogério Cruz e Tucci, com base em Acursio, Bartolo e, ainda, na decretal *Sicut Nobis* do Papa Inocêncio III, extraindo que “sob a égide das Decretais de Gregório IX era presumível a validade da sentença em razão da autoridade judiciária”. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 37-42.

⁴ Principalmente o *Decreto* e as Decretais de Gregório IX, Livro Sexto de Bonifácio VIII, Clementinas, extravagantes de João XXII e Extravagantes Comuns, cuja compilação seria designada *Corpus Iuris Canonici*.

⁵ «Non est tutum assignare causam in sententia, quia si malam exprimat pronuncians, quamvis habeat bonam, quam exprimere posset, non valet sententia (...). Ideoque si cautus sit iudex, nullam causam exprimet (...) nisi in casibus, in quibus tenetur causam exprimere» (OSTIENSE. *Summa aurea*, Augustae Taurinorum, 1579; AZONE, *In ius civile summa*, Lugduni, p. 149). «*Cautius facit [Iudex] si simpliciter condemnat, vel absolvit (...) quia in sententia non est exprimenda causa de necessitate formae, vel legis*

expressamente que o juiz não era obrigado a *exprimere causam*, apontando poucos e excepcionais casos em que deveria motivar.

A preocupação dos Doutores medievais, conforme referência de Giacomo Oberto⁶, era a de que o oferecimento das razões pudesse, caso consideradas inadequadas, gerar a *nullitas* da sentença. Aponta que nos casos excepcionais em que a motivação era requisitada – e sua ausência não implicava necessária nulidade da decisão – a técnica recomendada era a da reprodução, literal ou referencial, das alegações das partes (“*schema riepilogativo*”). Taruffo aponta a presença excepcional do dever de motivar na legislação estatutária italiana a partir do século XIII, referindo, como exemplos anteriores ao século XVII, o estatuto de Reggio Emilia, de 1265, ainda no século XIII, e a *Riforma della Rota Fiorentina*, de 1532.⁷ José Rogério Cruz e Tucci refere também uma *Ordonnance* de 1374 que instituíra o dever dos juízes de primeiro grau das cortes de Toulouse a motivarem suas decisões e as comunicarem às partes que houvessem recorrido, embora a não motivação fosse desprovida de sanções.⁸ São exemplos que não esgotam as possíveis exceções – outros são encontráveis na literatura histórica –, mas que tampouco parecem desautorizar, segundo a opinião comum dos historiadores do

mandato» (BALDO DEGLI UBALDI. *Commentaria in vi. vii. viii. ix. x. et xi. Codicis lib.*, Venetiis, 1572, p. 276). «*Item ex isto texto potest optime colligi, quod in sententia iudex non tenetur exprimere causam. Nam si exprimat falsam, sententia est nulla: sed si tulit simpliciter, tunc creditur tulisse sententiam veram incerta causa*» (BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In Primam Infortiati Partem*, Venetiis, 1585, .72). Exemplos colhidos em OBERTO, Giacomo. La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici. Disponível em <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/procedura.htm>. Acesso em 20/07/2009. Publicação eletrônica com cópias digitalizadas de vários dos documentos históricos referidos. Acesso livre.

⁶ OBERTO, Giacomo. La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici. Disponível em <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/procedura.htm>. Acesso em 20/07/2009.

⁷ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 322-324. Na realidade, como informa Fulvio Mancuso, o dever de motivar era bastante presente na Itália do século XVI, sendo a regra no *Stato Pontificio*, em cujas províncias determinara o *Tribunali Supremo* o dever de motivar. MANCUSO, Fulvio. Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVII (Note in margine a studi recenti con il testo de una sentenza del 1299). In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLIX, n. 1. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995. p. 290-291.

⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987, p.43.

processo, a conclusão de que, em geral, não havia um dever de motivação a caracterizar o exercício da função jurisdicional no medievo.

Por outro lado, José Rogério Cruz e Tucci demonstra, examinando as fontes históricas, que a tendência geral de não motivar as decisões não foi acolhida na península ibérica, em que pesem a penetração do direito comum na Espanha e em Portugal e a notória autoridade de que usufruíam os glosadores e comentadores.⁹ A observação é fundamental, tendo em vista a indesculpável ausência das fontes ibéricas em grande parte dos escritos europeus sobre o tema.¹⁰

Recentemente, Tomás-Javier Aliste Santos, em obra notável, realizando exame minucioso das fontes espanholas, concluiu no mesmo sentido: não é verdade que não se tenha feito presente no direito comum o dever de motivar as decisões judiciais. No que concerne ao direito peninsular, há registros marcantes, seja na doutrina, seja na legislação medieval espanhola. O autor conduz ampla pesquisa acerca do debate acadêmico sobre a motivação das decisões no âmbito do processo romano-canônico característico *do ius commune*, pontuando sua profunda influência na doutrina e prática forense medieval.

Uma vez mais lembrando a advertência de Taruffo, embora se possa, com certa tranquilidade, afirmar uma prática historicamente evidenciada de motivação das decisões, não usufrui de idêntica segurança a afirmação de um dever de motivar legal e doutrinariamente assentado.¹¹ Obras havia, como se verá, a referir a motivação como estrutural, principalmente na sentença de apelação. Todavia, a conclusão generalizada é no sentido de que não constituía causa de nulidade da sentença a sua ausência.

Bastante generalizada foi a opinião, influenciada principalmente pela pena de Henrique de Segusio (Cardeal Hostiense) em sua *Summa de Ordine Iudiciario* e no *Comentario de las Decretales*, adversa à motivação mediante argumentos de autoridade, no sentido de que *exprimere causam* poderia implicar fragilização da

⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987, p.45 a 53.

¹⁰ Falta sentida, inclusive, na referencial obra de Taruffo, “La Motivazione della sentenza civile”, já referida. Padova: Cedam, 1975.

¹¹ *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 66 a 87.

autoridade ínsita à decisão eclesiástica, afirmando que *si cautus sit iudex, nullam causam exprimet*, no bojo de separata contendo estudo do erro judicial e da invalidade da sentença. Para ele, a motivação poderia apenas dar azo à irresignação e desqualificação da decisão – *fatuum est exprimere atque periculosum* –, cuja autoridade constitui seu fundamento último, para além de quaisquer considerações de índole formal ou racional. Assim, recolhendo Aliste Santos a doutrina de Salvioli, observa que “embora no plano legal se exigia que a sentença fosse ditada *secundum allegata et probata*, na realidade era dada *secundum conscientiam* do próprio juiz, evadindo-se habilmente de toda sorte de responsabilidade sob a invocação de fórmulas solenes ocas de conteúdo”.¹² O autor, porém, com arrimo principalmente em Llobell Tuset, põe em questão a própria regra geral de repulsa à motivação formulada por Hostiense e reproduzida de modo acrítico por grande parte dos que o sucederam, ao demonstrar que na *Summa* se enumeram pelo menos dezoito hipóteses em que a motivação é impositiva, algumas, por sua grande abrangência, convertendo em exceção aquilo que ideologicamente Hostiense afirmava como regra.

Outro quadro se revela, todavia, bem mais favorável à tese de que havia um dever de motivar, quando se buscam os manuscritos e textos legais desde o século XI, trabalho a que se lançou com profundidade Aliste Santos.

Las Siete Partidas marcaram a grande influência e recepção do *ius commune* na Espanha, sem descartar a relevância seminal de manuscritos como *Las Flores Del Derecho*, *Dottrina de los Pleytos* e outros de Jacobo de las Leyes, *Summa aurea de ordine iudiciario* e *Margarita de los pleitos* de Martínez de Zamora, a quem se atribui, em historiografia mais recente, a redação da *Partida Tercera*.¹³ Nesses textos, exige-se que a sentença seja dada por escrito e lida para as partes no lugar habitual onde se realizam os juízos. As constantes referências a leis romanas sobre a motivação reforçam não apenas a tese de tal exigência no direito romano pós-clássico (justinianeu), mas também o fato de que em idêntico sentido andava a literatura processual espanhola medieval. Jacobo de las Leyes

¹² *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p.71.

¹³ *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 72.

fez constar em *Las Flores Del Derecho (Ley III, tít. I, Lib.III)* o seguinte enunciado: “e pues que ouierdes pensado y coseyado como julgedes, devedes dar la entencia, segundo que fur razonado ante vos; Ca el juiz non deue julgar segundo sua conciencia, pero que el pleyto saba, mas segundo aquellas rrazones que fuerem tenudas antel”. Também a *Margarita de los Pleytos*, atribuída a Martínez de Zamora, ao disciplinar “por quantas maneiras non val la sentencia dada contra ti” (Tít. XIX), assim consigna: e esto mesmo puedes saber si la sentencia es dada contra ius scriptum e el derecho contra quienes es dada non es posto em La sentencia esta sentencia non valdra si fuer apellado, ansi como si el juez juzga e dize ansi: “Yo condeno a ti em La demanda” e non dize mas, esta sentencia non valdra si fuer apellado della, pues que es dada contra derecho scripto, pues que el derecho contra quien fue dada non es puesto em la sentencia”¹⁴

O exemplo contido na *Margarita de los Pleytos* não deixa dúvida quanto ao conteúdo da norma, impondo a motivação sob pena de invalidade, passível de apelação, embora não se diga aqui que a sentença será nenhuma. Entretanto, seria nenhuma a sentença, e desnecessária a apelação, se dada contra uma parte sem que a outra parte contra ela tenha provado (*si el tu adversario non provare ninguna cosa e el juez condemna em la demanda, esta sentencia es dada contra derecho e el derecho contra quien es dada es puesto em la sentencia*).

Em 1254, D. Afonso X, o Sábio, promulgara o *Fuero del Libro (Fuero Real)* que instituiria o dever de dar “*las razones de alzada*”. Da mesma forma, *Las Siete Partidas*¹⁵, “gloria jurídica de León y Castilla”, uma obra legislativa que, na gênese,

¹⁴ Referências recolhidas por Tomas-javier Aliste Santos. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, p. 75 e 78.

¹⁵ Refere Paolo Grossi que *Las Siete Partidas*, obra legislativa da segunda metade do século XI, presumivelmente de iniciativa Afonso X, eram, na realidade, consolidações de direito comum, vertido e adaptado. GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p.133. No mesmo sentido, Nuno J. Espinosa, tratando da influência das *Siete Partidas* em Portugal, referindo-as como “uma notabilíssima síntese” do direito romano que, com o passar do tempo, tendo sido objeto de ampla elaboração doutrinal, tornou-se direito subsidiário a partir de meados do século XII e foi a base para as Ordenações Afonsinas. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.264-265.

ensejou elaboração doutrinal e constituiu-se direito subsidiário a partir de 1348¹⁶, ao disciplinar “*quando e como se deve dar el juyzio*”, expressamente consignava:

“*De dia e non de noche se yendo lãs partes emplazadas deve el judgador dar su juyzio...Pero ante lo deve hacer escribir los actos, e deve leer el mismo publicamente...E deve ser dictado el juyzio por buenas palavras, e apuestas que lo puedem bien entender sin duda ninguna, e senaladamente deve ser escrito em el como quita, o condena al demãdado em toda la demãda, o cierta parte della. Segud el entendiere q fue averiguado e razonado ãte el, o deve poner otras palavras guisadas ales entendiere q cõvie na ala demãda q fue fecha...*”¹⁷

Ditar por “*buenas palabras, e apuestas*” é expressão, com o perdão da redundância, eloquente da orientação normativa no sentido do dever de motivar.

Parece fora de dúvida também que o Fuero Real impunha a motivação em caso de recurso, conforme FR, L.2, Tít.15, Lib. 2: “*...è si se alzãre ò debe, el Alcaide que diere el Juicio, delo scripto à aquel que se alzãre fasta tercero dia después Del alzada: è ponga em scripto La razon cumplida por qué se alzó, porque sepa aquel que há de juzgar el alzada, si se alzó com derecho, o no: è si es alcaide non diere el juicio scripto como sobredicho es: mandamos que el daño, è lãs costas por desfallecimiento del scripto, que lo pague el Alcaide...*”.

É possível observar que o dever de motivar aqui está próximo da função dita endoprocessual (ver *infra*), na medida em que voltada a informar a autoridade *ad quem* das razões do decidido, não se tratando de dever instituído em favor da parte, a qual, inclusive, busca a revisão sem necessariamente ter tomado conhecimento dos motivos determinantes da decisão. Tão ou mais relevante, todavia, é o fato de que no medievo, como adiante se verá, a motivação assumia a tarefa de concreção, marcado o *ordo iudicarius* por uma lógica dialética, de construção do sentido do Direito e da decisão do caso mediante construção participativa e simétrica.

¹⁶ HESPANHA, Antônio Manuel. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p. 263.

¹⁷ Transcrita conforme referida pelo autor. CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p.48.

Em Portugal, o dever de motivar foi acolhido nas Ordenações Manuelinas de 1521, que assim dispunham: “(...) *Auermos por bem de Justiça, e pêra melhor defpacho dos litigantes, Mandamos, que daqui por diante todos os Nofos Defembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouuidores, e Juizes de Fora, pofto cada huu dos fobreditos Letrados nom fejam, e quaefquer outros Julguadores, que Letrados forem, que fentenças definitiuas pofere[m], declarem em fuas fentenças (affi na primeira insftancia, como na caufa d’apellaçam, ou agrauo, ou na caufa de reuifta) a caufa ou caufas, per que fe fundam a condenar, ou abfoluer, ou a confirmar, ou revougar, dizendo efpecificadamente o que he, que fe proua, e por que caufas do feito fe fundam a darem fuas fentenças (...)*”¹⁸

Na realidade, as Ordenações Manuelinas e as Filipinas, de 1603, tornaram mais explícito o que timidamente se desenhara já nas Ordenações Afonsinas, as quais foram fortemente influenciadas pela antecessora espanhola *Las Siete Partidas*, fonte subsidiária em Portugal desde o séc. XIV, na qual vinha desenhado o dever de motivar¹⁹. É possível conjecturar, em que pese a falta de referências mais precisas, que o modelo para a inclusão do dever de motivação possa ter sido aquele da compilação espanhola, que, também sendo resultado da fusão de direito local com o direito justinianeu e canônico, rompera com o paradigma da não motivação. É curioso observar que, embora reconhecidamente sob influência da

¹⁸ Ordenações Manuelinas, Livro III, Título L. “Das sentenças definitivas”. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

¹⁹ Em longa nota, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva reconstrói o caminho das diversas traduções das *Siete Partidas* em Portugal. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, p.264. Em apanhado dos autores portugueses, Daniel Mitidiero consigna a presença do dever de motivar desde “*Las Siete Partidas* (Terceira Partida, Título IV, Lei VI, mantida pelas Ordenações Afonsinas, ainda que de maneira implícita, Livro III, Título LXIX; Manuelinas, Livro III, Título L, § 6o; Filipinas, Livro III, Título LXVI, § 7o), no que há inclusive certa antecipação da nossa tradição no que toca ao restante da Europa (tem-se dito que a necessidade de motivação da sentença é um fenômeno típico da segunda metade do século XVIII, sendo certo que *Las Siete Partidas* já possuíam autoridade de direito subsidiário em Portugal no mínimo a partir do século XIV, consoante nos afiança, entre outros, Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, Mario Júlio de Almeida Costa e Marcello Caetano).” MITIDIERO, Daniel. *O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo*. In: Amaral, Guilherme Rizzo, Carpena Márcio Louzada. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 59.

autoridade doutrinária de Bartolo²⁰, tenha dela se distanciado a legislação portuguesa de forma tão decidida, em ponto tão crucial, lembrando que Bartolo manifestava o entendimento de que não havia, salvo em poucas hipóteses, o dever de fundamentar as decisões. Não se pode descurar, todavia, que a interpretação dada pela glosa ao direito romano não está isenta de conteúdo político-ideológico, na medida em que desempenhou papel importante de afirmação da autoridade política na *civitas* medieval, tratando-se, na realidade, de adaptação do direito romano – principalmente justinianeu – ao contexto de aplicação que lhe era contemporâneo. Há, assim, razões para crer que as interpretações nem sempre se mantiveram fiéis às configurações originárias dos institutos, seja pela dificuldade de sua determinação em face da escassez e incongruência das fontes, seja em razão de determinadas intenções interpretativas. Há fundadas controvérsias quanto à efetiva inexistência de um dever de fundamentação, principalmente no período da *cognitio extra ordinem*. Dissentindo dessa conclusão, por exemplo, Afonso Murillo Villar²¹, em exame de constituições imperiais. Também Ugo Ziletti e Cuenca,

²⁰ Refere o Rei, em carta de 1426, antes mesmo das primeiras Ordenações: “...e esto quissemos que as conclusões de bartallo, que sobellas leix do Codigo ffez, que estas sejam autenticadas, ca esta he nossa Vontade, de que os feitos nom serem desembargados se nõ per bua entençom e openiõ segundo já he escripto”. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006 (p. 304). Confiava firmemente D. João I na “*Bartoli opino*”, que passou a constituir fonte do direito em Portugal, chegando-se a debater vivamente se, em caso de contraste, deveria prevalecer a *cumunis opino doctorum* ou a opinião do gigante Bartolo que juntamente com Acursio, gozava de máxima autoridade. Para uma ampla abordagem sobre a história das Ordenações do Reino de Portugal, consulte-se a mesma obra, p. 299-428. Ainda sobre a penetração do direito comum em Portugal, sua utilização como direito subsidiário e sobre a autoridade doutrinária de Bartolo e Acursio, consulte-se HESPANHA. Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia. Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 280-286.

²¹ Não põe em questão o autor a ausência de um dever de motivar no período das *legis actiones* e no período *per formulas*, todavia, realiza instigante esforço para demonstrar que o mesmo não pode ser dito em relação à *cognitio extra ordinem*. Como exemplo da existência de um dever de fundamentação no período da *cognitio extra ordinem*, tendo por base constituições imperiais (C.7,44,2 e C.Th.4,17,2), refere: “ En ambas las disposiciones imperiales si ordena ditcar sentencia: *iudex in proferenda sententia* (C.Th.), e igualmente: *iudices, quos conoscendi et pronuntiandi necessitas teneret* (C.); ahora bien antes de la formación del fallo el juez deve profundizar en el fondo del assunto: *ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit inlatum* (C. Th.), y, del mismo modo, *sed deliberatione habita post negotium sententias ponderatas sibe ante formarent* (C.)” Admite, todavia, ser opinião generalizada aquela segundo a qual não se pode extrair das fontes romanas a existência de um dever de motivação, senão em situações especiais, o que não implica necessariamente a afirmação de que as decisões não eram eventualmente motivadas. VILLAR, Afonso Murillo. *La motivacion dela sententia en el proceso civil romano*. Cuadernos de Historia Del Derecho, n.2, 1995, p. 11-46.

debruçados sobre o direito justiniano, conduzem à conclusão semelhante, embora não cheguem a explicitar o ponto.²²

Trata-se de tese histórica relevante a afirmar que, contrariamente ao que constitui voz corrente, o dever de motivação, e não apenas a prática de motivar, teve importantes escoras normativas e sobre ele produziu-se na Espanha doutrina da maior importância. Interessante notar, ainda, que a tese converge com aquela de Murillo Villar²³, que desacredita uma suposta ausência do dever de motivar no Direito justiniano e principalmente theodosiano. Aliás, impressiona o argumento que demonstra que várias das regras sobre a necessária motivação, contidas nas Partidas, remetem justamente àquelas romanas apontadas por Murillo Villar.

1.2. Absolutismo e o primado da lei: a passagem para a modernidade

O direito medieval fora construído sobre tradição antiga, que via no príncipe o “juiz supremo”, a quem cabia, como função primária, a distribuição de justiça. O exercício da *iurisdictio* era atribuição do soberano, manifestação própria e inerente à sua posição. O príncipe encarnava a “*imago aequitas*”, o próprio princípio de justiça. Tal expressão do poder do monarca, como refere Paolo Grossi, não se confunde com “uma impensável criação do direito”, antes, “significa pressupô-lo já criado e formado”, devendo apenas ser explicitado e aplicado.²⁴ *Lex* não é criação

²² Não se admitia a sentença oral, sendo uma imposição sua forma escrita. Tal exigência é facilmente compreendida no contexto de uma função certificadora do ordenamento. A fidelidade ao ordenamento impunha publicidade e fundamentação, presumivelmente para proporcionar o controle efetivo da atividade jurisdicional. Escrita a sentença, após uma reflexão para a qual poderia o juiz convocar seus assessores (cujas atribuições eram muito bem definidas), procedia o magistrado à sua leitura, convocando as partes à audiência designada para esse fim. Apenas os juízes de grau supremo (*illustres*) eram dispensados da leitura. As partes poderiam, todavia, obter cópias (transcrições) da sentença. (ZILLETI, Ugo *Studi sul processo civile giustiniano*. Milano: Giuffrè, 1965, p. 274-276. Também sobre os capítulos e as várias sentenças, ver CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: EJE, 1957, p. 158-159.)

²³ Murillo Villar, A. *La motivación de La sentencia em el proceso civil romano*. Cuadernos de Historia Del Derecho, n.2, 1995, p. 11-46.

²⁴ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p.130.

do direito senão revelação, *aequitas* que deriva da natureza das coisas, cabendo ao príncipe a delicada tarefa de manifestá-la em forma jurídica. O *imperium* tem como expressão direta o *aequitatem statuere*, “a identificação do direito a partir de uma realidade que está para além do poder político, uma realidade que a *Lex* tem a função de manifestar”.²⁵ Em sentido diverso, Tarello pontua que a palavra *iurisdictio* “indicava a titularidade e extensão de um poder jurídico de aplicar direito (seja de criação própria ou de outro) e de produzir direito (seja precedentemente, seja concomitantemente à aplicação); o caráter jurídico do poder e a eficácia coercitiva de seu exercício constituíam o designado pela palavra *iurisdictio*”.²⁶ Do ponto de vista da administração da justiça o cenário era bastante fragmentário. O exercício da *iurisdictio* estava a cargo de uma multiplicidade de tribunais, que a exerciam “em nome do rei” com grande autonomia, sem efetivo controle, o que só mudaria às portas da modernidade.

No que toca às fontes, aos costumes, ao direito local legislado e ao direito comum, conviviam em um diálogo mediado pela *interpretatio*, entendida como “reapropriação e remediação, sob a ‘proteção’ dos textos romanos, sob o prisma da *aequitas*, de toda uma ordem jurídica, uma ordem de valores jurídicos que afloravam sobre a superfície histórica”.²⁷ A *interpretatio* é também integração, correção e modificação do texto - uma mediação entre o objeto formal do texto e a substância da realidade. “O direito comum é muito pouco exegese de um complexo textual, é, ao contrário, *intepretatio*”.²⁸

O príncipe-legislador, que viria a substituir o príncipe-juiz apropriando-se da produção jurídica, surgirá na crise da civilidade medieval, aplainando o caminho do direito moderno. Conforme a significativa expressão de Paolo Grossi, referindo-se ao caminho percorrido desde o período tardo-medieval ao direito moderno, “é a longa estrada que encontrará em seu final o regime de pleno absolutismo jurídico e a solução mais absolutística no plano das fontes do direito: o Código”.²⁹

²⁵ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p.143.

²⁶ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 53-54.

²⁷ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p.15.

²⁸ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p. 227-229.

²⁹ GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997, p. 227.

Desde o século XVI, o incremento da iniciativa legislativa do soberano encontrava justificação na necessidade de racionalização do direito e na reação à pluralidade de fontes que haviam convivido durante toda a idade média sobre o pano de fundo do direito comum. O que inicialmente implicara apenas positividade dos costumes foi-se ampliando na medida em que se consolidava a tendência de concentração do poder político na direção do absolutismo monárquico³⁰. Conforme Tarello, “por todo o século XVII foi viva, em toda a Europa, a tendência dirigida a uma nova organização administrativa e judiciária (*lato sensu* política), caracterizada por uma relativa centralização: tratava-se de um processo de concentração da soberania”³¹, cuja face mais visível era a centralização burocrática das tarefas de Estado. O processo, entretanto, não se esgotaria, do ponto de vista jurídico, apenas em maior ativismo legislativo, rompendo a relativa indiferença medieval do poder político em relação ao direito. Movimento bem mais profundo e caracteristicamente moderno se desenhava: a ideia de hierarquização das fontes, elemento do controle político por via do controle da produção legislativa e do controle burocrático da magistratura.

Ao rei-juiz do constitucionalismo medieval substitui o rei-legislador, sob palavras de ordem “*a deo rex, a rege lex*” ou “*le Roi est lui même une loi animée*”. Legislar passaria a ser considerada a verdadeira expressão da soberania real. E a obediência à lei, diria o sempre citado Bodin, é obediência ao príncipe. O direito é reduzido à lei e a lei à vontade do príncipe (*quod principi placuit legis habet vigorem*, conforme a máxima de Justiniano).³²

A própria formação universitária, sob influência da *Nova methodus* de Leibniz, distanciava-se da tradição crítica da Universidade medieval para dedicar-

³⁰ Conforme Antonio Manuel Hespanha, “o conceito de governo político vai-se estendendo, abrangendo, sucessivamente, um domínio mais vasto. No período iluminista, encontramos-lo plenamente desenvolvido. Considera-se, então, que ele engloba todas as medidas necessárias para a defesa interna e externa do reino”. HESPANHA, Antonio Manuel. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 392.

³¹ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p.49-50.

³² “Nós queremos que a vigência do direito dependa por inteiro de Nossa autoridade e não separadamente pela autoridade dos diversos autores”, proclamara Justiniano na Constituição *Deo auctore* (530 d.c.). Institutas do Imperador Justiniano. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1952.

se à formação de funcionários, afastando-se dos embates dialéticos que haviam caracterizado a formação escolástica. A Universidade mesma torna-se uma instituição burocrática, o que refletiria inexoravelmente na formação geral dos juristas e dos magistrados. No plano da prática judiciária, tomaria corpo a intenção sistematizadora lastreada em uma lógica formal e calculante, típica do pensamento dos séculos XVII e XVIII³³. Aponta Tarello que a reorganização dos estudos franceses era conforme as finalidades políticas do absolutismo monárquico e a exigência de fornecer aos bacharéis uma preparação adaptada à prática. “Foi nas novas universidades que o jusracionalismo foi transmitido às futuras camadas burocráticas dirigentes do absolutismo e penetrou, portanto, desde cedo, na administração e legislação; através da centralização dos grandes estados alemães da Prússia e da Áustria, este impacto se acelerou ainda mais”.³⁴

Puffendorf, figura de proa do jusnaturalismo germânico, que teve em Thomasius grande divulgador, exerceria grande influência na primeira tentativa de codificação prussiana, na codificação austríaca e, por intermédio de Burlamaqui e Barbeyrac, nas cartas constitucionais francesas.³⁵ Em Puffendorf, a *potestas iudiciaria* aparece como secundária à *potestas legislativa* e à *potestas poenas sumendi*, convergindo para uma intenção política de concentração, na figura do

³³ Pierre de la Ramé, Leibniz e seu seguidor Christian Wolf são alguns dos influentes pensadores determinantes da tendência cientificista e matematizante (a verdadeira ciência no sentido aristotélico) com recurso à lógica apodítica e formalizada. Sobre Wolf, influenciado decisivamente pelo pensamento de Puffendorf, escreve Wieacker: “o racionalismo de Christian Wolff reestabeleceu a teoria lógica e moral do jusracionalismo e possibilitou, assim, tanto a filosofia do absolutismo esclarecido, como a sistematização do direito positivo na ciência e na legislação”. WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 356. Em outra passagem, refere que “a exposição sistemática de Wolff através de uma dedução exaustiva dos princípios de direito natural a partir de axiomas superiores até os mínimos detalhes, exclui todos os elementos indutivos ou impressionistas e aspira ao rigor da prova geométrica resultante do princípio do terceiro excluído” (p. 362). Mais adiante: “não só o coerente sistema lógico de Wolff forneceu o fundamento de vários códigos jus-racionalistas e, por intermédio dos seus discípulos juristas e da pandectística, ainda do código civil (alemão) e das codificações com ele apresentadas, mas constitui também, a partir do manual de Wolff, o programa de uma dedução lógica da decisão jurídica a partir dos princípios superiores e conceitos gerais com valor construtivo previamente fixado que nunca mais abandonou a ciência jurídica especializada” (p.362).

³⁴ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 101.

³⁵ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p.97.

soberano, da função legislativa. Essa ideia teria em Montesquieu seu mais famoso arauto. Também Leibniz, pela mão de Wolff, seria referencial na codificação prussiana, concebida como sistema de proposições “verdadeiras” não incompatíveis reciprocamente, buscando a sistematização conforme o modelo da ciência e da lógica formal (apodídica).³⁶

Como refere Villey, “depois de Grócio virá toda a escola do direito natural, Pufendorf, Thomaisius, Leibniz ou Wolff, na França, Domat e Pothier, sem falar de uma multidão de outros mais em outros países da Europa. Será esse o empreendimento que levará às codificações modernas, isto é, a uma mutação radical da forma do direito, que passará a se apresentar numa ordem lógica – a uma mutação também da forma do direito romano, pois é do direito romano ‘clássico’ que imaginam restituir a ordem. (Com a liberdade que o racionalismo deles implica e a ambição que têm de chegar ao ‘direito universal’, Doneau, Domat ou Pufendorf são, com efeito, romanistas)”³⁷.

A codificação seria expressão acabada de um processo iniciado ainda antes que espelha a complexidade do projeto político de centralização do poder, que encontrará ambiente propício a partir do século XVII³⁸. Na segunda metade do século XVIII, a fórmula de organização das coleções de *leges*, postas sob autoridade do monarca, com a finalidade de simplificação do Direito e incremento do controle sobre a administração da justiça, deu lugar à empresa ainda mais sofisticada, em que a reforma do direito subordina-se à reforma política e a ideia de código implica não apenas concentração, o que não era novo, mas a construção de um “sistema” orgânico e caracterizado por técnicas, conteúdos e política de direito bastante específicas. Como aponta Wieacker, “apesar do caráter muito facetado

³⁶ Segundo Leibniz, “a justiça é um termo fixo, com um determinado sentido (...) este termo ou palavra justiça deve ter certa definição ou certa noção inteligível, sendo que de qualquer definição se podem extrair certas conseqüências, usando as regras incontestáveis da lógica. É isto precisamente o que se faz ao construir as ciências necessárias e demonstrativas – as quais não dependem de quaisquer fatos – mas apenas da razão, tal como a lógica, a metafísica, a aritmética, a geometria, a ciência do movimento e, também, o direito.” Citado por HESPANHA. Antonio Manuel. *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p.299.

³⁷ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.554.

³⁸ TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p.39.

das circunstâncias de seu aparecimento, estes códigos apresentam um idêntico perfil espiritual. Distinguem-se de todas as anteriores redações de direitos desde logo pelo fato de que eles não fixam, ordenam ou melhoram (reformam) direito já existente, nem pretendem completá-lo (como, por exemplo, as *Ordonnances* francesas e as *Reformationem* alemãs do século XVI); eles dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica”.³⁹ Essas primeiras legislações dotadas de pretensões sistemáticas e centralizadoras constituiriam o primeiro passo para o que viria a se consolidar como o projeto codificatório da modernidade.

1.3. A concepção moderna de processo e o dever de motivação das decisões judiciais

O jusracionalismo e sua vinculação inextricável com o incipiente pensamento iluminista desempenharia, entre os séculos XVII e XVIII, o papel fundamental de oferecer justificação teórica a um modelo de judiciário muito distinto daquele que estruturara o *ordo judicarius* medieval, concebido como ordem isonômica, de corte tópico-retórico e dialético, presidido por uma racionalidade prática fundada no confronto argumentativo.⁴⁰ Conforme Picardi, “o eixo do processo comum europeu era representado precisamente pelo contraditório, considerado como método dialético de procura da verdade. Segundo a concepção medieval, citação e defesa constituíam momentos de informações contrárias: justificações e contestações. (...)”

³⁹ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366.

⁴⁰ GIULIANI, Alessandro. L’Ordo Judicarius Medioevale – Riflessioni su un modelo puro di ordine isonômico. *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIII (Seconda Serie), n. 3, jul.-set. 1988. Padova: Cedam, 1988. Em seu “Il concetto di prova”, Giuliani trata magistralmente do modelo argumentativo da prova (que denomina “clássico”) em contraposição ao modelo demonstrativo, característico da modernidade, salientando a importância do pensamento de Pierre de la Ramée (Petrus Ramus) e a lógica de Port Royal no processo de abandono progressivo da lógica dialética (*pars construens*) em direção a uma lógica apodítica e matematizante que caracterizaria a transição para a modernidade. GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Milano: Giuffrè, 1971, *passim*.

O contraditório resolvia-se no *ars apponendi et respondendi* em uma regulação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade às partes”. A esse *ordo iudiciarius* reconhecia-se um caráter extraestatal, independente de uma ordenação externa que não aquela própria de sua estrutura dialética e que não estabelecia diferenças entre governantes e governados, entre juízes e partes⁴¹.

A preocupação do soberano com o processo, rompendo com a característica extraestatalidade que marcara o direito medieval, acompanha o movimento de estatização geral do direito. Ao lado de uma conotação técnica, de racionalização da atividade judiciária, o processo assume relevante função político-organizativa, no sentido da apropriação da função judiciária pelo príncipe por via do controle administrativo da jurisdição e vinculação do juiz à lei. A jurisdição moderna não pode ser separada da atividade administrativa e espelha uma mentalidade burocrática de controle da atividade dos magistrados.

Sob o ponto de vista da responsabilidade do juiz, desde o século XVI se esboçara, principalmente na França e na Alemanha, uma passagem do modelo de responsabilidade profissional para a responsabilidade disciplinar. O juiz não é mais diretamente responsável por seus atos em face da parte, mas apenas em face do Estado absoluto, configurando bem mais uma responsabilidade política, no sentido de que a tarefa do magistrado não é outra senão a realização dos fins do Estado absolutista. O soberano é o legislador plenipotenciário e a legislação aparece, naturalmente, como expressão dessa soberania. A função judiciária assume posição subordinada, exercida por funcionários de formação burocrática. O rei-juiz dá lugar ao rei-legislador, que passa a controlar a atividade judiciária mediante firme imposição de sujeição do juiz à lei. A irresponsabilidade externa expressa um “valor ambíguo”⁴² que, sob a aparência de garantia ao magistrado, atua como componente de um projeto político de controle do exercício jurisdicional e da própria magistratura. A função judiciária é posta a cargo de um funcionário submetido à autoridade do soberano e que deve estrita obediência à legislação -

⁴¹ PICARDI, Nicola. Do *iudicium* ao *processus*. In: Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.62. Para uma caracterização do *ordo iudiciarius medioevalis* como *ordo isonômico* ver GIULIANI Alessandro. L’*ordo iudiciarius medioevalis*. Rivista de Diritto Processuale Civile, 1985. Milano: Giuffrè, 1985.

⁴² GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 16.

expressão da soberania aparelhada por rigoroso controle hierárquico. Produto do jusnaturalismo moderno, a irresponsabilidade externa do juiz eliminou qualquer traço da responsabilidade profissional em relação às partes, conforme elaborada pelo direito romano⁴³, e, de certa forma, antevista pelo direito grego⁴⁴. O juiz setecentista passa já a incorporar uma mentalidade burocrática, funcionário que é de uma estrutura de distribuição de justiça marcada pela estatalidade⁴⁵.

Do ponto de vista lógico e estrutural, a segunda metade do século XVII caracteriza a passagem do *iudicium* ao *processus*, do *ordo* isonômico ao *ordo* assimétrico, típico da modernidade⁴⁶. Autoridade, disciplina e lealdade passam a ser valores primordiais de uma nova ordem assimétrica estruturada sob o poder absoluto do soberano que se refletiria em vários Estados europeus, desaguando na generalizada positivação do *processus* moderno, na definição de um novo perfil de magistratura e na incorporação de um novo método de interpretação e aplicação do direito. A magistratura não é mais, como fora desde o século XIV, um corpo independente que colabora no estabelecimento da lei, participando, inclusive de sua produção; passa a constituir mais um elemento do aparato estatal, com a função de dar execução à lei do soberano. O processo não é mais praxe produtiva do direito, vertido em instrumento de aplicação do direito do príncipe.

⁴³ Os litigantes que sofressem qualquer prejuízo derivado da sentença poderia lançar mão da *actio si iudex liem suam facerit*. Tão grave a responsabilidade que se permitia ao juiz romano *iurare sibi non liquet* como forma de exonerar-se de decidir demandas cuja solução não lhes parecesse clara. VILLAR, Afonso Murillo. *La motivacion dela sentencia en el proceso civil romano*. Cuadernos de Historia del Derecho, n.2, 1995

⁴⁴ Picardi e Giuliani pontuam que a democracia grega fundara-se na ideia da responsabilidade do magistrado, mais propriamente do árbitro que julgava segundo sua consciência com base na equidade, assumindo a correlata responsabilidade. Sua vinculação ao poder e à política era “tênue e, ao limite, inexistente”. À democracia grega repugnava a filosofia da autoridade e da obediência. Pelo contrário, predominava a noção de que o magistrado tinha um dever de resistência a um decreto injusto. O dissenso nas deliberações colegiadas era co-natural ao princípio dialético de um *ordo* judiciário isonômico de corte tópico-retórico, essencialmente prudencial. GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p. 3-8.

⁴⁵ “A atividade do juiz deixa de ser profissional: seu fundamento não é a *professio iurisprudentiae* mas a *publica auctoritas*; a responsabilidade disciplinar representa, desse modo, a estrutura portante de um ordenamento judiciário burocrático baseado na metáfora da ‘caserna’.” GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p.15.

⁴⁶ PICARDI, Nicola. Do *iudicium* ao *processus*. In: *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

a) O exemplo francês

A França do século XVII apresentava um panorama de extrema complexidade. Os tribunais regionais (*Parlements*) não se subordinavam facilmente ao monarca e, de fato, os vinte anos que antecederam a *Ordonnance Civile* de Louis XIV, em 1667, foram de grande tensão entre a magistratura e o soberano⁴⁷. Os *Parlements*, que não eram originariamente de criação régia, resistiam à ideia de abrir mão de sua autonomia. O direito aplicado era também assaz heterogêneo, fundado em grande medida nos costumes, em acentuado pluralismo, o que os autores do século XVIII traduziriam sob a expressão “particularismo jurídico”⁴⁸. Ademais, como anotou o próprio Rei Luís XIV em suas memórias, referência feita por Picardi, “os processos eram cultivados pelos juízes e pelos advogados ‘*comme son propre héritage*’”. O cargo de membro do *Parlament*, encarregado do exercício da magistratura, era fruto de venda ou obtido por hereditariedade.⁴⁹ Exerciam os magistrados, autonomamente, a jurisdição em suas esferas de competência territorial, em número elevadíssimo, e o controle era pouco e difícil. A *Ordonnance* de 1667 seria a expressão madura da ideia de vinculação do juiz ao direito do soberano ao consignar sua absoluta sujeição à lei. Tal orientação não seria

⁴⁷ Refere-se Picardi às “Mémoires” de Louis XIV, em que estão registradas reflexões sobre o processo que levou às suas *Ordonnances*. PICARDI, Nicola. *Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. In: Jurisdição e Processo. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.81. A tensão entre soberano e magistratura é referida também por TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 57.

⁴⁸ Teria dito Voltaire que ao atravessar a França trocar-se-ia tanto de direito quanto de cavalo. Referido por PETRONIO, Ugo, *Il futuro ha um cuore antico. Considerazioni sul codici de procedura civile de 1806*. Ensaio de abertura da coleção Testi e documenti per la storia del Processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. I Codici Napoleonici TI, Codici de Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2000, p.IX. Em passagem de seu Dicionário filosófico, conta Voltaire o seguinte: “No dia seguinte o meu processo foi julgado numa das câmaras do parlamento: perdi por unanimidade; explicou-me o meu advogado que eu teria também ganho por unanimidade numa outra câmara. ‘Eis uma coisa bem cômica’ – disse-lhe eu; - ‘de modo que, cada câmara, cada lei’. – ‘Sim’ – disse ele – ‘há vinte e cinco comentários sobre a lei municipal de Paris; isto é, provou-se vinte e cinco vezes que a lei municipal de Paris está errada; e se houvesse vinte e cinco câmaras de juízes haveria também vinte e cinco jurisprudências diferentes. Temos – continuou ele – a quinze léguas de Paris, uma província chamada Normandia, onde sériéis julgado de forma muito diferente daqui’. ‘Isto me deu vontade de ver a Normandia...’ (VOLTAIRE. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martin Claret, 2008, Verbetes “leis (das)” p.334.

⁴⁹ PICARDI, Nicola. *Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. In: Jurisdição e Processo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 73.

imposta sem que se travassem grandes controvérsias e se fizesse sentir enorme resistência da magistratura, habituada à autonomia que caracterizara por séculos a atividade judiciária, agora despida da soberania de que se revestia a tradicional *jurisdictio*, exercida em nome do rei sem turbação.⁵⁰ A memória de Justiniano era constante nesse processo de centralização e serviria como referência em muitos aspectos.⁵¹

Amadureceu, durante a discussão sobre a reforma judiciária francesa, a ideia que orientaria o projeto de Luís XIV e que viria a ser, segundo Picardi, “um evento traumático para a história do processo continental, na medida em que progressivamente tomará corpo o sutil projeto do soberano de apropriar-se do *ordo iudiciarius*.”⁵² A *Ordonnance Civile* de 1667 traria consigo a proposta de uma ruptura com o modelo processual do medievo e traçaria um novo perfil de magistratura, ao qual, diga-se, resistiram fortemente os magistrados, até seu definitivo enquadramento em 1790.

⁵⁰ PICARDI, Nicola. *Il giudice e la legge nel Code Lois*. In: *Rivista di Diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1995, p. 35-36.

⁵¹ Segundo Scialoja, citado por Arangio-Ruiz, ao fim do século III d.c. já havia o processo assumido a forma da *cognitio extra ordinem*. O *Cod. De formulis ed impetratione actionum sublati* dos imperadores Contanzo e Constante havia ab-rogado de forma absoluta as fórmulas, acabando de vez com o que restava do *ordo iudiciorum privatorum*. A administração da jurisdição passara, com Diocleciano (*Perdaneis iudicibus*, 294 d.c.), a partir da estruturação de um sistema hierárquico, a ser realizada por funcionários dependentes, vinculados ao imperador, com exclusão dos magistrados da época anterior (ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, p.389). O processo desenvolve-se perante um magistrado funcionário público, prefeito do pretório, como único judicante, extinta a figura do Pretor (concentram-se, na realidade, ambas as funções, a do *iudex* e a do *praetor*). O juiz da *cognitio extra ordinem* perde sua autonomia e deixa de ser produtor privilegiado de direito para submeter-se ao Príncipe, personificação do Estado. Há, por assim dizer, uma burocratização do exercício da jurisdição, uma invasão da administração no campo da justiça (BONFANTE, Pietro. *Storia del diritto romano*. V.I. Milano: Giuffrè, 1958, p.502-503). O processo assume feição essencialmente estatal, vinculada à autoridade do Príncipe, único legislador. “É conveniente que a majestade imperial seja não só ornada com as armas, senão também armada com as leis; ou nos tempos de paz ou nos tempos de guerra, possa bem governar”. (*Proêmio das Institutas do Imperador Justiniano*. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1952, p. 7. Ver, a propósito, ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943, p. 454). Justiniano, como fariam os soberanos tardo-medievais, apodera-se do *ordo iudiciorum*.

⁵² PICARDI, Nicola. *Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. In: *Jurisdição e Processo*. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69-70.

Ugo Petrônio, em ensaio de abertura da edição em italiano do *Code de procédure de 1808*, assinalou que “*il futuro ha un cuore antico*”, referindo-se ao fato de que a *Ordonnance* de 1667 constituía “a ossatura” do *code* napoleônico⁵³. De fato, a *Ordonnance* de Luís XIV continha muitos dos instrumentos de controle da magistratura que o legislador revolucionário incorporaria com entusiasmo ao seu *code de procédure*, não muito tempo depois, vertido paradoxalmente em garantia democrática para a superação do *ancien régime*. Nela faltava, entretanto, disposição expressa relativa ao dever de motivar, o que foi inserido expressamente, já no contexto da Revolução⁵⁴, a partir da Lei de 24 de agosto de 1790, que continha, em seu Título V, no art. 15, a seguinte disposição: “*a redação dos julgamentos, tanto na apelação quanto na primeira instância, conterà quatro partes distintas. Na primeira, os nomes e as qualidades das partes serão enunciados. Na segunda as questões de fato e de direito que constituem o processo serão colocadas com precisão. Na terceira, o resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que determinaram o julgamento, serão expostos. A quarta enfim conterà o dispositivo do julgamento.*”⁵⁵

A primeira Constituição republicana, de 1793, em que pese sua curtíssima vigência, seria em grande parte a base para a Constituição de 1795 (diretório) em matéria processual. Embora dispensasse maior formalidade procedimental, impunha, em seu art. 208, ao árbitro público, escolhido mediante eleição, o dever de motivar suas decisões verbalmente, ou mediante sucinta formulação escrita.⁵⁶

⁵³ PETRONIO, Ugo, *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codici de procedura civile de 1806*. Ensaio de abertura da coleção Testi e documenti per la storia del Processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. I Codici Napoleonici TI, Codici de Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2000, p. XLX. Idêntica observação faz VAN CAENEGEM, R. C. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, p. 10-11.

⁵⁴ Apesar de ser exigência descontinuada, os estados-gerais exigiam já anteriormente a supressão dos julgamentos não motivados, o que, todavia, somente depois tornar-se-ia realidade normativa. PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 561.

⁵⁵ Conforme aparece em MANCUSO, Fulvio. *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVII (Note in margine a studi recenti con il testo de una sentenza del 1299)*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLIX, n. 1. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995. p.285-310.

⁵⁶ PETRONIO, Ugo. *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codici de procedura civile de 1806*. Ensaio de abertura da coleção Testi e documenti per la storia del

O *Code de Procedure Civil* napoleônico de 1807, seguindo a linha já traçada, dispunha no Título VII, art. 141, que “a extensão da sentença deve conter o nome e sobrenome dos juizes e dos régios procuradores que tenham oficiado, como também o nome e sobrenome dos patrocinadores: o nome, sobrenome profissão e domicílio das partes, suas respectivas conclusões, a exposição sumária das questões de fato e de direito, os motivos que tenham determinado a decisão e o dispositivo”.⁵⁷ Posteriormente, a lei de 20 de abril de 1810 disporá em seu art. 7º “que os arestos que não contiverem os motivos serão declarados nulos”.⁵⁸

Como assevera Ugo Petrônio, o *Code* de 1806 fora concebido com a intenção de sepultar qualquer autonomia judiciária em relação às formas, segundo a lógica de que “tudo o que não está permitido está proibido”. A observância das regras contidas no código constituía “um dever sacro para o juiz”, com a finalidade de garantir a tão almejada unidade e uniformidade que a *Ordonnance* de 1667 não lograra obter, embora tenha representado significativos avanços, mantido em muitos aspectos pela legislação revolucionária, passando pela lei de 1790.⁵⁹ A introdução, ainda em 1790, do dever de motivação não é, a meu juízo, surpreendente ou mesmo vinculado exclusivamente aos novos ventos de democracia, habitualmente referidos como força motriz da legislação moderna. Parece-me, em perspectiva histórica, mais um instrumento voltado à superar a resistência ao cabresto legislativo em que perseverava uma magistratura cuja autonomia se fora restringindo desde a *Ordonnance* de 1667. É mais um instrumento de controle concebido com viés pragmático do que afirmação de um espírito democrático das leis revolucionárias em matéria de processo, com projeção de uma propalada função externa ou extraprocessual do dever de motivar, cuja análise crítica se fará oportunamente. É inequívoca a mudança de perspectiva que se opera mediante câmbio de referencial (a lei do rei sendo substituída pela lei

Processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. I Codici Napoleonici TI, Codici de Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2000, p.IX.

⁵⁷ *I Codici Napoleonici (Códice di procedura civile, 1806)*. Testi e documento per la storia del processo. A cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. Milano: Giuffrè, 2000, vol V.

⁵⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 562.

⁵⁹ PETRONIO, Ugo. *Il futuro ha un cuore antico. Considerazioni sul codici de procedura civile de 1806*. Ensaio de abertura da coleção Testi e documenti per la storia del Processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. I Codici Napoleonici TI, Codici de Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2000, p. XLIII.

do povo). A democracia que se afirma, todavia, embora outorgue fundamento diverso de legitimação para a lei, não implica câmbio apreciável no sentido de uma maior liberdade de conformação das decisões, na medida em que mantém os juízes submetidos aos mesmos parâmetros hermenêuticos e à mesma lógica monológica do sistema. A liberdade moderna e a isonomia que ela promove é em um sentido de sujeição, não de labor construtivo. A ampliação das formas de controle, mediante publicidade, permitindo fiscalização política da atuação, permanece exercida sob o restrito parâmetro de submissão aos desígnios do legislador.

b) A reforma de Frederico II na Prússia

Como refere Picardi, a administração da justiça nos países germânicos caracterizava-se pela total desordem. Os processos eram infundáveis e, desde o século XVII, a racionalização da atividade judiciária constituía uma preocupação. Houvera progressiva desagregação do processo comum e proliferavam as chamadas *lites imortales* que já ocupavam os estudos universitários.⁶⁰ Apontava-se, entre as causas do problema, ainda, um abuso da tradição dialética, potencializado pela baderna que imobilizava a atividade jurisdicional.

Frederico II seria responsável por importantes interventos legislativos voltados à racionalização da atividade judiciária, com ênfase para as reformas de 1793 e 1795 (*Allgemeine Gerichtsordnung*). Para Tarello, o modelo fredericano, assim como o prussiano de 1781 (de Giuseppe II), representa o modelo processual do despotismo iluminado. Além de outorgar maiores poderes de condução do processo, em uma tendência fortemente inquisitória, eliminando a característica dialeticidade que marcara o *ordo iudicarius* medieval⁶¹, a legislação prussiana

⁶⁰ PICARDI, Nicola. *Do iudicium ao processus*. In: Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.57-58.

⁶¹ “O novo *ordo* apresenta, em definitivo, um caráter ‘assimétrico’ enquanto fundamentalmente elaborado com base na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática. De resto Leibniz já tinha redimensionado a função do advogado sustentando que o juiz é, oficialmente, o ‘advogado geral das partes’”. PICARDI, Nicola.

manifestava a tendência burocrática-administrativa de estabelecer uma regulação onicompreensiva do procedimento e impor ao juiz a sua obediência.⁶² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira observa que “tal regulação deve-se principalmente à obsessão de Frederico, o Grande, quanto à responsabilidade dos advogados pelas condições pouco satisfatórias da justiça civil, razão pela qual procura a ordenança restringir a influência destes o mínimo possível, ampliando, em contrapartida o poder judicial. (...) O tão proclamado espírito prussiano, cunhado na obediência, retira do juiz toda resolução independente para que não erre o caminho, tudo está previsto no mais insignificante detalhe. Não deve duvidar, mas, se estiver acometido de alguma dúvida, impedido está de recorrer ao próprio juízo e até de escutar pessoas versadas em direito, devendo dirigir-se à comissão legislativa, a qual determinará como deve ser interpretada a lei”.⁶³

No que tange especificamente ao dever de motivação das decisões, a lei processual da Prússia, alterando a prática anterior instituída pelo *Codex Fridericanus Marchius* - que albergava manifestação acanhada do dever de fundamentação, sem qualquer publicidade, inclusive em relação às partes, sendo a motivação oferecida em regime de segredo e destinada apenas ao juiz da impugnação - a reforma judiciária iniciada em 1793 daria solução distinta à questão da publicidade da motivação, determinando que fosse redigida e levada ao conhecimento das partes. Segundo Taruffo, a motivação vinha determinada com a função de oportunizar às partes a análise da conveniência da impugnação, além de agilizar a apreciação da causa pelo juízo de segundo grau. Vislumbra, portanto, inexistir qualquer objetivo de democratização da atividade judiciária, no sentido de um controle social, senão uma função que define como “endoprocessual”, burocrático-administrativa.⁶⁴

c) A península Ibérica

Do iudicium ao processus. In: Jurisdição e Processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.66.

⁶² TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p.514.

⁶³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p.38.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 328-329. Sobre essa qualificação (endoprocessual/extraprocessual), vide *infra*, capítulo 4.

Espanha: como já se teve a oportunidade de assinalar, durante o largo tempo de vigência do direito comum na Espanha, muitos são os registros a indicar a persistência não apenas da prática da motivação, mas de leis impositivas de tal dever.⁶⁵

Não constitui novidade que pensamento liberal constitui inafastável ponto de partida para a generalização normativa de um dever que já fora prenunciado em outros momentos históricos, mas que não havia ainda se tornado “cláusula tipo” dos diplomas legais de um determinado tempo. A Espanha não estaria alheia ao fenômeno de ampla recepção normativa do dever de motivar as decisões judiciais nos séculos XVIII e XIX. Trata-se da afirmação, sob influência de um normativismo de corte positivista, frontalmente hostil ao arbítrio judicial, de uma forma de controle da vinculação dos magistrados à lei, a ser exercido pelos tribunais e pelo povo em geral, como se pode depreender dos amplos e longos debates pré-legislativos⁶⁶ iniciados já na primeira década do século XIX, mas que, todavia, somente se consolidaria passadas algumas décadas.

Com efeito, o *Decreto Real* de novembro de 1838 já determinava uma motivação *a posteriori* no caso de recurso de nulidade ao Tribunal supremo. Também alguns regramentos em matéria administrativa reconheceram o dever de motivar quando se tratasse de sentenças contenciosas.⁶⁷ Muito relevante foi a inserção, em 1829, do dever de motivar as sentenças mercantis, por meio do Código de Comércio (art. 1.213).

⁶⁵ Nesse sentido, além das referências já feitas, apontando legislações de vários reinos espanhóis, ORTELLS RAMOS. *Origen histórico Del deber de motivar las sentencias*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Elcano, 2000, p. 901-902. Com efeito, o Decreto Real de novembro de 1838 já determinava uma motivação *a posteriori* no caso de recurso de nulidade ao Tribunal supremo. ALISTE SANTOS, Tomas-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 122-123.

⁶⁶ Conforme transcrição que faz Aliste Santos de um pronunciamento de José de CEA durante as Cortes de Cádiz, em 1811, em que defende a motivação “para evitar todo resentimento, agravo o queja de los litigantes contra los tribunales, las Cortes Generales y Extraordinarias por ahora, y sin perjuicio de lo que se establezca em adelante, deseando quitar La malicia, fraude y arbitrariedad todo pretexto, y asegurar em lo publico la exatitud, celo y escrupulosidad de los magistrados (...)”. (p.109, nota 275). Com notícia do amplo debate, ALISTE SANTOS, Tomas-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 108-120.

⁶⁷ ALISTE SANTOS, Tomas-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 122-123.

A tais iniciativas, resistia a magistratura, suscitando disposição da *Novíssima Recopilación* que, durante um período de flagrante retrocesso na matéria, introduzira proibição de motivar as decisões ao incluir em seu texto a *Real Cédula* de Carlos III, de 1778. Não propriamente contra a motivação se insurgiam os juízes, considerando que tal prática não era estranha ao ambiente jurídico da época anterior, mas à estrita obediência à lei, cujo controle se dava pela motivação. Em matéria mercantil, entretanto, sensível ao influxo liberal, não tardou a se generalizar, como afirmação do novo direito, o dever de motivar, suplantando a inicial resistência, como explica Ortells Ramos.⁶⁸

A consagração viria em 1.855 com a *Ley de Ejuiciamento Civil*, em seu art. 333, assim também na *Ley de Enjuiciamento Civil* de 1881, art. 372.

Importada do modelo francês, já em 1838, a cassação pelo Tribunal Supremo espanhol estava limitada à *quaestio iuris*, embora, diferentemente da matriz francesa, não se limitasse à declaração da ineficácia do julgado, procedendo a novo julgamento, sem necessidade de reenvio. A cassação, portanto, centrou sua função em controlar a conformidade da decisão à lei, consistindo, a exemplo do que ocorreu em França, instrumento dessa vinculação.

Aliste Santos, em colocação precisa, pontua que o dever de motivação, no contexto desse racionalismo silogístico, punha acento na justificação dos juízos de direito, convertido em instrumento de aferição da vinculação dos juízes ao direito do legislador.⁶⁹ Desde cedo, portanto, renunciava-se o desprezo pelos fatos, responsável por tantas injustiças cometidas até nossos dias. O descaso com a motivação em matéria de fato segue sendo ponto sensível da construção do conteúdo material do dever de motivar, evidenciando a insuficiência do modelo liberal.

Portugal: os séculos XVIII e XIX veriam, também em Portugal, tomar corpo a renovação jurracionalista de progressiva secularização da ciência, liberta de seus

⁶⁸ ORTELLS RAMOS. *Origen historico Del deber de motivar las sentencias*. Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Elcano, 2000, p.609.

⁶⁹ ALISTE SANTOS, Tomas-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 133.

tradicionais fundamentos metafísicos. O discurso cientificista substitui o discurso unificador teológico e, ao mesmo tempo, de certa forma ameaça fragilizar a unidade que o direito comum construía ao longo de seus séculos de desenvolvimento e expansão. O jurista não é mais um crítico moral, ocupado do bom e do justo, senão cientista do direito em sentido moderno, e a lei é o objeto de suas preocupações. Mesmo quando, no âmbito das reformas pombalinas, o currículo consignava disciplinas como Direito Natural, fazia-o de forma planejada e orientada à afirmação dos ideais absolutistas, com nítida função política.

Serviu-se a empresa de obras precursoras como as do “estrangeirado” Verney e seu “Verdadeiro método de estudar”, uma crítica contundente ao método escolástico e em defesa da boa razão como instrumento de superação do viés teológico. O empirismo cientificista é proposto como via de progresso de uma ciência estagnada e, no que se refere ao estudo jurídico propriamente, propõe Verney uma aproximação com o jusnaturalismo. Mais tarde, os textos da reforma universitária fariam extensas referências a Grócio, Hobbes, Wolff, Pufendorf e Tomasius⁷⁰. Ademais, como observa Antônio Pedro Barbas Homem, o projeto político absolutista faria da crise de unidade oriunda da diluição do direito comum uma importante ferramenta ideológica para afirmar e legitimar a concentração e a assunção pelo monarca da tarefa de legislar autoritativamente, retomando a unidade e instrumentalizando-a com uma burocracia rígida e fortemente disciplinada⁷¹. A reforma pombalina em Portugal não espelha fenômeno muito distinto daquele que embalou a onda modernizadora do iluminismo europeu.

⁷⁰ Sobre a influência do jusnaturalismo racionalista em Portugal, entre outros, Mário Reis Marques. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002, p.119-170.

⁷¹ Vale salientar o regime da responsabilidade judicial estruturado nas Ordenações Filipinas, as quais expressamente impunham multa ao magistrado que não desse cumprimento às Ordenações (1.5.4). As penas eram extensivas aos advogados que procurassem contra a lei. Cominada era a nulidade da sentença que julgasse contra direito expresso (O.F. 3.75). O mais relevante, todavia, é o que dispunham as ordenações Filipinas 3.66.7, norma segundo a qual o magistrado que omitisse a fundamentação das sentenças ficaria obrigado ao pagamento de multa, o que valia igualmente para os magistrados dos tribunais superiores. Tal determinação somente é plena de sentido se admitidos os pressupostos de vinculação à lei e imposição de um dever de motivar, com assento nas mesmas Ordenações de forma bastante explícita. HOMEM, Antônio Pedro Barbas. *Judex Perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 653-654.

A *Lei da Boa Razão* de 1768, “pejada de modernidade”, e, depois, o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra* (1771), seguido dos Estatutos da Universidade de Coimbra (1772), no contexto da reforma pombalina, desmantelaram o sistema intelectual escolástico, propondo uma nova teoria do conhecimento científico, lastrada em uma diversa lógica, possibilitando uma ciência do direito nacional dedicada à hermenêutica das leis do soberano, *ratio scripta* com fundamento no direito natural, distanciando-se do método retórico-prudencial do medievo e o “labirinto” a que, segundo os modernos, conduzira. Mesmo as fontes subsidiárias, como o direito romano e o costume, deveriam submeter-se ao crivo da boa razão. Recomendava-se que o direito romano fosse interpretado segundo o *usus modernus pandectarum*⁷², em substituição ao *mos italicus*, banida a autoridade da glosa e dos comentários. O costume, como fonte subsidiária, deveria restringir-se àquele que estivesse de acordo com a boa razão, tivesse mais de cem anos e não contrariasse, “em cousa alguma”, as leis do reino.

O príncipe seiscentista avesso a mudanças é substituído pelo monarca iluminista, que em sua sanha reformadora não apenas se apropria da atividade legislativa de forma marcadamente voluntarista, como também prepara uma burocracia oficial, fomentada técnica e ideologicamente por meio da universidade. Poder e razão concentrados na figura de um rei legislador, não submetido aos desvios da *opinio communis doctorum*, nem sempre afeita aos desígnios de seu soberano. As glosas, de tão prestigiada memória, são decididamente banidas da prática, inquinadas de “juízos errantes”. O Pombalismo, aliás, teve sempre o cuidado de expurgar qualquer arroubo racionalista que pusesse em constrangimento o projeto absolutista, resguardando “alguns núcleos centrais da cultura tradicional, nomeadamente aqueles mais lisonjeiros para a manutenção do poder absoluto”.⁷³

Letra e espírito da lei integram-se em um único sentido possível, do qual apenas o legislador pode dar testemunho autêntico. Curiosa a nota de Mário Reis

⁷² GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português. Fontes do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p. 455-471. Entre nós, CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009, p.153-155.

⁷³ Mário Reis Marques. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 148.

Marques, no sentido de que “quando, no século XIX, se passa da legislação do Estado absoluto para a dos Parlamentos das monarquias constitucionais, a interpretação autêntica mantém-se com base na *fictio* de que o tradicional legislador sobrevive nas Câmaras legislativas, legislando e interpretando de acordo com o princípio justinianeus (C. 1, 14, 12, 5)”.⁷⁴

É nesse contexto que a Lei da Boa Razão reaviva aspectos da tradição, em especial disposições das Ordenações do Reino e das leis pátrias, realizando, todavia, não a velha leitura escolástica, mas sim uma leitura que converge para as “novas regularidades desejadas” e cujas palavras “mando que sejam sempre bem entendidas”, como consignava a lei.⁷⁵ O sentido das palavras da lei, ademais, longe da heterogeneidade das opiniões, passa a ser aquele que vem fixar os assentos da Casa da Suplicação.⁷⁶

Segundo Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, embora estivesse o absolutismo iluminado imbuído de sanha modernizadora, da qual derivariam iniciativas de reforma legislativa, houve uma retração substancial em vista da Revolução de 1789 na França e da grande inquietação que a ela se seguiu. O Príncipe reformador refreou seu ímpeto e, na realidade, percebia-se já uma inocultável tensão entre o modelo da monarquia absoluta e aquele influenciado pela filosofia liberal, caracteristicamente desconfiada do poder político e fortemente propensa a impor-lhe limites. Em outras palavras, dúvidas havia sobre a aptidão do Príncipe para a condução do processo modernizador e ampliador das liberdades, das formas de representatividade e de construção de monarquias constitucionais autênticas, com separação de poderes e o reconhecimento de direitos individuais.⁷⁷

Embora já presente no iluminismo português, a preocupação com a pluralidade de fontes, o que constituía grande preocupação na Lei da Boa Razão,

⁷⁴ Mário Reis Marques. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 141, nota 230.

⁷⁵ Mário Reis Marques. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002, p.161-162.

⁷⁶ Sobre o tema dos Assentos, inclusive sobre sua origem, a obra referencial de António Castanheira Neves. *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos tribunais*. Coimbra: 1983.

⁷⁷ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Fontes do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p.493-495.

não havia ainda Portugal logrado resolver tal problema de forma satisfatória. Como se pode colher em Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, citando Borges Carneiro, a multiplicidade de leis absolutistas, acometidas da “mais viva comichão de querer governar em tudo”⁷⁸, gerou também forte assistemática do direito, pouco contribuindo para uma reordenação virtuosa das fontes.⁷⁹ O deslocamento da corte para o Brasil em 1808 tornaria ainda mais complexo e indefinido o processo de reformas.

O período codificador só viria a reboque da revolução de 1820, mesmo assim apresentando resultados consistentes mais tarde, sendo o Código Civil sancionado em 1867 e o Código de Processo Civil apenas em 1876, precedido por sucessivas reformas judiciais, respectivamente em 1832, 1837 e 1841.⁸⁰

De inspiração individualista e liberal, como todos os seus congêneres, trazia o primeiro Código de Processo Civil português a consagração de princípios modernos tidos como característicos do período pós revolução francesa. A publicidade dos atos e termos do processo vinha imposta no art. 59, a livre apreciação da prova encontrava assento nos arts. 2.416 a 2.419 e o dever de motivar as decisões interlocutórias ou finais, que é de grande relevância para o presente estudo, vinha expresso no art. 96 do diploma processual lusitano.

1.4. Sobre as funções endoprocessual e extraprocessual: proposta de uma nova designação

⁷⁸ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. História do direito português. Fontes do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p. 499.

⁷⁹ A valorização da lei como fonte e o aumento da cadência legislativa não foi o bastante para promover a esperada uniformidade do direito em terras portuguesas. O estilo legislativo era carregado de conteúdo disciplinar mas, por vezes, carente de conteúdo regulativo, de jaez acentuadamente retórico mas de parca clareza e sistematicidade. ESPANHA, Antonio Manuel. Justiça e litigiosidade história e prospectiva. Lisboa Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p.16.

⁸⁰ GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. História do direito português. Fontes do direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2006, p.505.

A bipartição aurida na obra seminal de Taruffo, e generalizada na doutrina sem maiores objeções⁸¹, que faz referência às funções “endoprocessual” e “extraprocessual” da motivação das decisões judiciais, constitui o ponto de partida conceitual da análise que se seguirá.

Fazendo um apanhado da herança iluminística, no que tange ao dever de motivação, Taruffo refere tratar-se de um “estímulo polivalente”, identificando duas linhas de análise que corresponderiam, basicamente, a duas funções e suas respectivas consequências em relação à forma de publicidade dos motivos da decisão.

a) Função endoprocessual

A função endoprocessual vincula-se à racionalização da justiça, seja por via da uniformização da jurisprudência e da criação de precedentes orientadores (que o autor identifica em algumas leis italianas como a do Piemonte, de 1770, e de Modena, de 1771), seja por via da organização da atividade judiciária mediante “colocação precisa de qualquer órgão jurisdicional dentro da estrutura centralizada do Estado”. Em outras palavras, mediante a “burocratização da justiça”. Essa é, segundo ele, a perspectiva típica do absolutismo iluminado, consistente no “controle da autoridade central sobre o juiz”, apontando como exemplos marcantes o *Codex Fridericanus*, na Prússia, e o código de Giuseppe II, na Áustria.⁸² Por cumprir apenas uma função “endoprocessual”, não haveria a imposição de publicidade da fundamentação “na medida em que a finalidade de controle burocrático sobre o juiz pode ser obtida mesmo em regime de segredo dos motivos”.⁸³ Trata-se de uma função essencialmente técnica, vinculada à impugnabilidade da decisão e controle pelas pessoas do processo.

b) Função extraprocessual

⁸¹ Assim, por exemplo, na doutrina brasileira, CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987;

⁸² Com âmbito bastante limitado na lei austríaca, sendo a motivação restrita às sentenças impugnáveis, a pedido da parte, sendo, no mais, vedada a fundamentação.

⁸³ TARUFFO, Michele. *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*. In: *Rivista di diritto processuale* Padova: CEDAM, 1974, p. 294.

Em uma segunda concepção, típica da França revolucionária, a obrigatoriedade da motivação estaria vinculada à ideologia democrática da justiça, no sentido de que corresponderia à pretensão de controle democrático da atividade do juiz, daí a plena publicidade que acompanhava o dever de motivar. Ele considera a positivação do dever de motivar na França “um resultado autônomo e original da ideologia democrática da justiça que emerge no âmbito da revolução mesma”.⁸⁴ Assinala, ainda, que a motivação fora estranha à prática do *ancien régime*, surgindo apenas em 1790, já como produto do ambiente revolucionário, sem que tenha sido, em momento anterior, sequer objeto de debate ou preocupação por parte dos *philosophes* do iluminismo francês. Dessas premissas, extrai Taruffo a conclusão de que a positivação do dever de motivação na França “não foi um fruto da cultura iluminística em si considerada, mas sim um componente da ideologia democrática que se pôs em antítese à própria ideologia iluminística do despotismo centralístico e burocrático”. Arrematando, vislumbra na concepção democrática do dever de motivar, com primazia da função “extraprocessual”, a “mais coerente e mais moderna, e é aquela que, em substância, está à base das atuais normas constitucionais sobre a obrigatoriedade da motivação”.⁸⁵

A sistematização proposta por Taruffo, reproduzida largamente pela doutrina, não está isenta de objeções, o que impõe o exame de alguns de seus pressupostos. Necessário, inicialmente, que se ponha em questão a própria utilização das expressões endoprocessual/extraprocessual.

Fica evidente, já em uma perspectiva etimológica, o pressuposto de que a função endoprocessual da motivação esteja vinculada a aspectos internos ao processo e relativos às pessoas que dele diretamente participam. Assim, por exemplo, teria por finalidade oportunizar a impugnação e informar as razões da decisão para que possa a jurisdição hierarquicamente superior apreciar sua justiça e a consistência dos seus fundamentos. Relaciona-se a função endoprocessual à vocação nomofilática da jurisprudência dos tribunais, na medida em que fixa limites consistentes à liberdade judicial nas instâncias inferiores, determinando o sentido

⁸⁴ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 325.

⁸⁵ TARUFFO, Michele. *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1974, p. 295.

em que as normas devem ser compreendidas a partir do texto do enunciado normativo. A função extraprocessual, a seu turno, proporciona o controle político da atuação do Poder Judiciário, desempenhando papel essencial no equilíbrio democrático dos poderes.

Daniel Mitidiero⁸⁶ anota que a expressão “extraprocessual” em nada auxilia a compreensão do dever de motivação no contexto do constitucionalismo contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais processuais. A intuição, por certa, merece maior desenvolvimento. Na realidade, a crítica volta-se à utilização da expressão extraprocessual para designar função que é essencial ao processo contemporâneo, de viés colaborativo e democrático.

Taruffo afirma que a concepção “extraprocessual” é a que melhor se amolda ao sentido que é atribuído ao dever de motivação no atual panorama constitucional. Impõe-se observar, todavia, que ao designar “extraprocessual” a função de controle democrático da atividade do juiz, está, em realidade, entendendo que a legitimação que se busca por via da motivação é fenômeno externo ao processo e não algo que lhe é próprio e essencial. Se o dever de motivação é constitutivo do “processo justo”, direito fundamental com assento constitucional, não pode ser jamais “extraprocessual”, senão algo que é da essência do processo, face dinâmica da própria força normativa das constituições democráticas contemporâneas. O pressuposto de que o dever de motivar assume uma função que transcende o interesse das pessoas do processo, como elemento de legitimação democrática, não justifica, de forma alguma, a pecha de “extraprocessual”. É, ao contrário, nuclear à noção de justo processo, não podendo dele ser expulsa sem reduzi-lo a muito pouco, nada talvez.

Em segundo lugar, agregando, parece lícito perquirir se as concepções “endoprocessual” e “extraprocessual” do dever de motivar, no sentido em que propõe Taruffo, são reciprocamente excludentes (“contraditórias”, conforme afirma). Se de um lado não se pode vislumbrar na legislação prussiana, e de modo geral nas legislações absolutistas, qualquer preocupação com um “controle do juiz por

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137, nota 23.

parte da opinião pública”⁸⁷ – que, segundo Taruffo, caracteriza a concepção “extraprocessual” - o inverso não parece verdadeiro. Além da função de legitimação da decisão perante a opinião pública a motivação realiza funções que o autor assimila à concepção “endoprocessual”, quais sejam a racionalização da atividade judiciária por via da formação de precedentes – para o que se impõe a revelação da *ratio decidendi* – ou, ainda, dar às partes a possibilidade de analisar a conveniência da impugnação do julgado e informar o controle hierárquico da atividade do juiz pelas cortes superiores. Embora tudo leve a crer que Taruffo tenha presente tais funções, mesmo na perspectiva democrática (“extraprocessual”, como designa) do dever de fundamentação, nada menciona ao analisar o viés francês do dever de motivar, dando a entender que a motivação não teria na França a função “endoprocessual” que caracterizou o modelo iluminista. Parece-me que a construção deva ser compreendida de modo não excludente, mas em relação de complementaridade. A oposição somente tem sentido na tarefa de demonstrar, como faz Taruffo, a existência de concepções distintas (a do iluminismo e a revolucionária) sobre o dever de motivar. Com as ressalvas feitas, a relação é de complementaridade entre a função política e a função técnico-processual da motivação.

O trabalho, sendo conseqüente com as observações feitas, irá designar a chamada função endoprocessual e extraprocessual, respectivamente: a) função dialética (ou de contraditório) – vinculada ao exercício do contraditório, abarcando o direito de impugnação; abarcando o direito de ter as partes suas razões examinadas, seja pelo juiz, em face das alegações opostas, seja pelo Tribunal, em face da decisão recorrida. b) e função política (ou de publicidade) – vinculada ao necessário conhecimento e análise crítica da comunidade em que se insere, estando, ainda, diretamente relacionada à promoção do valor da segurança jurídica, entendida aqui como cognoscibilidade, estabilidade, e aplicabilidade dos critérios de justiça.

⁸⁷ TARUFFO, Michele. *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*. Padova: CEDAM, 1974, p. 295.

1.5. Vinculação do juiz à lei e dever de motivação: uma reflexão crítica sobre a virtude democrática da concepção moderna do dever de motivar

O ponto mais complexo da proposta de sistematização de Taruffo é aquele que identifica na concepção “extraprocessual” do dever de motivar algo que deriva exclusivamente do espírito democrático que embalou os ideais revolucionários e que apenas remotamente estaria vinculado ao ideário do iluminismo.

Tem razão Taruffo ao vislumbrar no modelo francês de acolhimento do dever de motivar um componente verdadeiramente novo, democrático, que se caracteriza pelo regime de ampla publicidade. Se esse dado autoriza, por si só, a afirmação de que seria essa uma manifestação totalmente original do instituto, cujos vínculos com o racionalismo e com o pensamento iluminista só podem ser estabelecidos como “um pano de fundo demasiado genérico”, é questão a examinar.

O dever de motivar surge na França exatamente no momento em que se afirma o primado da lei como fonte altamente privilegiada do direito, associada à vedação à atividade interpretativa do juiz. Testemunha privilegiada do ambiente europeu entre os séculos XVII e XVIII, Voltaire proclamaria “que toda lei seja uniforme, precisa: interpretá-la é quase sempre corrompê-la.”⁸⁸ Escrevendo justamente sobre o estilo de fundamentação praticado na França, Giacomo Oberto pontua que a ideia da contenção, tanto quanto possível, do arbítrio judicial vem realçada pelos *philosophes* iluministas - tanto na França como na Itália - os quais, confrontados com um poder visto como expressão de uma vontade despótica e caprichosa, deram sustentação teórica à instituição do *référé législatif* na França revolucionária, em 1770, determinando que o legislador fosse consultado caso o juiz não estivesse seguro quanto ao sentido da lei ou, ainda, quando houvesse lacuna ou obscuridade. O instrumento seria mais tarde eliminado em razão de sua impraticabilidade, dado o volume de consultas, “ao ponto em que o Código de Napoleão, dando prova de um realismo (ou de um cinismo) próprio de qualquer legislação moderna, vetou ao juiz excusar-se com um *non liquet* sempre que a lei

⁸⁸ VOLTAIRE. Dicionário filosófico. São Paulo: Martin Claret, 2008, p.339. Verbetes “leis civis e eclesiásticas”.

fosse ‘silenciosa, muda ou insuficiente’⁸⁹. A origem do *référé*, todavia, pode ser buscada ainda mais cedo, na *Ordonnance* de 1667 que, em seu art. 7º, Título I, previa a consulta ao soberano ou, ainda mais remotamente, no direito romano da *cognitio extra ordinem*, por via da *consultatio*, na forma da *relatio ad principem*.⁹⁰

Em suas manifestações históricas, os processos de centralização do poder, com reivindicação pelo soberano da exclusividade da atividade legislativa, têm na vedação da *interpretatio* manifestação típica e recorrente (assim no direito justiniano, assim no absolutismo monárquico e mesmo na França pós-revolução⁹¹). Embora sua feição democrática, no que tange à produção legislativa, não mais sujeita à potestade do soberano, a sujeição do juiz às leis produzidas pelo parlamento e o primado da lei como fonte do direito seriam também características marcantes do modelo do *Etat Legal* pós-revolucionário.

Embora a intenção firme de ruptura com o poder soberano do *ancién regime*, a modernidade revolucionária não hesitou em se servir dos modelos de contenção do arbítrio da magistratura, típicos do absolutismo monárquico e, ademais, conhecidos desde o direito justiniano. A coloração ideológica e a diferença dos discursos não têm o condão de nublar a percepção de que, em essência, os instrumentos do controle são rigorosamente os mesmos, ressalvado o tratamento dado à publicidade da fundamentação, componente, esse sim, exclusivo de uma ideologia democrática, mas insuficiente, a meu ver, para justificar a pretensão de Taruffo de que a solução francesa revolucionária, em matéria de fundamentação

⁸⁹ OBERTO, Giacomo. *La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici*. Disponível em <http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/6218/procedura.htm>. Acesso em 20/07/2009.

⁹⁰ (C. 1.14.12) : “*leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet ... tam conditor quam interpret legum solus imperator iuste existimabitur*”. Ou, ainda, “*Si ... ambiguum fuerit visum, hoc ad imperiale culmen per iudices referatur, et ex auctoritate Augusta manifestetur, cui soli concessum est leges et condere, et interpretari*”. Informa Guarino que Justiniano em defesa de sua obra vetou severamente qualquer atividade de comentário aos Digesta, cominando pena de *deportatio*. Pretendia, com isso, evitar o perigo de uma ulterior corrosão do *iura*, em cuja salvação tanta tenacidade empregara. GUARINO, Antonio. *L'ordinamento giuridico romano*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1956, p.271.

⁹¹ “O inocente medo da interpretação é comum a quase todos os legisladores (até o terrível cérebro de Napoleão alimentou esse medo) e representa quase uma exigência do entusiasmo legislativo”. BONFANTE, Pietro. *Historia del derecho romano*. V. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944, p. 77.

das decisões, represente “um resultado autônomo e original da ideologia democrática da justiça que emerge no âmbito da revolução mesma”.⁹²

Taruffo considera acidental, secundário, o traço comum que em muito aproxima o juiz francês pós-revolucionário do juiz burocrata prussiano, produto da estrutura política e filosófica do despotismo iluminista: em ambos os casos o dever de motivação atua como limitação do poder do juiz de conformar e aplicar o direito fora dos parâmetros ditados pela autoridade legislativa. Em ambos os casos, a figura é de um juiz domesticado, que exerce um “poder nulo”⁹³. O dever de motivação aparece na França revolucionária como expressão de um princípio geral de submissão do juiz à lei e o juízo concebido como uma operação silogística característica do formalismo iluminista.

Não por acaso, aliás, é reconhecida a instituição do *Tribunal de Cassation* como emanção do poder legislativo com função de conformação das decisões judiciais à legalidade, impondo-se a irrestrita publicidade como forma de garantia do exercício – que é jurídico, mas primordialmente político – desse controle. Assentando as bases históricas do *Tribunal de Cassation*, surgido na França revolucionária em 1790, Calamandrei, em sua clássica obra, atesta que “seu núcleo central é um vestígio procedente do *ancien régime*”. Para Calamandrei, “o definitivo triunfo do absolutismo centralizador sobre as tendências desregadoras do feudalismo havia já generalizado em França, sob o *ancien régime* a ideia de um controle único que desde a cúspide do Estado vigiasse o reto funcionamento dos múltiplos órgãos jurisdicionais”. O controle a ser exercido pelo Tribunal está fundado sobre o velho conceito, “comum às antigas monarquias e consequência da ideia de absolutismo”, de exercer um poder de inspeção e revisão sobre os juízes inferiores. “A ideia de um controle central sobre toda a administração da justiça não surgiu, portanto, das teorias revolucionárias, estava já formada sob o *ancien régime*”. *La garde des corps des lois* foi sua missão desde a origem, como já fora outrora do *Conseil des parties*. Guardar o corpo de leis contra quem, senão contra

⁹² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 325.

⁹³ Nesse sentido também MANCUSO, Fulvio. *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVII (Note in margine a studi recenti con il testo de una sentenza del 1299)*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLIX, n. 1. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 287-288.

a magistratura, contra “aqueles corpos judiciais demasiado potentes que com tanta pertinácia se haviam colocado contra o poder soberano”. “A experiência da indisciplina dos juizes, tão ameaçadora sob a monarquia, aconselhava a manutenção de semelhante conselho disciplinatório”.⁹⁴

Embora cometendo a imprecisão histórica de afirmar que na França revolucionária o dever de motivar as decisões tenha sido uma “novidade absoluta na história”, Eduardo Garcia de Enterría refere também que o dever de motivar e o controle da cassação têm como escopo o controle da vinculação do juiz à lei. Indo mais adiante, lembrando Benjamim Constant, refere que mesmo quando restauradas as monarquias, essa vinculação, garantidora da “liberdade dos modernos”, foi preservada, tendo sido assim na França, Itália, Bélgica e Espanha após a morte de Fernando VII.⁹⁵

O que vem de ser dito já é suficiente para por em destaque justamente aquela função “endoprocessual” do dever de motivação que Taruffo considera característica do modelo do absolutismo iluminado, qual seja a de permitir o controle hierárquico e permitir a articulação de eventual irresignação tendo por base a lei do soberano. Troque-se o soberano pelo legislador revolucionário e ver-se-á o mesmo fenômeno, a mesma vontade de controle, a mesma função de domesticar a magistratura e moldá-la ao exercício de um “poder nulo”. O aspecto novo, efetivamente, é o de proporcionar o controle geral sobre a atuação da magistratura em vista das leis do povo.

Ao apontar, todavia, a virtude democrática da motivação na França revolucionária, impõe-se observar que na França revolucionária “não se dá plena substância ao dever de motivação que encontra a própria identidade em um

⁹⁴ “Ademais, que o *Tribunal de Cassation* é, ao menos em sua parte exterior, um sucessor do *Conseil des parties* criado pelo ancien régime, está demonstrado pela continuidade com que tem lugar a transição de um a outro instituto, de forma que o *Conseil des parties* somente cessou suas atividades no momento em que o *Tribunal de Cassation* se mostrou disposto a recolher imediatamente sua herança.” CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I, vol. 2. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. EJEJA, 1945, p.18.

⁹⁵ ENTERRIA, Eduardo Garcia de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, La ley y el juez. Dos estudios*. Cuadernos Cívitas. Madrid: Civitas, 1997, p. 38-41.

perigoso jogo de silogismos”⁹⁶. Ademais, “se a verdade é subordinada à vontade, os princípios dialéticos do processo (oralidade, publicidade, contraditório) podem ter apenas um reconhecimento formal”, como anotaram Picardi e Giuliani.⁹⁷ Poder-se-ia, sem temer qualquer traição aos autores, incluir entre os princípios dialéticos do processo o dever de motivação, que, em uma concepção não apenas formal, mas também substancial de processo democrático exige mais do que a mera expressão da legalidade. Os princípios dialéticos do processo, a que se referem Picardi e Giuliani, são justamente aqueles que outorgam um perfil democrático ao processo, de participação efetiva das partes na gênese do ato de poder. A mera garantia de legalidade, limite da concepção “democrática” que ressaí do modelo francês de motivação, está muito aquém do que se pode conceber contemporaneamente como um modelo democrático de processo e mesmo de fundamentação das decisões judiciais.

Tem plena razão Taruffo ao afirmar que o pensamento iluminista e o movimento codificador, embora tenham influenciado diretamente o desenvolvimento do dever de motivar, principalmente no que respeita à sua generalizada positivação, não constituem ponto de referência exclusivo e tampouco suficiente para uma projeção histórica do dever de motivar, que é, como vimos, fenômeno mais antigo e variado, não conducente a uma única explicação e, ademais, resistente a aproximações demasiado objetivantes. Tem razão também ao afirmar que mesmo no ambiente do final do século XVII ao início do século XIX e, portanto, ao longo do processo de codificação, não é possível identificar um único sentido e função atribuível ao dever de motivar.

O iluminismo constitui, todavia, momento de convergência irrecusável no qual o dever de motivar está posto a serviço da submissão do poder dos juizes ao desígnio do legislador. Embora a sanha de ruptura com a tradição, não hesitaram os legisladores revolucionários do processo em se servir dos velhos instrumentos de controle da magistratura, e o dever de motivação aparece, sem dúvida, como

⁹⁶ MANCUSO, Fulvio. *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVII (Note in margine a studi recenti con il testo de una sentenza del 1299)*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLIX, n. 1. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, p. 288.

⁹⁷ GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995, p.10, nota 16.

um deles. Wieacker bem observa o fato de que os códigos “em França e nas áreas de seu domínio de influência, foram levados à prática pelos portadores da revolução política enquanto no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido”⁹⁸ Não se impõe a conclusão de que a solução francesa não guarda relação estreita com aquela do absolutismo iluminado, em que pese seu viés democrático. Ocorreu na França, como em muitas nações europeias, inclusive naquelas em que o absolutismo tardou a retroceder, uma apropriação do arsenal de formas de controle da magistratura já desenvolvidas ao longo do século XVIII e que, na França, foram ampliadas e postas a serviço da ideologia revolucionária. Observe-se, a partir de Wieacker, que os governantes europeus, mesmo em terras ainda sob regime absolutista, não hesitaram em valer-se dessa nova “técnica”, que a retórica revolucionária convertera em garantia democrática. Tampouco, como vimos, recusou o poder revolucionário o legado absolutista de controle político por via da imposição de estrita legalidade e todas as suas formas de controle. Nenhuma delas, se bem vistas, inéditas historicamente.

Suscitar, em perspectiva histórica, a discussão sobre a virtude democrática do dever de motivar tal como compreendido em França, implica perceber que, sob o fundamento democrático, a Revolução apropriou-se de métodos de controle e sujeição da magistratura por demais conhecidos do absolutismo iluminado. As referências à exigência de motivação como um fenômeno novo, inteiramente original, com origem nas revoluções liberais, deixam na sombra o fato de que se trata de instituto conhecido já pelas leis theodosianas e de relevante tradição mesmo no direito comum. Isso não implica negar que a imposição de publicidade dos atos do processo, e em especial das decisões, tenha um viés democrático, vinculado à legitimação do ato de poder, que atribui à motivação francesa aspecto peculiar e novo. Todavia, a legitimação no sentido moderno se exaure na mera aferição da vinculação do juiz à lei, consistindo apenas em mais um instrumento para tanto, com importantes antecedentes históricos. As nações absolutistas, aliás, incorporaram tal instrumento sem grandes vacilações, cientes de que configurava relevante forma de controle político pela via do controle do direito e da atuação jurisdicional, nos estreitos limites da lei.

⁹⁸ WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 366.

Ademais, o *Code* de 1806, com seu “*antico cuore*”, seria entregue à França pela cabeça já coroada de Bonaparte, fruto do labor de seus escolhidos legisladores. Mesmo depois da Restauração, seguiria incorporado ao arsenal dos meios de controle da magistratura, a demonstrar que nem sempre o toque revolucionário produz ferramentas do mais puro ouro democrático. Mesmo que assim fosse, de lata ou de ouro, segue sendo o freio a conter o ímpeto judicial, sob as rédeas firmes do legislador.

A essa altura, seria possível desconfiar das intenções deste escrito, que parece envolver em bruma a ideia de que o dever de motivar as decisões judiciais seja essencial a um direito democrático, compatível com o atual desenvolvimento do processo justo, com assento na grande maioria das constituições democráticas contemporâneas. Tal julgamento seria, de fato, equivocado e despegado do objetivo do trabalho. O que efetivamente se busca afirmar, a partir de uma perspectiva histórica, é que, ao contrário do que parece ser assente na doutrina sobre o tema, a concepção moderna do dever de motivar não é suficiente e sua persistência é, em grande medida, responsável por muitos dos problemas que hoje impedem que se vislumbre o conteúdo material do dever jusfundamental de motivar as decisões judiciais.

Reverter sedimentos, fustigar uma jurisprudência cansada e devolver ao debate o vigor necessário são as tarefas às quais me lanço, buscando contribuir para uma melhor clarificação do problema, em vista das questões contemporâneas que ele suscita.

1.6. Evolução legislativa do dever de motivar no Brasil

A intenção do presente capítulo é a de informar sobre a evolução legislativa do dever de motivação das decisões judiciais, o que explica a ausência de maior aprofundamento ou análise crítica. Ao longo do trabalho, como se verá, muitos dos dispositivos ora referidos receberão tratamento mais específico no sentido de uma devida contextualização e significação histórica e normativa.

José Rogério Cruz e Tucci incumbiu-se de historiar a evolução legislativa do dever de motivar no Brasil, desde as fontes lusitanas até o código de 1939, em obra que tinha como um de seus objetivos centrais fomentar a constitucionalização do dever de motivação, o que ocorreria apenas em 1988.

É sabido que, embora o Brasil tenha se tornado independente de Portugal em 1822, a legislação do colonizador permaneceu em vigência, por força de lei, até que progressivamente, fossem substituídas por leis brasileiras à medida que as instituições fossem sendo estruturadas para tanto. No que tange ao processo, seguiu em vigência entre nós as Ordenações Filipinas, que, em seu Livro III, tratava do direito processual. Embora, como já tivemos oportunidade de demonstrar, as Ordenações Filipinas contivessem dispositivo impondo a motivação das decisões, o Ministro Clemente Ferreira França preocupou-se de fazer ainda mais explícita a determinação, mediante lei de 1824 que obrigava os magistrados a apontar “circunstanciada e especificamente, as razões e fundamentos das mesmas”. A lei evidenciava, ainda, a dupla função de dar a conhecer os motivos às partes e dar base a eventuais impugnações.⁹⁹

A primeira lei nacional, afora aquela que meramente explicitara o dever contido nas Ordenações, que efetivamente continha regramento sobre a motivação das sentenças, foi o Regulamento n. 737 de 1850, inicialmente promulgado para disciplinar o processo nas causas comerciais e, posteriormente, com a proclamação da República (1890), mediante o Regulamento n. 790, tornado o diploma aplicável em geral também para as demandas cíveis. A matéria vinha regulada no art. 232, pelo qual “a sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgamento, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda”.

⁹⁹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva 1987, p.54. A obra prestou sua importante contribuição no esforço de constitucionalização do dever de motivação das decisões judiciais no Brasil. Também MOREIRA, Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito*. In temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.83-86.

A orientação seguiria firme quando da Consolidação de Antônio Joaquim Ribas (1856), art.487, e, em 1905, seria também objeto de norma contida no Decreto n. 5.561, art. 234, pela qual seriam nulos os acórdãos, sentenças ou despachos meramente remissivos às razões das partes ou a outra decisão. Voltava-se a preocupação, portanto à vedação da *motivação per relationem*, embora, conforme o autor, a jurisprudência era bastante tolerante com a prática, repugnando apenas as sentenças proferidas *aliunde*.¹⁰⁰ O Decreto n. 9.263 de 1911, art. 259 poria fim à dúvida, adequando a lei à orientação jurisprudencial fixada majoritariamente.

A Constituição republicana de 1891, ao permitir que os Estados-Membros legislassem em matéria processual, inaugurou período de codificações estaduais as quais, de modo geral, seguiram no particular a orientação já desenhada nas leis imperiais, com destaque para o regulamento 737, não inovando substancialmente, salvo alguma variedade de adjetivos, e, conforme as transcrições que faz José Rogério Cruz e Tucci, alguns referindo com maior acuro a nulidade decorrente da violação do dever de motivar.¹⁰¹

Ao concentrar novamente a competência para legislar em matéria processual, a Constituição de 1937 foi impulso determinante para o surgimento, em 1939, do primeiro Código de Processo Civil brasileiro, o qual, mantendo-se alinhado, nesse particular, com a anterior tradição, disciplinou o dever de motivação das decisões judiciais em seu art. 280. Com efeito, o inciso II determinava que a sentença deveria conter “os fundamentos de facto e de direito”.

Já devidamente assentado na legislação pátria desde as Ordenações Filipinas, o dever de motivação chegou ao Código de Processo civil de 1973, reafirmado em vários dispositivos.

Nos termos do art. 165, “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”. O art. 458, II estabelece como requisito essencial da sentença a

¹⁰⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva 1987, p.58.

¹⁰¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva 1987, p.59.

indicação dos “fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. No caso das sentenças terminativas, o juiz deverá “decidir de forma concisa”, nos termos do art. 459. Vinculando o sistema de livre apreciação da prova à motivação, essencial para a compreensão do dever de motivar as resoluções judiciais sobre os fatos, determina o art. 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. As decisões antecipatórias de tutela conforme a dicção do art. 273, § 1º, o juiz indicará “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”. No mesmo sentido, o art. 461, §3º dita que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. O art. 478, tratando da decisão em incidente de uniformização de jurisprudência, determina caber “a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada”.

A consagração constitucional do dever de motivação das decisões, no plano constitucional, somente viria com a Constituição de 1988 que, em seu art. 93, IX, assim estabelece, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a sua presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

Sobre a importância e significado da constitucionalização do dever de motivar e sua natureza jusfundamental, trataremos com o devido vagar no capítulo que se segue.

2. Dever de motivação no Estado Constitucional contemporâneo

O capítulo que segue volta-se à contextualização do dever de motivar no estado Constitucional contemporâneo, inserindo-o no contexto de um processo de feição colaborativa, informado por um formalismo-valorativo, em que as relações entre o juiz e o direito e entre o juiz e o jurisdicionado apresentam características bastante diversas daquelas que identificam o processo moderno, de feição assimétrica e cujo formalismo era idealmente neutro em relação a valores.

Recolocada a questão sob o prisma do processo estruturado a partir de direitos fundamentais, será estabelecida a natureza jusfundamental do dever de motivação das decisões judiciais e estabelecida as suas íntimas conexões com o processo justo, em especial com o direito fundamental ao contraditório e à publicidade.

2.1. Formalismo-valorativo e processo colaborativo: superação do modelo moderno de processo assimétrico

Como já se teve a oportunidade de demonstrar no capítulo antecedente, a modernidade foi determinante de profundas mudanças quanto a forma de conceber o processo, passando-se de uma concepção isonômica de *iudicium* a uma concepção assimétrica de *processus*, presidida por uma lógica monológica afeita às ciências da natureza, com primazia da lei sobre as demais fontes. “Com a consolidação do Estado Nacional Moderno, denota-se novamente evidente assimetria na relação indivíduo-Estado”¹⁰². Como pontua Giuliani, o processo constitui um capítulo da história político-constitucional de uma época. A análise do modelo processual permite aferir a relação de maior ou menor harmonia entre princípios lógicos e éticos de um lado, e os aspectos institucionais de outro, sobretudo no que se refere às relações entre juiz e legislador e entre juiz e

¹⁰² MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.69. Refere-se o autor à já aludida passagem do *iudicium* medieval ao *processus* moderno.

partes.¹⁰³ A estrutura do processo pressupõe condicionantes axiológicas e teleológicas vinculadas a escolhas políticas que, projetadas sobre o formalismo processual, atribuem-lhe características essenciais.¹⁰⁴

O processo moderno teve seu impulso determinante com a publicação, em 1868, da obra de Oskar Bülow¹⁰⁵. A estruturação de uma ciência processual fundada sobre conceitos depurados do direito material, assentando a autonomia desenvolvida com maestria por juristas do jaez de Wach na Alemanha e, na Itália, de Chiovenda e Carnelutti, cuja doutrina, trazida a nós pela mão de Liebman, influenciaria decisivamente o Código de Processo civil de 1973¹⁰⁶. Em que pese o significativo avanço no que respeita ao desenvolvimento conceitual da ciência processual e seus institutos, o preço a pagar foi a manifesta dificuldade de, a partir de conceitos essencialmente processuais¹⁰⁷, fazer frente às pressões do direito material cuja realização exigia a realidade social. O modelo fora concebido teoricamente, conforme os cânones da ciência jurídica de seu tempo¹⁰⁸, pressupondo os modelos lógicos das ciências da natureza e, conforme a reveladora expressão de Chiovenda, concebendo a jurisdição como “atuação da vontade concreta da lei”.¹⁰⁹

¹⁰³ GIULIANI, Alessandro. *L'Ordo Judicarius medioevale*. Rivista di diritto Processuale. Anno XLIII, n.3. Padova: CEDAM, 1988, p. 603.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.71-76. LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual civil, n. 3 (1962). MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-47.

¹⁰⁵ BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichstein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

¹⁰⁶ Para uma arqueologia dessas influências, ver: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, em especial o capítulo “as fases metodológicas do direito processual civil como expressão de sua matriz cultural”, p. 32-34.

¹⁰⁷ Para uma profunda análise dos vínculos do processo civil com o pensamento racionalista moderno na tradição romano-canônica, consultar: SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, em especial o capítulo *Processo, racionalismo e reforma religiosa*, p. 57-88.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Do lógico ao analógico*. In: *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: forense, 2004, p.265-296. Abordando, ainda o marcante tecnicismo do processo liberal clássico e a limitada liberdade outorgada a seus operadores: *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: forense, 2007, p. 17-38.

¹⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol II. São Paulo: Saraiva, 1969, p. 54-55. Chiovenda, imerso na cultura científica do século IX, não concebia a jurisdição como criadora do direito, adepto que era da perspectiva

Tal panorama, todavia, seria sensivelmente alterado com o movimento de constitucionalização do processo que seria desencadeado principalmente a partir da segunda metade do século XX e que chegaria ao Brasil, em definitivo, com a Constituição de 1988, na qual, entre outros direitos fundamentais processuais, consta, pela primeira vez, no texto constitucional, o dever de motivação das decisões (art. 93, IX da Constituição).¹¹⁰ A consagração constitucional de um modelo processual informado pelos direitos fundamentais seria o passo decisivo para uma reconfiguração do pensamento processual brasileiro que, a despeito de operar sob a Constituição anterior, já prospectava vínculos constitucionais importantes sob uma perspectiva instrumentalista¹¹¹.

Câmbio efetivo de perspectiva ocorre no Brasil quando, pelo poderoso influxo da Constituição de 1988, incorporam-se ao arsenal metodológico as contribuições da renovada teoria das normas e dos direitos fundamentais¹¹².

iluminística que via na jurisdição mera função declaratória. Fazendo distinção entre as posições de Chiovenda e Carnelutti - que reconhecia a vinculação à lei mas, a exemplo de Kelsen, entendia ser a decisão ato criador do direito - Marinoni refere que os princípios básicos que se formaram na moderna doutrina processual italiana influenciaram diretamente a doutrina processual brasileira que, assim, a exemplo da italiana, promoveu a continuidade ideológica do pensamento dos juristas do século XIX. MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. Curso de processo V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 34.

¹¹⁰ O que já reclamavam anteriormente setores importantes da doutrina: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987. MOREIRA, Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito*. In temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

¹¹¹ Com destaque para a obra de Cândido Rangel Dinamarco, "A instrumentalidade do processo". Analisando as relações entre processo e Constituição, observava Dinamarco que a Constituição age sobre o processo, garantindo-lhe os princípios básicos para que seja possível atuar convenientemente os preceitos e garantias que ela própria contém. A bipolaridade dessas influências associa-se, naturalmente, ao reconhecimento do poder que exercem os juizes, responsáveis por sua interpretação e cumprimento, definindo e precisando o sentido de seus textos e determinando a evolução substancial do conteúdo das normas nela contidas. A mesma função reconstrutiva que desempenham os juizes em relação às normas constitucionais é por eles realizada em relação ao ordenamento como um todo. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 149.

¹¹² Entre várias importantes contribuições, muitas delas referidas ao longo do desenvolvimento da tese: ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

A Constituição de 1988 traz consigo alterações paradigmáticas profundas. O Brasil, que desde a primeira Constituição republicana, tivera um modelo peculiar de supremacia do direito, abraça definitivamente sua característica híbrida, agora dela extraíndo consequências bem mais profundas do que pudera anteriormente fazer. No plano infraconstitucional a ordem jurídica brasileira vinculou-se à ideia de direito codificado, sistematizado conforme o modelo do *État Légal*, fortemente fundado sobre a ideia de legalidade, seja no que respeita ao direito material, seja no que tange ao direito processual. No plano constitucional, todavia, o Brasil, desde a Constituição republicana de 1891, estivera sob forte influência do constitucionalismo estadunidense e já lidava com a perspectiva, própria da *judicial review*, de uma adequação dos atos de poder aos valores constitucionais, convertendo o juiz em ativo síndico da conformidade do sentido e da aplicação das normas aos preceitos da Constituição.¹¹³

Como pano de fundo desse novo momento de afirmação, entre nós, de um forte referencial axiológico dado pelos direitos fundamentais de natureza processual, também uma relevante mudança de perspectiva em relação à racionalidade inerente à característica aberta e democrática do novo modelo. A redescoberta do pensamento tópico-retórico e sua rearticulação com o pensamento sistemático, não mais em posição de antagonismo, mas de complementaridade¹¹⁴, é essencial à construção de soluções materialmente justas que possam manter os vínculos entre o direito objetivo e a realidade. O desenvolvimento teórico da argumentação jurídica (também sob a forma do discurso decisório fundamentado)

MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

¹¹³ Coube a Hermes Zaneti Júnior realizar a relevante tarefa de revelar, analiticamente, as profundas consequências da recepção, entre nós da perspectiva constitucional em termos de estruturação de um modelo democrático de processo que atribui especial relevo à função interpretativa do juiz brasileiro em seu mister de compatibilizar o direito codificado com os valores constitucionais e que, segundo sua visão, “ainda hoje desenvolve suas potencialidades democratizantes. ZANETE JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: modelo constitucional do processo brasileiro*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, em especial o capítulo 1, em que expõe os aspectos essenciais de sua tese, p. 3-66.

¹¹⁴ Como aponta CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p.273-289.

mostra-se imprescindível para o estabelecimento dessas conexões.¹¹⁵ Trata-se de uma discursividade dialética, vinculada à pretensão de correção do discurso em face de argumentos antagônicos.

A concretização da ordem constitucional, assim, está intimamente ligada aos instrumentos que permitam a produção de sentido em contato direto com a realidade. É pressuposto de uma ordem justa a participação construtiva daqueles que estejam submetidos aos atos de poder estatal. Por tal razão, a Constituição, em atenção aos valores democráticos, outorga centralidade aos chamados *direitos fundamentais ao processo, procedimento e organização*¹¹⁶, dentre os quais se inserem aqueles que oferecem as balizas essenciais do processo judicial. A tarefa de distribuição de justiça exige um processo cujo formalismo esteja dirigido à harmonização dos valores constitucionais¹¹⁷, que, mediante utilização adequada postulados aplicativo-normativos, conduzam a uma unidade valorativa ligada à função teleológica do Direito e da Constituição¹¹⁸. Em tal dimensão, o processo deve ser um espaço de liberdade sem perder de vista a sua finalidade e os seus múltiplos compromissos.

¹¹⁵ Segundo Alexy, no contexto de um sistema não positivista, a “institucionalização da razão prática” é condição para que se possa exercer, para além da dimensão real ou fática “a dimensão ideal ou discursiva da correção”. Para ele, “a pretensão de correção inclui uma pretensão de fundamentabilidade”. A teoria do discurso, como teoria da argumentação prática, propõe um caminho entre as teorias puramente objetivistas e aquelas puramente subjetivistas, mediante necessariamente, envolve procedimentos discursivos que obedeçam a parâmetros que lhes garantam conciliabilidade com a dogmática jurídica institucionalizada (que garante universalidade e generalidade, “declarações multiplamente revisadas”). ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, em especial p. 9,10 e 129.

¹¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*. Boletim da faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1990, 151-201.

¹¹⁷ Como lucidamente adverte Ada Pellegrini Grinover, “isto significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas, sobretudo, ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. Claro é que a história, a sociologia e a política não de parar às portas da experiência processual, entendida como fenômeno jurídico”. *Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky, 1975, p. 6

¹¹⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993 p.637 e s. Também ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.454 e s.

A percepção inicial desse conjunto poderoso de fatores de reconfiguração do modelo processual brasileiro propiciou a Carlos Alberto Alvaro de Oliveira lançar as bases de um novo momento metodológico, derivado da articulação desses elementos sob um modelo estruturante, com função metodológica, que estabelece o marco do formalismo-valorativo ¹¹⁹, centro gravitacional dos vários desenvolvimentos que uma renovada doutrina processual oferece para compreender, sob seus múltiplos e peculiares aspectos, o momento de transição que vive o processo brasileiro.

A Constituição, ao projetar seus valores sobre o processo, “passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direitos de defesa perante o poder público com dimensão objetivo-institucional, funcionando como princípios jurídico-objetivos para a conformação dos tribunais e do processo judicial”. ¹²⁰

O processo não só é o espaço privilegiado em que se atribui concretamente o significado das normas, mas também o espaço onde se revelam as pressões sobre a atividade de distribuição de justiça e os compromissos éticos a ela subjacentes, em vista do direito objetivo e das circunstâncias concretas. “O rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão jurisdicional, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de convivência ou postulados políticos que rompem com a abstração e a generalidade” ¹²¹ Neste contexto, a estrutura do processo deve ser moldada de forma a possibilitar, mediante necessária dialeticidade, a definição dos critérios cuja correção é argumentativamente justificada.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, *passim*.

¹²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 100-101.

¹²¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.7.

2.2. **Motivação, contraditório e publicidade: ainda as funções *dialética* e *política* da motivação**

O dever de motivação das decisões judiciais, elemento central do justo processo relaciona-se de forma profunda com todos os princípios informativos do processo justo, demonstrando ainda mais proximidade com o direito fundamental ao contraditório (art. 5º, LIV da Constituição) e o direito fundamental à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da Constituição) - em especial a publicidade das decisões (art. 93, IX, da Constituição) - em razão de sua *função dialética* (ou de contraditório) e de sua *função política* (de publicidade), ambas ligadas profundamente ao valor da segurança jurídica e à legitimação do exercício do poder jurisdicional.

O contraditório assume função central no processo democrático, constituindo “valor-fonte” do modelo colaborativo que emerge da Constituição de 1988. A relação entre a racionalidade prática e a estruturação do processo em contraditório apresenta feição “biunívoca”, ou seja, estão em relação de recíproca dependência e complementariedade.¹²² O contraditório, portanto, não apenas determina a estrutura do processo, definindo a participação dos sujeitos processuais, como é elemento indispensável à própria racionalidade que preside o processo. Não pode ser tratado como “*sorta di omaggio formale*” que não considera a dialética processual como “modalidade de conhecimento racionalmente garantida”.¹²³

A observância do contraditório, mais do que garantia formal de igualdade, constitui a estrutura cognitiva apta a orientar a decisão, pondo o juiz em contato com os dados concretos do problema e das contribuições das partes para a formação do ato de poder, mediante participação qualificada e construtiva na produção e seleção dos materiais sobre os quais há que se estruturar a decisão. Há inequívoca função epistêmica no contraditório, vinculada à preparação da decisão e ao dimensionamento do universo a ser abarcado pelo discurso

¹²² ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 190-196.

¹²³ SOMMAGGIO, Paolo. *Il contraddittorio come critério di razionalità del processo*. In: *Audiat et altera pars*. A cura di PUPPO, Federico, MANZIN, Maurizio. Milano: Giuffrè, 2008, p. 186-193.

justificativo. O raciocínio decisório pressupõe adesão do juiz a essa forma de racionalidade, sob pena de converter-se o processo em frívolo jogo teatral, que cumpre o comando constitucional como mero rito, privado de conteúdo, abdicando do mais importante instrumento cognitivo posto à sua disposição.

Um segundo argumento em favor do contraditório e do necessário vínculo entre contraditório e decisão é de natureza política. A idéia de contraditório como participação efetiva do jurisdicionado no ato de poder é essencial a um modelo de processo democrático atento aos direitos fundamentais.

Como anota Trocker, “o conteúdo da garantia constitucional de ação e defesa não se exaure em seu aspecto passivo, por mais que seja importante, exige, ainda, um comportamento ativo de parte do sujeito judicante”.¹²⁴ Não se restringe o exercício do contraditório apenas no “falar” ao juízo, mas, sobretudo, implica a aptidão influir na decisão, o que determina um dever correlato de consideração por parte do Estado-Juiz. É necessário aqui, segundo afirma com base no direito alemão (referindo a jurisprudência sobre o art. 103, parágrafo 1º da Lei Fundamental), estabelecer uma firme distinção entre o vício que deriva da não consideração das razões das partes e o que implica não acatamento dessas razões. Somente a primeira hipótese implica violação à norma constitucional.¹²⁵ Ainda assim, vige também na Alemanha a noção de que a motivação não deve necessariamente fazer referência a todos os argumentos da parte.¹²⁶

Conforme já advertira Proto Pisani, o contraditório não pode dada a sua importância ser tomado simplesmente como seu “valor cênico”, sendo imposição constitucional dar-lhe substância como primeira garantia de justiça substancial.¹²⁷

Um segundo vínculo, essencial à compreensão da *função política* da motivação é a imposição da publicidade. “Duplamente garantida” pela Constituição

¹²⁴ TROCKER, Nicolás. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 455

¹²⁵ TROCKER, Nicolás. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p.457-458.

¹²⁶ TROCKER, Nicolás. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p.463.

¹²⁷ PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: E. Jovene, 2006, p. 200-203.

(art. 5º, LX e art. 93,IX - publicidade das decisões judiciais) ¹²⁸, a publicidade é exigência funda da democracia. Ao afirmar que “o segredo é a essência do poder”, Bobbio põe às claras a estratégia do “poder secreto”¹²⁹ e seu exercício autocrático. O segredo é inimigo da democracia e contra ela conspira metodicamente. A função pública exige a publicidade e repudia o segredo no espaço democrático. Esta é, aliás, a maior virtude democrática da concepção revolucionária francesa sobre a motivação.

Relata Winess Millar que os debates na Europa continental duraram mais de cinquenta anos, inclusive em relação à jurisdição civil¹³⁰. Na Inglaterra o tema interessou a Bentham, para quem “os efeitos da publicidade chegam a seu *maximum* de importância quando se consideram em relação aos juízes, seja para assegurar sua probidade, seja para outorgar às suas sentenças a confiança pública”.¹³¹

A publicidade está, ainda, diretamente ligada à segurança jurídica, na medida em que permite conhecer os critérios e a forma de atuação do Poder judiciário, além de permitir uma adequada interpretação e análise política de seus precedentes, tanto mais quando exarados pelos tribunais Superiores, considerando sua potência paradigmática e os instrumentos de vinculação hoje existentes no sistema.

¹²⁸ Liebman vincula a motivação ao princípio da publicidade do processo (*dei iudizi*), entendendo a motivação como “aspecto do princípio da publicidade”. LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p.31. A expressão é utilizada por MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.228, referindo-se, ainda à dupla disciplina da publicidade: publicidade interna, restrita às partes - de caráter excepcional, vinculada à tutela da intimidade da vida privada - e publicidade externa, vinculada diretamente à função política da publicidade e, especificamente, da publicidade dos motivos da sentença.

¹²⁹ BOBBIO, Norberto. *Democracia e segredo*. In: O filósofo e a política. Antologia. Rio de Janeiro: Contraponto, p. 305-318.

¹³⁰ MILLAR, Winess. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945, p. 186.

¹³¹ BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las provas judiciales*. Buenos Aires: EJEJA, 1971, p. 142.

2.3. Natureza jusfundamental do dever de motivação

A noção de devido processo substantivo deve ser entendida como uma garantia geral da liberdade contra as arbitrariedades do poder estatal (art. 5º, LIV, da Constituição)¹³² A rigor, é impositivo dizer, não se faz necessário convocar o devido processo substantivo em defesa do direito fundamental a obter decisão motivada, na medida em que ele possui assento constitucional cujo conteúdo é inequivocamente jusfundamental. Mais do que isso, o dever jusfundamental de motivar as decisões judiciais oferece o instrumento necessário para aferir a observância de outros direitos fundamentais, ligados ou não ao processo.

Segundo Canotilho, o dever dos juízes de dar razões constitui “dever não relacional” a que não correspondem direitos subjetivos por parte dos cidadãos.¹³³ Está o autor de acordo, entretanto, que há uma correlatividade entre deveres não relacionais e direitos subjetivos que são por eles assegurados, como, por exemplo, o direito a decisões fundadas no direito e direito ao devido processo. No caso do dever de motivação, são suas múltiplas relações com os direitos fundamentais que determinam sua natureza de posição jurídica constitucional jusfundamental.

Há consenso na doutrina de que o dever de motivação é formal e materialmente jusfundamental (conforme a abertura proporcionada pelo art. 5º, § 2º da constituição), informando o direito a um processo justo¹³⁴. Na realidade, para assegurar a eficácia da constituição e dos direitos fundamentais o direito ao

¹³² MATTOS, Sérgio Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 127.

¹³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1267-1268.

¹³⁴ Afirmando a natureza jusfundamental, entre outros: MATTOS, Sérgio Wetzel. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009, p. 230-231, com ampla jurisprudência dos Tribunais Superiores. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p.105. TARUFFO, Michele. *Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et AL. (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1998, p. 41. Na doutrina constitucional, entre outros: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

processo justo atua, para além de uma função estática e negativa¹³⁵, como dever de estruturação, por parte do Estado, de formas adequadas de participação.¹³⁶ O atual estágio de desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais implica visualizar tais direitos como “direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização”¹³⁷, como “garantias em sentido atuativo”¹³⁸, de modo que participação em um processo estruturado segundo os princípios constitucionais é, em si, o exercício de um direito fundamental ao “devido processo”. Como refere Ingo Sarlet “são, na verdade, autênticos direitos subjetivos, já que umbilicalmente ligadas aos direitos fundamentais, bem como por assegurarem ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito e a efetivação destes. É nesse sentido que também se fala em direitos-garantia, já que estes dispositivos, além de conterem garantias, normas de competência ou regras para uma atuação estatal com vista à proteção de outros direitos, podem, ao mesmo tempo, fundamentar posições jurídicas subjetivas individuais e autônomas.¹³⁹ A eficácia dos vários direitos fundamentais cuja efetiva atuação é passível de fiscalização mediante o oferecimento das razões de decidir impõe ao juiz sua densificação. A motivação atua como esteio dos direitos fundamentais. É dever de prestação mediante o qual é possível, às partes (*função dialética*) e ao público em geral

¹³⁵ No mesmo sentido: HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.270, referindo que a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional Federal infere dos direitos fundamentais materiais um direito imediato à proteção jurídica efetiva.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1990.

¹³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2002, p.34. V.22.

¹³⁸ Conforme Comoglio, “garantia” é não só um direito reconhecido ou atribuído *in abstracto* pela norma, senão um direito efetivamente protegido em concreto, suscetível de plena atuação ou reintegração quando resulte violado. As garantias processuais não são, assim, apenas garantias no sentido formal ou estático e sim garantias em sentido atuativo e dinâmico que asseguram condições efetivas de fruição de qualquer direito atribuído ou reconhecido. Comoglio, Luigi Paolo *Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo”*. REPRO n.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.100. A dimensão objetiva do direito fundamental ao justo processo projeta-se para além da tradicional definição de garantia para contemplar, além da dimensão estática e negativa, uma dimensão dinâmica e positiva.

¹³⁹ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.180.

(*função política*) aferir a conformidade material da decisão com os direitos fundamentais.

2.4. Controle do dever de motivação pelo Supremo Tribunal Federal: avaliação crítica à tese da “ofensa reflexa”

Cumpriria ao STF disciplinar a matéria, no exercício precípua de sua função de guarda da Constituição. O que ocorre, entretanto, é a reafirmação de que a violação à Constituição é indireta e não cabe ao Supremo Tribunal Federal realizar tal controle. A situação, aliás, é curiosa. Reconheceu o Supremo Tribunal Federal a repercussão geral da questão constitucional relativa à violação do art. 93, IX da Constituição para, em seguida, reafirmar a velha tese da violação indireta. Com isso, em síntese, reconheceu a repercussão geral para obstinar-se em sua recusa de contribuir para a definição do conteúdo material do dever de motivação das decisões judiciais.¹⁴⁰

O recurso extraordinário, como reiteradas vezes afirmou o Supremo Tribunal Federal, só se viabiliza na hipótese de ofensa direta à Constituição. Na hipótese de depender o exame da violação da interpretação de norma infraconstitucional configura-se ofensa indireta, cerrando-se as portas para o recurso extraordinário. Todavia, como apontam Marinoni e Mitidiero, nada obstará que o Supremo Tribunal Federal realizasse controle, mediante recurso extraordinário, da insuficiência da proteção oferecida pelo legislador infraconstitucional em face da norma constitucional. Nesse caso, não há simples interpretação da norma, mas da

¹⁴⁰ Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral. (AI 791292 QO-RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 23/06/2010, DJe , publ. em 13-08-2010 , v. 18, n. 203, 2011, p. 113-118)

“adequada densificação” do direito fundamental.¹⁴¹ O art. 458 do Código de Processo Civil não dispõe sobre o conteúdo da motivação, tampouco sobre sua extensão, deixando de estabelecer qualquer critério seguro para a análise da suficiência dos motivos apresentados. Com isso deixa em aberto a definição do próprio conteúdo da norma constitucional que rege a matéria, art. 93, IX, configurando-se proteção insuficiente. Seria de grande valor, dada a fluidez do critério habitualmente utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça (o critério dos “motivos suficientes”, o qual será objeto de análise no momento oportuno) quando se manifesta acerca da integração ou da nulidade do julgado imotivado ou com relevante deficiência de motivação.

Relevante para a definição do ponto é a distinção entre “posições jurídicas legais” e “posições jurídicas constitucionais”. Como refere Canotilho, algumas posições jurídicas garantidas (direitos subjetivos, prestações, procedimentos) têm uma primeira dimensão concretizadora na Constituição, mas os termos de seu exercício estão definidos pela lei. Nessas hipóteses, a posição jurídica originária é complementada por uma “posição jurídica derivada (da lei)”, podendo o legislador sobre ela dispor, observada a proibição de retrocesso. Em outros casos, embora derivada de um direito fundamental, a posição jurídica está alicerçada autonomamente na lei (posições jurídicas legais). Há outros casos, porém, em que as posições jurídicas são constituídas de forma direta por norma consagradora de direito fundamental, sem qualquer necessidade de regulamentação legal. Trata-se, então, de “posição jurídica constitucional”.¹⁴²

A norma contida no art. 93, IX da constituição outorga, inequivocamente, uma *posição jurídica constitucional*. A lei processual, ademais, não estabelece nenhum parâmetro para o seu exercício, não havendo, a rigor, qualquer necessidade de que a matéria seja tratada em nível infraconstitucional, na medida em que não agrega qualquer elemento diverso ou complementar àquele que resulta da interpretação direta da norma constitucional. Observe-se que, ao contrário, a norma de direito fundamental que determina a motivação das decisões

¹⁴¹ SARLET, Ingo wolgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.619.

¹⁴² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1266.

determina inclusive a conseqüente nulidade derivada de sua violação¹⁴³, coisa que as disposições infraconstitucionais não fazem, sendo a nulidade extraída, em sede interpretativa, diretamente da norma constitucional. Aqui as normas infraconstitucionais não exercem nenhuma função restritiva ou conformadora, não completam, precisam ou definem a norma de direito fundamental, limitando-se a repetir, com menor precisão, a norma constitucional. A situação é completamente diversa daquela que envolve outros direitos fundamentais processuais como o devido processo legal, a ampla defesa ou o direito ao juiz natural, por exemplo. Nesses casos, no mais das vezes, a eficácia da norma volta-se ao legislador para que ele dê densidade infraconstitucional ao direito fundamental elaborando normas que realizem, na maior medida possível o valor constitucional, conformando o formalismo processual, devendo o juiz interpretar tais normas em vista da Constituição. O raciocínio que conduz à conclusão de que as ofensas aos direitos fundamentais processuais implicam, em geral, ofensa reflexa, está ligado ao fato de que constituem posições jurídicas constitucionais cuja disciplina é dada por normas infraconstitucionais. Não é o que ocorre com o dever de fundamentação, considerando que, a norma constitucional traz em si todos os elementos necessários à sua plena concretização, inclusive a consequência de sua violação. Observe-se, inclusive, que a norma é posterior ao Código de Processo civil. Anteriormente, ainda que se pudesse derivar da Constituição o direito a decisões motivadas, a mediação da lei era imprescindível; agora, não mais. A possibilidade de seu controle pelo Supremo Tribunal Federal resulta diretamente do fato de que, como posição jurídica constitucional não verdadeiramente mediada pela lei, deve dar acesso ao seu controle por via de recurso extraordinário. A posição restritiva, portanto, mostra-se equivocada do ponto de vista teórico e revela critério pernicioso de política processual, mantendo orientação que, na realidade, mostra-se indiferente à relevância da afirmação constitucional do dever de motivar, mantendo e reiterando recentemente a orientação. Renuncia, assim, o Supremo Tribunal

¹⁴³ Fazendo a referência à peculiaridade apontada, SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 96.

Federal à sua função precípua de definir o conteúdo e sentido de dever fundamental de motivar as decisões judiciais, próprio da jurisdição constitucional.¹⁴⁴

2.5. O dever constitucional de motivar alcança todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade.

O disposto no art. 93, IX da Constituição deixa pouca margem de dúvida quanto ao fato de que o dever de motivação alcança todas as decisões judiciais. Contrariando, inclusive, a técnica usual de redação de normas constitucionais, o dispositivo prevê a nulidade como consequência da violação do dever de dar motivos aos atos decisórios. Com efeito, não é comum que a norma constitucional imponha desde logo a cominação relativa à sua violação, o texto do art. 93, IX, porém, expressamente consigna que “sob pena de nulidade” o preceito deve ser observado.

É, portanto, nula a sentença ou qualquer outro ato decisório desprovido de motivação, implicando, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier, “negativa de prestação jurisdicional”, “cerceamento de defesa”, apontando seu escopo técnico, vinculado à possibilidade de impugnação, e legitimador do ato de poder estatal, além do controle político que deriva da publicidade das decisões.¹⁴⁵

Igualmente clara é a disposição constante do art. 165, pela qual “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”.

¹⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998, p. 331.

¹⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007, p. 310-311. A autora aponta precedentes acerca da manifesta inconstitucionalidade de dispositivos regimentais que afastem, no âmbito dos tribunais, o dever constitucional de motivar: STJ, 1ª Turma, Resp. 684.947/RJ, rel. Min. José Delgado, 03/02/2005, DJ 18/04/2005, p.234. Também sobre o tema, em comentário ao art. 93, IX da Constituição: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 32-46.

Mesmo no âmbito da administração dos tribunais, ou seja, relativamente a decisões não jurisdicionais, a motivação é exigida a teor do art. 93, X da Constituição.

A lei processual brasileira reafirma o dever de motivar em diversos dispositivos, o que não seria necessário dada a disciplina constitucional e a previsão genérica do art. 165 do Código de Processo Civil.

Vários são os dispositivos do Código de Processo Civil que expressamente consignam o dever de motivar: nos termos do art. 165, “as sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso”. O art. 458, II estabelece como requisito essencial da sentença a indicação dos “fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de Direito”. No caso das sentenças terminativas, o juiz deverá “decidir de forma concisa”, nos termos do art. 459. Vinculando o sistema de livre apreciação da prova à motivação, determina o art. 131 que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Na decisão antecipatória de tutela, conforme o art. 273, § 1º, o juiz indicará “de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento”, podendo ser revista mediante decisão motivada (§ 4º). No mesmo sentido, o art. 461, §3º dita que “a medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. O art. 478, tratando da decisão em incidente de uniformização de jurisprudência, determina caber “a cada juiz emitir o seu voto em exposição fundamentada”.

Poder-se-ia questionar se mesmo decisões não passíveis de impugnação devem ser obrigatoriamente motivadas. A resposta é positiva. A função legitimadora que exerce e sua imprescindibilidade para o controle democrático da atuação do poder jurisdicional fazem da motivação algo impositivo em todas as decisões, principalmente aquelas dos tribunais superiores, considerando sua força paradigmática e vinculante.

Com esteio na doutrina alemã, Barbosa Moreira salienta que nenhuma razão há para limitar a necessidade de motivação às decisões passíveis de impugnação,

o que excluiria exatamente algumas das decisões de maior impacto sobre os jurisdicionados e sobre o Direito mesmo, como é o caso das decisões finais dos tribunais superiores.¹⁴⁶ A função de garantia e a função prospectiva da motivação no sentido de construção do Direito objetivo mediante a atuação construtiva e atualizadora da jurisprudência, faz da motivação das decisões elemento central da jurisdição democrática.

É necessário saber o que pensam e como atuam os tribunais. O dever de motivação é essencial à segurança jurídica entendida como segurança do sentido do direito e segurança da atuação do direito (formas adequadas de promover a tutela dos direitos). A segurança supõe cognoscibilidade, previsibilidade e confiança legítima na forma de atuação do Poder Judiciário, o que só é possível com olhos sobre as razões.¹⁴⁷

Em assim sendo, os defeitos de motivação geram vícios os quais podem ser reduzidos a três espécies fundamentais: ausência de fundamentação, deficiência de fundamentação e incongruência entre fundamentação e decisório¹⁴⁸. “Todas são

¹⁴⁶ A afirmação vem fundada em Brüggemann. MOREIRA, Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia interente ao Estado de Direito*. In. Temas de Direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.91. Trata-se do reconhecimento, chancelado por decisão da Comissão Européia dos Direitos Humanos de 16 de janeiro de 1963, relativa à necessidade de motivação das altas cortes, pontuando que o dever se faz “quanto mais relevante para a comunidade jurídica for a atividade do órgão”. Em momento oportuno será abordada a relevância da questão na medida em que a atividade dos tribunais superiores é cada vez mais relevante para a determinação do Direito, dada a força dos precedentes no atual diálogo das fontes.

¹⁴⁷ Taruffo defende, no limite, a inexistência da decisão à qual falte conteúdo mínimo de motivação por ausência de elemento caracterizador do ato jurisdicional. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p.469. Em posição diversa, Eduardo Talamini entende que, ainda que ausente a motivação, será existente a sentença que contenha dispositivo. Entre nós, segundo expressa disposição constitucional e pacificada orientação, a falta ou defeito de motivação gera a nulidade da sentença. TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 311.

¹⁴⁸ O princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no art.93, inciso IX, da Constituição Federal, é importante instrumento de garantia às partes, pois permite que elas tomem ciência da adequada compreensão dos fatos pelo Juízo e das justificativas das escolhas das regras jurídicas aplicadas ao caso, para que torne possível, ainda, a interposição de eventual recurso que garanta o exercício da ampla defesa. 2. In casu, tendo sido analisada na decisão colegiada tese distinta das aventadas pela defesa no recurso em sentido estrito interposto, o que demonstra a ausência de fundamentação idônea apta a embasar o decreto que manteve a decisão de pronúncia, é manifesta a nulidade do acórdão 3. Ordem concedida para anular o acórdão prolatado pela Terceira Câmara Extraordinária Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no

redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença”.¹⁴⁹ Tais defeitos, como é consabido, podem também ser corrigidos mediante integração do julgado¹⁵⁰, seu esclarecimento ou reestruturação do sentido da decisão com eliminação da incongruência, mediante utilização dos embargos de declaração ou, ainda, no limite, mediante integração pelo tribunal na hipótese de haver causa madura que permita atividade decisória integral do tribunal.

No limite, conforme autorização dada pelo art. 485, V, a motivação defeituosa pode dar ensejo à rescisão do julgado por violação a literal disposição de lei.¹⁵¹

A decretação da nulidade da sentença por defeito ou ausência de motivação deve ser vista em consonância com a disciplina geral das nulidades, possibilitando, em casos menos graves, que se possa tolerar vício de menor relevância em vista dos escopos do processo, desde que não haja prejuízo ao direito ao contraditório. Cabe lembrar, entretanto, que o defeito de motivação não tem conotação apenas formal, o que impõe controles que se projetam para além da concepção tradicional de instrumentalidade das formas. Está em jogo a legitimidade do exercício do poder jurisdicional, de modo que os princípios que regem as nulidades processuais devem ser interpretados em vista do papel de verdadeiro “banco de prova do direito ao contraditório das partes”.¹⁵²

A nulidade deve ser decretada no limite do controle da motivação. O sistema processual apresenta forma bem mais virtuosa de realização desse controle, permitindo a integração do julgado ou a eliminação de incongruências e obscuridades. Vencida a resistência em relação à utilização virtuosa dos embargos

julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 451.464-3/2-00, determinando-se que outro seja proferido com a devida apreciação das teses aventadas pela defesa em suas razões recursais. (HC 137.897/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 19/04/2010)

¹⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005, p. 45.

¹⁵⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 389.

¹⁵¹ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: RT, 2005, p. 311.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 665.

de declaração, constitui primeira e preferencial forma de controle dos defeitos de fundamentação, sendo desejável que o seu manejo atenda precisamente às funções a que se destina (e não um manejo abusivo com intuito de mera revisão) e que haja sensibilidade do órgão julgador para, colhendo a oportunidade, efetivamente dar densidade ao direito fundamental a decisões motivadas.¹⁵³

¹⁵³ Sobre a resistência judicial aos embargos ver: FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. In: FABRICIO, Adroaldo Furtado (coord.) Meios de impugnação ao julgado civil; estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 47-96.

Parte II - Função e conteúdo do dever de motivar as decisões judiciais

1. Motivação, racionalidade e justiça da decisão

“A teoria não pretende descrever como decidem os juízes, mas como deveriam decidir, pretendendo-se que suas decisões sejam racionais.”¹⁵⁴ Com essa afirmação, direta e sem pejo, Jordi Ferrer Beltràn encerra a introdução à obra em que oferece sua contribuição para estabelecer parâmetros de controle da racionalidade das decisões judiciais, especialmente no que tange aos juízos fáticos. Diferentes elaborações teóricas sobre o raciocínio judicial convergem na afirmação de que as decisões judiciais devem ser racionais e passíveis de controle intersubjetivo, mediante parâmetros reconhecíveis e objetivos. A motivação é a chave para que se possa aferir essa racionalidade de que se pretende impregnar as decisões judiciais. A motivação, diz Calamandrei, é o “signo mais importante e mais típico da racionalização da função jurisdicional”.¹⁵⁵ Funcionalmente conexa com a decisão, a motivação tem por escopo demonstrar que a decisão é jurídica e racionalmente fundada e se justifica com base em critérios reconhecidos que devem guiar a atividade decisória do juiz.¹⁵⁶ Além disso, o discurso motivador permite aferir a correção da decisão do ponto de vista lógico, mediante controle de sua coerência interna e externa.

¹⁵⁴ BELTRÀN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 21. Trata-se de frase inserida na apresentação de obra que propõe uma teoria voltada ao controle da racionalidade dos juízos fáticos. A advertência é válida para qualquer trabalho cuja função seja a de discutir as formas possíveis de controle racional das decisões judiciais e, portanto, amolda-se perfeitamente ao esforço de focar o dever de motivação como indispensável à realização desse controle.

¹⁵⁵ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democrazia*. In *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p.664.

¹⁵⁶ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica*. Milano: Giuffrè, 1996, p.53. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 277.

Ainda que da decisão participe inequivocamente o componente volitivo e possa ser, sob certo aspecto, designada como ato de vontade, não se admite no Estado constitucional contemporâneo o juízo arbitrário, cujas razões restam fechadas na subjetividade incognoscível e incomunicável de quem decide. Ao contrário, as decisões devem guardar relação com “cânones de racionalidade e correção”, em um “contexto intersubjetivo de convenções e significados.”¹⁵⁷ Ao reconhecer na sentença um componente em certa medida criativo¹⁵⁸ e o espaço de discricionariedade que lhe é inerente, não se está deslegitimando a pretensão de racionalidade da atividade judiciária, senão buscando exatamente criar as condições de sua controlabilidade, longe da cegueira metodológica que lhe impôs o racionalismo oitocentista. Não há antagonismo entre a percepção contemporânea da abertura do sistema e a ideia de controle a partir de parâmetros que se projetam para além da lógica dedutiva.

Ao contrapor tendências extremadas no que respeita à lógica inerente à decisão judicial, Taruffo desnuda o aspecto sofisticado e reduutivo das concepções logicistas¹⁵⁹ e daquelas irracionais e demasiado voluntaristas.¹⁶⁰ Segundo ele, nem o modelo formalístico do silogismo dedutivo, típico do positivismo primeiro, nem o modelo tópico-retórico puro, que vê raciocínio judicial como argumento e, em última medida, como discurso argumentativo fundado em premissas dialéticas

¹⁵⁷ PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragion pratica*. Milano: Giuffrè, 1996, p.54.

¹⁵⁸ Sobre o notório incremento da atuação criativa dos juizes no século XX, ver CAPPELLETTI, Mauro. *Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente*. In *Processo, ideologias e sociedade*. Vol I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 7-44.

¹⁵⁹ Contra a idéia de que sentença é ato de vontade, a posição logicista de Alfredo Rocco, que vislumbrava na sentença mera expressão da vontade do legislador mediada por ato de inteligência do juiz consistente em um silogismo lógico-formal, a partir de premissas dadas e obrigatórias. Com olhos de hoje, revela-se ingênua a perspectiva. Observe-se, por necessário, que a reimpressão aqui consultada mantém inalterado o conteúdo da publicação original de 1906, cujos pressupostos teóricos restaram assentados no primeiro capítulo dessa tese. ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p.28-32. O positivismo de Kelsen afirmaria a decisão como ato de vontade, constitutivo. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 265. e o realismo estadunidense depois, afirmaria, sob pressupostos totalmente diversos a essência da sentença como ato de vontade, negando a força conformadora do Direito, conforme análise que faz DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993, p. 46-47.

¹⁶⁰ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 207-209.

não necessariamente ancoradas no Direito objetivo¹⁶¹ ou, ainda, sua versão meramente retórica baseada em persuasão emocional¹⁶², são capazes de oferecer explicação autônoma para o problema.

Enquanto a teoria formalista da decisão como silogismo lógico-formal encontrou conforto no ambiente positivista, houve a ilusão de que o problema da motivação estava equacionado segundo esquema de dedução de conclusões concretas e particulares a partir de premissas abstratas (a lei). Não parece haver hoje, todavia, quem creia que o raciocínio judicial se resume a uma cadeia de silogismos de tipo lógico-formal, atendendo a uma rigorosa e fixa lógica dedutiva¹⁶³. Primeiramente porque reduzir a lógica à silogística escolástico-aristotélica é descurar de todo o seu complexo desenvolvimento e descrevê-la apenas a partir de um de seus esquemas explicativos. Em segundo lugar, como demonstrou à saciedade toda a crítica antiformalista, equivoca-se por desprezar todo o caráter valorativo e de certa forma criativo (reconstrutivo) do raciocínio judicial.¹⁶⁴ O resultado é concepção temerariamente redutora e carente de função justificativa¹⁶⁵.

¹⁶¹ Para uma crítica à tópica de Veiehweg: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2006, p.45-58. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p.245-272. Em ambas as abordagens está presente a crítica ao caráter demasiado genérico da concepção de Viehweg e a artificialidade da oposição por ele formulada entre o pensamento tópico e o pensamento sistemático, que, segundo os autores, estão para a teoria do Direito em uma relação de complementaridade.

¹⁶² TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 191-196.

¹⁶³ “Quem se limita a afirmar que a operação mental da qual nasce a sentença é um silogismo em que a premissa maior é formada pela norma de lei não percebe na plenitude as operações que se desenvolvem na mente do juiz”. CALAMANDREI, Piero. *La genesi lógica della sentenza civile*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p. 14. Também AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36-44.

¹⁶⁴ PERELMAN, Chaim. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 94-103. Também em *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p.469-472. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p.138-139. Sob um enfoque mais geral, tratando das lógicas do Direito a partir de Aristóteles, VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 245-258.

¹⁶⁵ Sobre o tema, amplamente, ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p. 37-43. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p. 28-45. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 36-45. Ademais, toda a copiosa literatura crítica sobre a perspectiva formalista,

O modelo silogístico permite apenas verificar a correção formal do raciocínio a partir de premissas dadas (justificação interna), mas deixa desatendida toda a necessária justificação externa da decisão, ou seja, a justificação das premissas que estruturam o silogismo judicial. O âmbito do controle da racionalidade da decisão, nesse esquema, fica restrito ao controle da coerência interna, ou seja, da vinculação da conclusão às premissas, o que, embora necessário, é manifestamente insuficiente.

Do mesmo modo, também as concepções irracionalísticas, ao desprezarem os componentes lógicos do raciocínio judicial projetando sobremaneira o componente político, ideológico ou meramente voluntarista, afastam-se da função estruturante do Direito e acabam por traduzir toda a experiência jurídica como resultante de uma correlação de forças e concepções individuais, cuja legitimidade e racionalidade não são possíveis aferir de acordo com parâmetros especificamente jurídicos. Como refere Daniela Acatino Sacgliotti, a reação antiformalista¹⁶⁶ não apenas destronou a concepção silogística da sentença como também levou a motivação à “estação do desencanto”, envolta em grande

notadamente a partir da metade do século XX. O período marca um verdadeiro *turning point* da teoria do Direito, no qual se faz sentir com força a reação ao racionalismo jurídico e ao método de que se servia. Em 1953, Viehweg publicara seu *Tópica e Jurisprudência* revalorizando o pensamento sobre problemas, fazendo percuciente análise da *jurisprudência* a partir da retomada de modelos clássicos de corte tópico-retórico, com base principalmente aristotélica (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Universidade de Brasília, 1979). Recaséns Siches trazia à luz sua Nova Filosofia da Interpretação do Direito, em 1956, com a intenção de revelar a inadequação da utilização exclusiva da lógica formal dedutiva em Direito, substituindo-a por uma “lógica do razoável”, com ênfase em seus estudos de sociologia jurídica (SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973). Também Chaïm Perelman, em sua “nova retórica”, escrito com Olbrecht Tyteca em 1958, propunha a discussão do paradigma da racionalidade moderna, tematizando a argumentação jurídica e a sua função na estrutura do raciocínio judicial (In *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996). Gadamer, por sua vez, punha em relevo a questão da verdade nas ciências do espírito, fazendo contundente crítica ao “metodologismo antirretórico da idade moderna” centrando a análise na teoria da linguagem como condição de uma teoria do conhecimento, fazendo-o a partir de seus estudos de Heidegger, na direção de uma “nova hermenêutica”. (GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993). Em 1950 Bobbio fazia referência à mutação do pensamento científico em direção a uma visão que designou instrumental da razão que envolve uma concepção pluralística da lógica, apontando a centralidade da linguagem jurídica (BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950, p. 213-225).

¹⁶⁶ SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2005, p. 100-101.

ceticismo. Analisando, as posições realistas estadunidenses, sobretudo a de Jerome Frank - segundo a qual “as decisões se baseiam nos impulsos do juiz”¹⁶⁷, orientado por suas concepções individuais, para o qual, retrospectivamente, irá desenvolver razões. Atienza pontua que a teoria realista não é apta a explicar o raciocínio justificativo que é imposto ao juiz em um ambiente institucionalizado e normatizado, em que se manifesta uma pretensão de correção. Outro limite apontado é o de confundir os contextos de descoberta e justificação, motivo pelo qual tem dificuldade de explicar o raciocínio justificativo.¹⁶⁸ A pretensão realista de fundar uma teoria empírica da jurisdição em razão do problema da “indeterminabilidade do Direito” determinou a assunção de uma perspectiva cética em relação à efetiva possibilidade de que a racionalidade da decisão pudesse ser aferida por meio do discurso justificativo. Pouco crentes na possibilidade de as regras jurídicas efetivamente determinarem a decisão – até porque sua interpretação e aplicação podem produzir decisões distintas - e considerando a multiplicidade de elementos que, além delas, participam do contexto decisório, os realistas negavam haver relação direta de causalidade entre norma e decisão. A postura realista, curiosamente, atua tacitamente como os positivistas no que tange às fontes do Direito, partindo do pressuposto positivista de que são fontes do Direito apenas as leis e os precedentes – passagem clássica de Llewellyn enumerava sessenta e quatro coisas que se poderia fazer para manobrar um precedente – do que deriva que, segundo eles, muitos dos elementos empíricos, valorativos, que interferem na tomada de decisão são “externos ao Direito”. A partir da constatação de que diferentes fórmulas de interpretação das fontes podem ser tidas como válidas a perspectiva realista considera essas fontes, diante da pluralidade metodológica, inaptas para fundar uma teoria do raciocínio jurídico, que, deste modo, deveria ser pensado a partir do comportamento dos juízes e suas próprias motivações, sem relação necessária com o Direito objetivo¹⁶⁹ e com uma fórmula lógico-subsuntiva estribada em uma teoria formal das fontes. Não menos céticas, ademais, as formulações realistas em relação à determinação dos fatos

¹⁶⁷ “*Law and modern mind*”, em edição de 1970, *apud* ATIENZA, Manoel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2006, p.23.

¹⁶⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2006, p. 22-23.

¹⁶⁹ Também para uma crítica ao realismo jurídico: DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993, p. 46-51.

(premissa menor do silogismo judiciário), segundo eles não passíveis de um controle racional segundo os esquemas explicativos formalistas. Para o realismo, a decisão é uma racionalização feita *a posteriori*, mediante a qual o juiz irá eleger o método, empregado e irá fundamentar suas premissas, diante das múltiplas possibilidades, segundo a intenção de dar aceitabilidade e aparência de racionalidade à intuição geradora. As decisões nada mais podem ser do que o que disserem os juízes, afirmaram eles, e, diante disso, é conveniente que os juízes sejam sinceros quanto aos motivos para que se possa tentar entrever regularidades que permitam previsões realistas. A perspectiva, portanto, voltava-se mais aos aspectos subjetivos e comportamentais, do que resultava escassa possibilidade de controle sob cânones de racionalidade e normatividade.¹⁷⁰

Sepultada a ilusão formalista, restou-nos a constatação de que não há modelo teórico completo que permita individualizar a estrutura racional do juízo e da motivação, tampouco a precisa definição e significado dos cânones de racionalidade e correção. Taruffo não hesita em apontar a heterogeneidade e contextualidade desses cânones, sendo redutivas as tentativas de formulação de uma teoria unitária. Os critérios de justiça são relativos à cultura jurídica em que se insere o ordenamento, em um determinado tempo e lugar, segundo as regras hermenêuticas tidas como válidas.¹⁷¹ O problema que se coloca, então, é o de buscar parâmetros em que se possa basear o intérprete na árdua tarefa de apresentar boas razões para suas decisões.

Buscando contribuir para uma teoria da “decisão justa”, Taruffo indica três critérios a partir dos quais a justiça da decisão deve ser avaliada: a) correta escolha e interpretação da regra jurídica aplicável ao caso; b) determinação adequada dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento válido e justo a partir do qual se produza a decisão.¹⁷²

¹⁷⁰ SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2005, p.104-116.

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p.226.

¹⁷² TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p.224.

Taruffo recusa uma perspectiva exclusivamente procedimental, tal como proposta por Luhman¹⁷³, argumentando que o processo justo é condição necessária, mas não suficiente para a justiça da decisão¹⁷⁴. Os critérios de justiça da decisão não se exaurem na noção de processo justo, em que pese sua indispensabilidade¹⁷⁵. A legitimação da decisão mediante justificação das premissas sobre as quais se funda é esforço que não se resume à observância de um determinado *iter* procedimental, ainda que o procedimento seja estruturado em observância de valores jusfundamentais.

Além do processo justo, portanto, impõe-se aferir a correta aplicação do Direito sobre um contexto fático determinado adequadamente. Vale observar que os três elementos estruturais da decisão justa, além de estarem concomitantemente presentes são reciprocamente implicados, de maneira que um erro relativo a qualquer um deles pode acarretar equívocos importantes em relação à determinação do outro. É evidente que a adequada interpretação e aplicação de uma norma pressupõe que os fatos estejam corretamente determinados, considerando que o sentido da norma está em direta correlação com a realidade que irá regular. Inversamente, a determinação dos fatos está, de muitas formas, condicionada a juízos de relevância e admissibilidade da prova, de marcante conteúdo valorativo, implicando critérios essencialmente jurídicos. Além disso, se a estrutura do processo não garantir o exercício das razões contrapostas, criando obstáculos ou impondo disparidade de armas, tampouco estarão presentes as condições necessárias para o exercício dialético essencial ao modelo de justiça democrática.

¹⁷³ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.

¹⁷⁴ Na mesma linha, Josef Esser, pontuando a insuficiência da perspectiva sistêmica de Luhman para explicar as condições em que se pode afirmar a justiça da decisão. ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, em especial p.201-212.

¹⁷⁵ Taruffo lembra, com ironia, da passagem em que, no famoso romance de Rabelais, o juiz Briduye confessa a Pantagruel que após ler e reler todo o processo e revisar os inúmeros atos e documentos que o compõem, recolhe-se ao seu gabinete e lança os dados. Zela, todavia, para que nenhuma formalidade seja negligenciada, exercendo um “*jeuz d'exercice honeste et recreatif*”. Seria Rabelais “precursor de Luhman” e da ideia de legitimação pelo procedimento. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 99.

Esses critérios, cumpre admitir, escapam a uma definição precisa e somente são identificáveis em um contexto específico, em uma ordem jurídica objetivamente considerada, cujas características são diretamente influentes no resultado. Os critérios de justiça sobre os quais há que se fundar a decisão dependem dos *standards* vigentes e do método empregado.¹⁷⁶ Os princípios e regras vigentes, compreendidos mediante trabalho de depuração e sedimentação de sentidos¹⁷⁷, o uso de postulados aplicativo-normativos reconhecidos, constituem ponto de partida irrenunciáveis. É, ainda assim, em muitos casos, difícil estabelecer de forma rígida o método mais correto ou a interpretação mais correta das normas de um dado sistema dentre distintas possibilidades que se fundam em diferentes linhas de argumentos, impondo-se, a despeito disso, um esforço de motivação que deixe tão claro quanto possível os critérios utilizados, identificando-os como pautas vigentes e socialmente aceitáveis, guardando referibilidade com o direito objetivo. Também os juízos fáticos envolvem múltiplos elementos, tais como o regramento da prova, a suficiência e fiabilidade dos elementos instrutórios disponíveis, os *standards* probatórios aplicáveis, determinando também um discurso justificativo complexo e epistemologicamente orientado.

A justiça da decisão, entre tantas e complexas variáveis, somente pode ser aferida mediante um discurso justificador que explicita as razões para as escolhas realizadas pelo juiz em face do contexto em que se insere a decisão. Somente a partir da motivação objetivamente oferecida é possível aferir a correção dos critérios utilizados, ainda que em alguns casos – especialmente os difíceis - a solução oferecida não exclua necessariamente outras possíveis. A justificação, ademais, deve revelar efetiva análise dos fundamentos das soluções distintas que tenham sido propostas pelos litigantes no exercício do contraditório. A justificação deve externar os fundamentos de uma decisão formada mediante um debate

¹⁷⁶ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p.227.

¹⁷⁷ Conforme anota Ingo Sarlet, os direitos fundamentais constituem “parâmetros materiais e limites para o desenvolvimento judicial do Direito”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998, p.331.

institucionalizado, democrático e obediente a valores constitucionais e partilhados pela comunidade em que se insere.¹⁷⁸

A aferição da justiça da decisão é, em razão dessa intrínseca complexidade, dependente da concepção que se tenha acerca da própria estrutura do discurso judicial, seja no que concerne à sua justificação interna, seja em relação à justificação externa. A coerência e a aceitabilidade justificada da decisão está vinculada aos critérios objetivos pelos quais é possível verificar a consistência das premissas fáticas e daquelas de natureza interpretativa que permitem a qualificação jurídica dos fatos. A decisão surge da articulação argumentativamente construída (e, portanto, aproximativa, contingente) da realidade objetiva que, no proceso, vem constituída pelos fatos acertados e pelas normas jurídicas contextualmente interpretadas e aplicadas em vista do debate desenvolvido.¹⁷⁹

O Estado constitucional contemporâneo busca reduzir o espaço de arbitrariedade estabelecendo normas objetivamente válidas e exigindo que o Estado-Juiz preste contas, de forma adequada, da racionalidade da decisão e dos fundamentos que lhe dão apoio. A motivação não pode ser tomada como mera exigência técnica ou formal, consistindo elemento indispensável à legitimação do ato de poder, impondo-se sua justificação formal e material.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Para Esser, a decisão tem valor quando concilia a racionalidade conforme o sistema, a verificabilidade dogmática, a observância das regras conhecidas do processo cognitivo com uma apreensão que a faça plausível socialmente, mediante angariação de certo consenso objetivamente identificável. A legitimidade da decisão não se prende mais à ideia de autoridade de um sistema que, fechado em si, não se ocupa de sua significação externa. ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 21-22. 38).

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 66.

¹⁸⁰ O que não apenas reconhece a doutrina, mas também o afirma o STJ, em que pese o modesto acatamento que lhe presta: “O Judiciário legitima-se pela motivação de suas decisões, que penetram no âmago da sociedade, instando esta a conformar-se ou contradizê-las. AgRg no Ag 656.919/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008. CADIET, Loïc, NORMAD. Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France. Thémis droit. 2010, p. 679.

1.2. Descobrimto e justificação: uma distinção útil para a compreensão do dever de motivar

Em seu escrito referencial sobre a motivação das sentenças penais, Enio Amodio manifesta entendimento no sentido de que a análise da estrutura lógica do discurso justificativo tem importância residual em face de um controle de tipo normativo que, segundo ele, é o parâmetro principal para determinar os vícios de motivação. Nesse horizonte limitado, encontra utilidade no exame da estrutura racional da motivação também mediante parâmetros lógicos para flagrar vícios de raciocínio que possam gerar nulidade da decisão.

Alinha-se Amodio à mesma posição cética que, de modo geral, caracteriza a doutrina do período posterior à segunda guerra em relação à teoria silogística dos juízos, por reputá-la incapaz de qualquer indicação útil sobre como efetivamente as decisões são tomadas e tampouco como são motivadas. É uma teoria que menos descreve o juízo do que afirma um modelo ideal de juízo, com uma função claramente ideológica de propalar a neutralidade do juiz em relação a valores e sua irrestrita obediência à lei.¹⁸¹

De outro lado, deve ser recusada igualmente a “falácia mentalística” que assimila a motivação à descrição do processo psicológico do juiz, à externalização do que se passa em sua mente no processo de tomada de decisão (*in mente retentum/verbis expositum*). Ao partir da ideia de que o juiz ao motivar a decisão externa o processo mental de sua elaboração, dois outros equívocos podem surgir: a “falácia descritivista”, segundo a qual a motivação é imagem especular do raciocínio decisório - que, portanto, seria dotado do mesmo rigor lógico com que se apresenta a motivação -, e a “falácia irracionalística” que, ao entender que a decisão resulta de intuição, de impulso eivado de elementos irracionais, faz da motivação um sem sentido, incapaz de apreender a riqueza e heterogeneidade de

¹⁸¹ AMODIO, Ennio. *Motivazione dela Sentenza Penal*. In Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII, p. 213.

um estado psicológico gerador. Nessa última linha posiciona-se o realismo estadunidense e sua contundente crítica à logicidade dos juízos.¹⁸²

Conclui no sentido de que, embora seja clara a distinção entre *context of justification* e *context of discovery*, é possível estabelecer entre eles umnexo que define como “comportamental”, em que assume papel de relevo a função performativa do discurso. “A sentença interessa, em suma, fenomenologicamente, não por sua referência ao processo mental pelo qual foi gerada, mas pelos reflexos que dela derivam no comportamento de outrem”, de onde afirma ser sua tese “comportamentalista”.¹⁸³

Entre nós, Antônio Magalhães Gomes Filho parece orientar-se, embora não de forma decidida, em um sentido moderadamente descritivista na medida em que, segundo afirma, o decidir, além de impor vínculos que derivam de um contexto institucional, “exige também a comunicação do caminho percorrido para se chegar à conclusão, possibilitando a sua discussão e o seu controle”. Subjaz à perspectiva a percepção de que, para ele, a motivação, a “comunicação” corresponde à descrição do *iter* do raciocínio judicial, cuja publicidade permite análise e controle. Embora reconhecendo uma distinção conceitual, conforme apontado pela doutrina, entre raciocínio decisório e discurso justificativo, entende haver entre eles uma relação profunda no sentido de que a imposição do dever de motivar tem como objetivo “assegurar determinada forma de raciocínio decisório”, impondo que as decisões sejam tomadas por razões “confessáveis”.¹⁸⁴

De modo geral, como já se disse, não há dificuldade em conceder que o raciocínio judicial tem estrutura complexa e heterogênea que envolve elementos

¹⁸² AMODIO, Ennio. *Motivazione dela Sentenza Penal*. In Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII, p.214.

¹⁸³ AMODIO, Ennio. *Motivazione dela Sentenza Penal*. In Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII, p. 215.

¹⁸⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111-115. Parece também ser esta a concepção de Calamandrei, do que se extrai do célebre ensaio dedicado à estrutura lógica da sentença, cujo acento é permanentemente posto no “*pensiero del giudice di merito nel pronunciare la sentenza*”. Todavia, ao concluir o ensaio, Calamandrei reconhece que o modelo apresentado não representa uma descrição do juízo, “que pode assumir variadíssimas formas”, mas apenas uma tentativa de isolar seus componentes lógicos, o que pode parecer um tanto “artificial”. CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civil*. In: Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965, p.11-54.

dísparos, cuja articulação percorre também múltiplos caminhos. A perspectiva unitária (mentalista), todavia, não deixa clara a forma como seria possível aferir se a motivação corresponde ao caminho efetivamente trilhado pelo raciocínio do juiz ou se ele observou a “forma de raciocínio decisório” que se entende correta. Não se pode descartar que, ao contrário, o raciocínio decisório tenha passado por instâncias “inconfessáveis” e não seja mais do que racionalização *a posteriori*, um ato de “*ipocrisia studiata a bella posta*”¹⁸⁵, preocupado apenas em gerar aceitabilidade. É possível supor que, estando o juiz ciente do dever de dar motivos à sua decisão e do espaço fortemente institucionalizado em que habita, realize certo contorcionismo para ocultar ou racionalizar linhas de pensamento fundadas em elementos não racionais - e por vezes inconscientes - oriundos de preconceitos, ideologias, convicções pessoais arraigadas e fórmulas recorrentes de pensamento.

É provável, todavia, que efetivamente o discurso justificativo corresponda, em grande medida, à trajetória de um pensamento habituado aos critérios objetivos, a certa racionalidade empírica que é própria do exercício *probo* de seu ofício. De modo geral, a trajetória do pensamento do magistrado corresponde a formas de racionalidade que envolvem conjunto mais ou menos limitado de instrumentos heurísticos e a consciência do contexto institucionalizado em que se desenvolve. Nem divórcio nem identificação absoluta, portanto, supõe-se o habitual nas relações entre descobrimento e justificação¹⁸⁶.

Permanece, a despeito disso, aberta a pergunta sobre a possibilidade de que a motivação garanta, no processo interno de deliberação, uma determinada estrutura de raciocínio. Responder positivamente implica dar por inequívoca a sinceridade da resposta judicial, o rigor lógico do pensamento que lhe deu origem e a precisão e expressividade da linguagem do discurso justificativo em relação ao raciocínio decisório, o qual não contemplaria conteúdo irracional. Surge ainda outra questão importante: é possível aferir essa correspondência? A resposta é no sentido de que, embora vários dos elementos presentes no raciocínio decisório

¹⁸⁵ As expressões são de Calamandrei. CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia. In: Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p. 674.

¹⁸⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.209.

acabem expressos pelo discurso justificativo, não é possível falar de uma coincidência geral¹⁸⁷ e, ademais, sequer há utilidade em buscar saber se efetivamente assim o é, considerando que o único dado objetivo sobre o qual pode debruçar-se a análise é o discurso justificativo. A partir dele é que todos os parâmetros de controle podem ser aplicados.

Outro problema peculiar à perspectiva unitária é aquele relacionado aos julgamentos colegiados. Não parece possível que uma decisão oriunda de uma deliberação possa produzir decisão que em sua motivação seja apta a evidenciar o percurso do raciocínio de cada um dos seus partícipes, como soube flagrar Perelman.¹⁸⁸

Trata-se, portanto de discernir claramente, sob o ponto de vista estrutural e funcional, a esfera interna da deliberação, com suas múltiplas encruzilhadas, caminhos e descaminhos, e a esfera externa ou pública da justificação.¹⁸⁹

McCormick ilustra perfeitamente a questão: “é certo que Arquimedes pode ter descoberto seu célebre princípio graças a uma fulgurante iluminação (...). Todavia, o que justifica que Arquimedes ou qualquer outro sustente que os corpos submersos em um líquido recebem um impulso para cima equivalente ao peso do líquido deslocado é que isso pode ser provado experimentalmente (...). Analogamente, o que induz um juiz a pensar que uma parte mais do que a outra tem razão é uma pergunta completamente distinta do que aquela sobre que boas razões se podem sustentar em favor de uma parte ou de outra”¹⁹⁰

Segundo Taruffo, o *context of discovery* e o *context of justification*, em um processo judicial, correspondem, respectivamente, ao raciocínio que leva à decisão

¹⁸⁷ Assim também LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação das sentenças*. In: REPRO, n.29. São Paulo: revista dos Tribunais, 1979.

¹⁸⁸ Sobre a não confluência entre motivação e *iter* psicológico, referindo a total impossibilidade dessa perspectiva em se tratando de julgamento colegiado. PERELMAN, Chaïm. *Rapprt de synthèse. La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p.415. No mesmo sentido: CADIET, Loïc, NORMAD. Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France. Thémis droit. 2010, p. 679.

¹⁸⁹ Longamente tratando da matéria. SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de La Universidad de Granada, 2005, p. 148-164.

¹⁹⁰ Neil MacCormick, *apud* SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de La Universidad de Granada, 2005, p. 153.

e ao que conduz o discurso motivador. São eles diversos do ponto de vista estrutural e fenomenológico, “no sentido de que o primeiro é uma atividade e o segundo é um discurso” que, ademais, não pode ser confundido como o resultado lingüístico da atividade. “A relação em exame é complexa e mediada segundo um esquema que se pode sinteticamente representar assim: raciocínio decisório (atividade)/decisão (resultado) / raciocínio justificativo (atividade)/ motivação (resultado)”.¹⁹¹ Paolo Comanducci utiliza, para externar a mesma ideia, as expressões motivação-atividade; motivação-documento.¹⁹² A motivação-atividade pode ser descrita como o procedimento mental que conduz o juiz a formular a decisão e está relacionada ao contexto de descobrimento. A motivação-documento é o conjunto de enunciados do discurso judicial em que se aportam as razões da decisão, estando vinculado ao contexto de justificação.¹⁹³

O raciocínio decisório é imperscrutável e virtualmente eivado de elementos não racionais cuja explicitação é não apenas difícil, mas também inútil e, no limite, indesejável e embaraçosa. Não se pode esquecer que o discurso judicial, fortemente institucionalizado, tem consciência do necessário distanciamento que impõe certa “neutralização” dos componentes de acentuada subjetividade, os quais, em muitos casos, implicariam fragilização da função performativa do discurso.

O discurso justificativo é o que permite o controle dos parâmetros da decisão sob o aspecto lógico, ético, político e essencialmente jurídico e é, ainda, o que permite aferir se a decisão está devidamente motivada.

1.3. Justificação interna e justificação externa

Robert Alexy ao tratar do discurso justificativo judicial, refere-se a dois níveis de justificação que identifica, com base em Wróblewski, como *justificação interna* e

¹⁹¹ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 215-216.

¹⁹² COMANDUCCI, Paolo. *La motivazione in fatto*. In UBERTIS, Giulio (La conoscenza del fato em el processo penale). Milano: Giuffrè, 1992, p. 219-222.

¹⁹³ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 207.

justificação externa.¹⁹⁴ Alguns autores utilizam, ainda, a designação *formal* e *material* para identificá-los. A justificação interna (formal) vincula-se à adequação lógica entre as premissas e a conclusão. Está ligada, portanto, à “estrutura formal da fundamentação jurídica”. Por sua vez, constitui objeto da justificação externa (material) a correção das premissas utilizadas. É na justificação externa que se apresenta vivamente o problema da fundamentação das premissas do raciocínio justificativo, podendo envolver a interpretação de regras ou princípios jurídicos, enunciados fáticos e premissas que não podem ser devidamente incluídas nem em uma nem em outra categoria. Para cada uma delas, correspondem distintas formas de raciocínio e de articulação do discurso justificativo, do que tem se ocupado vivamente as teorias da argumentação jurídica.

As teorias da argumentação buscam orientar o discurso justificativo, afastando-se do determinismo metodológico pelo qual, ou as decisões não precisam ser justificadas porque possuem autoridade legítima – como ocorre, por exemplo, no caso do *trial by jury*¹⁹⁵, em que a ausência de justificação deriva de opções teórico-políticas arraigadas na tradição – ou, ainda porque são mera aplicação de normas gerais de sentido unívoco sobre fatos verdadeiros. Os esforços das teorias da argumentação jurídica contrapõem-se, ainda, às vertentes irracionálistas céticas quanto à possibilidade de justificar externamente as decisões porque são puros atos de vontade, de criação, oriundas de exercício discricionário em sentido forte, reafirmando a possibilidade de um controle racional sobre a decisão mediante instrumentos lógicos que permitam aferir a correção do raciocínio e parâmetros jurídicos tidos como válidos.¹⁹⁶

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005, p.217-218. Manuel Atienza também atribui a Wróblewski a terminologia hoje amplamente aceita no ambiente científico. A justificação interna está relacionada à lógica dedutiva e corresponde à justificação formal da conclusão ou da premissa. A justificação externa, ou justificação material vai além da lógica dedutiva para analisar a validade, justiça ou correção da premissa e constitui o objeto das teorias da argumentação que ocupam lugar central na teoria contemporânea do Direito e também da obra em que faz um apanhado crítico de suas diversas formulações. ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*. São Paulo: Landy, 2006, p. 40.

¹⁹⁵ Em nosso sistema persiste também exceção do dever de motivar nos julgamentos criminais da competência do júri popular.

¹⁹⁶ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2006, p. 22.

Nenhum esforço de compreender minimamente o raciocínio decisório pode prescindir de uma perspectiva que integre elementos lógicos, valorativos e retóricos. Trata-se de uma “entidade complexa e heterogênea” cujos diversos segmentos se articulam em vista do objetivo que é a formulação da decisão. O raciocínio justificativo, por sua vez, move-se a partir das premissas utilizadas e seus vários elementos para justificar a decisão e fazê-la aceitável, estabelecendo entre eles conexões cuja racionalidade e referibilidade devem ser discursivamente justificadas.¹⁹⁷ Impõe-se, portanto, estabelecer as diferentes funções que exercem os raciocínios decisórios e os raciocínios justificativos com o fito de melhor compreender o dever de motivação em direta relação com o raciocínio justificativo.

1.4. Direito e fato na estrutura da sentença

Calamandrei, com sua imensa sensibilidade para os grandes problemas do Direito, ao concluir ensaio sobre a gênese lógica da sentença, em que analisa o raciocínio judicial e busca descrever as operações lógicas que cumpre para a definição dos fatos e aferição de sua adequação à fatispécie descrita na norma, conclui dizendo: “me propus até aqui a isolar o esqueleto lógico do raciocínio que o juiz realiza, reduzindo a uma fórmula geral aquilo que na específica realidade pode assumir formas muito variadas. O esquema poderia parecer artificioso, mas o primeiro exemplo de artifício nesse campo é dado por nossa lei positiva que embasa fundamental instituto de nosso ordenamento judiciário na distinção, exata em teoria e na prática falaz, entre questão de direito e questão de fato.”¹⁹⁸

Danilo Knijnik, percebendo a artificialidade da distinção radical entre as questões de direito e as questões de fato, propõe uma nova categoria que, segundo seu entendimento, pode melhor equacionar o problema da reafirmação dogmática da distinção e as distorções dela derivadas. A característica fundamental da questão mista é a de não ser possível, nela, a distinção entre fato e

¹⁹⁷ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p.211-212.

¹⁹⁸ CALAMANDREI, Piero. *La genesi logica della sentenza civile*. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965, p.54.

direito, de modo que não se deve sequer intentá-la. Dado seu alto grau de indeterminação, ela poderá ser objeto de uma revisão in jure, sendo improdutivo (e inadequada) a sua qualificação como questão de fato ou de direito.¹⁹⁹ O autor aponta três causas principais que determinam a “erosão” do critério fundado na dicotomia fato (questão de fato)/direito (questão de direito)²⁰⁰: a primeira é a “causa hermenêutica”, relacionada aos avanços da teoria geral do direito, especialmente no que tange à relação fato-direito; a segunda, a “causa dogmática”, vinculada às características da técnica legislativa contemporânea, com ampla utilização de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados (de acentuada abertura semântica) e normas elásticas; a terceira é a “causa processual”, ligada ao “papel ‘prospectivo’ e ‘transindividual’ que o processo, paulatinamente, vem ocupando”, à “relativização da concepção ‘moderna’ de prova”, e à ideia de um processo com olhos postos na efetividade.²⁰¹

Afirma Castanheira Neves que a correlatividade, a relação predicativa (a validade em sentido jurídico é sempre a validade de algo), marca a relação fato-Direito. Uma questão de fato é sempre questão de fato de certa questão jurídica, formando um “problema jurídico concreto (caso)”. “O Direito concretamente substantivado transcende e assume, assim, simultaneamente a questão-de-fato e a questão-de-Direito, ao ser ele o resultado e a síntese-solução de ambas”. A questão de Direito não pode prescindir da “solidária influência” da questão de fato. Um problema “não se individualiza numa mera referência ao seu objeto, mas unicamente por relação metodológico-problemática que conecta um ‘objeto’ a um ‘objetivo’, um objeto a uma específica intenção problemática”.²⁰² Integra os juízos a recíproca referência entre a fixação do fato e sua valoração pelas partes e pelo juiz, analisado o problema em seu aspecto dinâmico. A cognição está intimamente vinculada ao juízo, está ligada não apenas ao saber (*episteme*), mas também ao

¹⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.187.

²⁰⁰ KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 13.

²⁰¹ Refere-se a um “quarto momento metodológico” de “transmigração do individual para o coletivo” de marcada publicização, em que o processo assume função prospectiva. KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66-68.

²⁰² NEVES, Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 1. Coimbra: Coimbra editora, 1995, p.512.

decidir (*doxa*).²⁰³ O processo não cuida de fatos tratados em sua pura materialidade, e sim de fatos juridicizados cujo "significado" deve ser buscado no processo. "O juiz não labora com a simples descrição empírica dos fatos. Ele deve interpretar tanto a norma legal quanto atribuir aos fatos 'significados' que haverão de ser qualificados como jurídicos".²⁰⁴ Javier Ezquizaga Ganuzas salienta que "as atribuições do juiz no processo e nas sentenças são mais amplas do que a apresentação tradicional do princípio *iura novit curia* mostra, já que a função própria do juiz, expressada pelo aforismo, não se limita à eleição e emprego dos materiais jurídicos, senão que, como consequência precisamente dessa autonomia em relação a eles, se projeta de modo muito importante sobre os elementos de fato".²⁰⁵

São úteis para a compreensão dessas relações as noções desenvolvidas por Friedrich Müller de "programa normativo" e "âmbito normativo". O teor literal do dispositivo legal expressa o 'programa da norma', a 'ordem jurídica' tradicionalmente assim compreendida. Pertence adicionalmente à norma, em nível hierarquicamente igual, o 'âmbito da norma', isto é, o recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma 'escolheu' para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação. Para ele, a norma individual surge dessa recíproca implicação, não sendo possível falar em sentido da norma em momento diverso daquele de sua concreção em que ocorre este mútuo reconhecimento, estando ambas as dimensões inseridas na norma.²⁰⁶ O conhecimento da realidade que a norma pretende regular é indispensável à tomada

²⁰³ GIULIANI, Alessandro. *L'Ordo Iudiciarius Medioevale*. Revista de Diritto Processuale. Padova: CEDAM, 1988, p.602.

²⁰⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. *Verdade e significado*. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em 05/04/2009. Com maior amplitude: *Epistemologia das ciências culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. Em semelhante posicionamento: PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragione pratica*. Milano: Giuffrè, 1996, p.75-80.

²⁰⁵ GANUZAS, Javier Ezquizaga. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000, p.87.

²⁰⁶ MÜLLER Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p.48.

de qualquer decisão que envolva a concretização de norma, tanto mais aquelas cujo enunciado, por sua generalidade, carrega grande imprecisão semântica.²⁰⁷

Para Marina Gascón Abellán os juristas, mais do que de fatos e de valores, ocupam-se de discursos assertivos e de discursos valorativo-prescritivos, de onde surge, desde logo, uma irrenunciável distinção. Para ela, a afirmação de que não há no processo fatos brutos, senão fatos juridicamente qualificados apenas indica que há a necessidade de, antes de valorar os fatos, identificá-los como efetivamente ocorridos, juízo que, segundo ela, não possui natureza normativa.²⁰⁸ Lembra Taruffo, ademais, que apontar a necessária qualificação jurídica dos fatos não elimina a necessidade identificar os fatos como efetivamente ocorridos. Mesmo que haja questões de direito a interferir nessa determinação dos fatos a valorar – regras de direito probatório, por exemplo - ou que, ao revés, a solução de questões jurídicas implique juízos de fato, a definição dos fatos demanda um discurso justificativo próprio, de natureza diversa daquele ligado ao sentido da norma. O discurso fático, voltado à verdade dos enunciados fáticos, de acordo com Taruffo e Abellán, deve ser epistemologicamente orientado e se diferencia do discurso sobre as premissas jurídicas da decisão do caso, embora reconheçam tranquilamente a correlação entre eles.²⁰⁹ A questão é assim posta por Marina Gascón Abellán, ao estabelecer a distinção entre a justificação da premissa jurídica e da premissa fática: “enquanto justificar um enunciado normativo consiste em sustentar com razões a sua validade, sua correção ou sua justiça, justificar um enunciado fático consiste em aduzir razões que permitam sustentar que é verdadeiro ou provável”.²¹⁰

A abordagem que segue, portanto, enfocando separadamente o problema da motivação em fato e da motivação em direito não implica adesão à tese da rígida separação moderna entre direito e fato. Nenhuma dúvida há quanto à

²⁰⁷ Conf. Friedrich Müller *apud* Juan Carlos Gavara de Cara. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p.108.

²⁰⁸ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 215.

²⁰⁹ Sobre o ponto, amplamente. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 135-193.

²¹⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 216.

implicação direta existente entre direito e fato na estrutura da decisão, do mesmo modo como a própria definição das premissas fáticas envolve a utilização de critérios jurídicos e, em sentido inverso, a definição do sentido da norma é diretamente influenciada pelos elementos fáticos concretos do caso a decidir, tanto mais quando a textura da lei apresenta cada vez maior abertura e a operação de princípios e dos postulados aplicativo-normativos envolvidos em sua concreção determinam fluxo constante entre direito e fato na estruturação do raciocínio decisório e do discurso que lhe fundamenta. A razão da análise apartada é a conveniência de tratar especificamente problemas vinculados à justificação dos juízos fáticos ou jurídicos, os quais apresentam aspectos peculiares, passíveis de individualização. A interpenetração, a despeito disso, restará evidente no desenvolvimento dos tópicos.

2. Motivação dos juízos fáticos

Atendendo à proposta já acenada de tratar separadamente os problemas que envolvem a formação das premissas fáticas e jurídicas da decisão judicial. Em sentido crítico, a tese propõe parâmetros para um adequado controle dos juízos de fato, com sentido dogmático. Será inicialmente, enfocada a necessidade de se adotar uma perspectiva epistemologicamente orientada em relação aos juízos fáticos, entendendo que se faz necessário o controle da racionalidade de tais juízos a partir de parâmetros objetivos definidos. Segue a exposição tratando da necessidade de correta identificação e justificação das máximas de experiência utilizadas, bem como de análise de todo o conjunto da prova, tomando cada elemento de prova individualmente e em suas relações com os demais elementos produzidos, aferindo, em termos de probabilidade lógica, a sua veracidade. Consistindo o modelo de constatação (*standard* probatório) parâmetro necessário para a análise da suficiência das razões que amparam os juízos de veracidade relativos a proposições fáticas, a tese irá analisar criticamente a correlação que se

induz da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entre o modelo de constatação aplicado aos juízos fáticos e a extensão e conteúdo do dever de motivar. Por derradeiro, também em sentido crítico, o estudo irá versar sobre a inaptidão do princípio da imediação como critério para aferir a correção do juízo fático, reconhecendo-lhe função mais modesta de otimização da prova oral, ou, em outros termos, atribuindo-lhe função meramente instrumental e não decisória.

2.1. A tendência irracionalista e a perspectiva epistemológica

Não é este o lugar para o enfrentamento das muitas e complexas questões envolvendo a prova judicial, campo de estudo que recentemente vem ampliando os seus horizontes para dialogar abertamente com a filosofia, a epistemologia, as ciências naturais, constituindo um dos mais vastos e ricos campos de estudo da contemporaneidade, o que representa um grande avanço em relação ao relativo desinteresse que por muito tempo toldou iniciativas de desenvolvimento da matéria, inclusive no plano estritamente processual. O mesmo não pode ser dito em relação à tradição da *Common Law*, o qual sempre foi aberto à discussão sobre a prova e oferece contribuições importantes para o desenvolvimento de parâmetros para o controle dos juízos probatórios.

Constata-se uma praxe bastante comum de atribuir importância reduzida ao discurso justificador das decisões sobre a veracidade dos enunciados fáticos e, portanto, à necessidade de justificar escolhas fundamentais para a construção da decisão justa.²¹¹ Refere Taruffo que a aversão aos fatos, típica do normativismo conceitualista pós-ilustrado, é responsável pela reduzida importância atribuída à construção da premissa menor do silogismo judicial. Mesmo o movimento de revisão que lhe seguiu, ao enfatizar interpretação e aplicação das normas, acabou dedicando pouca atenção ao controle racional (sob o viés discursivo-dialético) dos juízos fáticos.

Segundo Taruffo, a motivação não é habitualmente tímida ao dialogar com as partes sobre o sentido das normas, refletindo, em geral, efetiva análise das

²¹¹ TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*. In *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988, p. 201-207.

razões por elas oferecidas. Ao revés, é avarenta no que respeita aos fatos, quase como uma afirmação de um espaço íntimo em que as crenças do juiz se formam sob um pouco claro sentido de “livre apreciação”. Em outras palavras, como afirma Taruffo, em relação aos fatos o juiz “interrompe o diálogo com as partes eliminando qualquer consideração de reconstrução dos fatos diversa daquela adotada na decisão”.²¹² A constatação, além de verdadeira em muitos casos, revela um desprestígio do contraditório no que se refere aos juízos fáticos. Ao desdenhar uma motivação analítica a praxe evidencia problema recorrente: embora possa a decisão apresentar uma estrutura lógica aparentemente adequada, falha na tarefa de demonstrar a validade lógica de muitas das premissas que utiliza na estruturação do discurso sobre a realidade a ser examinada.²¹³

A questão é velha. É substancialmente diferente articular um discurso no qual a consequência derive logicamente das premissas – restringindo-se à declaração de proposições fáticas acreditadas - e articular um discurso que, além disso, justifique a racionalidade das premissas adotadas e se ocupe de explicar porque determinadas proposições fáticas foram tidas como verdadeiras em vista da prova produzida. Frágil é a racionalidade inerente a um discurso legitimador que cumpre apenas a primeira dessas tarefas, ou seja, que articula coerentemente a conclusão com as premissas eleitas, mas mantém ocultas as razões que levaram à definição das premissas.

Após a ilustração ocorre um afastamento em relação ao paradigma epistemológico até então dominante, o qual vinculava o juiz ao material probatório e suplantava o vetusto sistema da prova legal substituindo-o pela livre convicção. Tal como concebida pelo pensamento ilustrado, a livre convicção determinava que, mediante raciocínios indutivos, fundados concretamente nos elementos de prova recolhidos, deveria o juiz formular juízos fáticos, sem os constrangimentos da tarifação legal de provas e, tampouco, com a irrestrita liberdade da íntima

²¹² TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*. In *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988, p. 202. O escrito, no particular, tem sabor de manifesto contra a praxe assaz difundida do que designa *self restraint* no que concerne à motivação dos juízos fáticos.

²¹³ TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia*. In *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988, p. 197.

convicção.²¹⁴ Pouco interessado em envolver-se com os problemas da justificação dos juízos indutivos, o pensamento formalista acabou abandonando-o à sua inerente subjetividade. O racionalismo acrítico característico do positivismo teórico ocupou-se dos métodos hermenêuticos voltados a eludir os problemas clássicos da vaguedade da linguagem, das lacunas e das contradições do sistema, dando pouca atenção ao problema do acertamento dos fatos. O juízo fático, à míngua de um desenvolvimento teórico adequado, acaba transformado em um “momento místico”, como refere Ferrajoli, cuja racionalidade deixa de se fundar em adequada construção epistemológica, carente de adequada justificação dos saltos indutivos.²¹⁵

A reação antiformalista, quando toma corpo, acaba por incidir em semelhante negligência ao dar maior atenção à questão das fontes e à teoria da interpretação, pouca relevância prestando ao problema da determinação dos fatos, o que somente viria a ocorrer tardiamente, a partir de obras como a de Alessandro Giuliani, ocupada do conceito de prova sob o viés retórico-dialético²¹⁶.

Autores de grande influência no movimento de afirmação de uma lógica específica do Direito, embora a virtude notável de afirmar a natureza dialógica do raciocínio judicial, seus vínculos com a teoria do discurso e afastá-lo da perspectiva redutora da lógica formal, neutra em relação a valores, ofereceram pouca contribuição no que respeita aos juízos fáticos. Tomemos como exemplo disso a perspectiva de Perelman, para quem “o juiz muitas vezes pode ater-se a declarar que os fatos estão ou não estabelecidos, mas tem de indicar as razões por que descarta as objeções do demandante ou demandado, quando estas se referem a questões de Direito relativas à prova”.²¹⁷ Observe-se que, segundo ele, a sindicabilidade dos juízos fáticos pode resumir-se aos aspectos jurídicos atinentes às normas que regem a prova e não da racionalidade dos juízos fáticos em si. Tanto assim é que dedica grande atenção ao problema fundamental da

²¹⁴ “A livre convicção era corolário da substituição do raciocínio dedutivo, próprio da prova legal, por uma concepção indutiva, e, portanto, probabilística das provas.” ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.34

²¹⁵ *Apud* ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.34-35.

²¹⁶ GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Padova: CEDAM, 1971.

²¹⁷ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 488.

qualificação jurídica dos fatos e das normas que habitualmente regem a prova judiciária, mas pouca ou nenhuma relevância atribui ao momento ainda anterior de determinação dos fatos da causa. Sobre os critérios que devem nortear a atividade de determinação verdadeira dos fatos, parece assumir que restam insondáveis e deixados ao arbítrio judicial, contanto que observadas as regras jurídicas dispostas em um determinado ordenamento relativas à prova.²¹⁸

Outro aspecto a considerar é a forte influência das concepções teórico-filosóficas - ditas pós-modernas - céticas em relação à possibilidade do conhecimento da realidade e que passa pela própria avaliação que se faça da ideia de verdade no processo. Michele Taruffo, fundado principalmente na crítica desferida por Susan Haack aos *new cynics*²¹⁹, detratores da verdade entendida como correspondência entre os enunciados e o mundo externo – ou seja, da ideia que só tem sentido falar em realidade se pensarmos que há um mundo externo a um indivíduo ou grupo de indivíduos e que somente pode ser predicado como verdadeiro o enunciado que corresponda à realidade externa – cuja apreensão somente é possível mediante parâmetros adequados desde o ponto de vista epistemológico e cuja racionalidade somente é aferível mediante adequado discurso justificativo. Tampouco são suficientes as propostas teóricas que limitam questão relativa à determinação verdadeira dos fatos apenas às noções de coerência narrativa ou de adesão do auditório, sem qualquer relação com o mundo exterior ao contexto comunicativo. A coerência interna do discurso não implica necessária correlatividade com o mundo exterior. A coerência pode servir de parâmetro para aferir a consistência lógica do discurso, mas nada informa em relação à sua pretensão de verdade. A persuasão tampouco constitui critério epistemológico adequado na medida em que implica elementos extrarracionais não passíveis de controle.

²¹⁸ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 580-591.

²¹⁹ *Veriphobia, atitruth hostility* e outras são expressões com as quais autores identificam as tendências de pensamento que negam a existência de uma relação necessária entre linguagem e mundo e acabam por afastar, a partir do chamado *linguistic turn*, qualquer necessária relação entre o mundo externo e a linguagem, concebendo as ideias de realidade, conhecimento, verdade, um produto exclusivo da linguagem que, segundo pensam, é o limite do cognoscível. TARUFFO, Michele. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

O que resulta do conjunto de concepções e tendências céticas ou demasiado limitativas em relação à função que a determinação verdadeira dos fatos exerce na tarefa de tomada de decisões é a ideia bastante difundida de que o processo judicial é epistemologicamente inadequado para a obtenção da verdade e que, em razão disso, os juízos fáticos carecem de parâmetros confiáveis de controle sob o aspecto de sua racionalidade. Assim as coisas, parece aceitável que os juízos fáticos convertam-se em uma “*corazonada no exteriorizable ni controlable*”²²⁰.

Buscando uma nova orientação, setores importantes da doutrina propõem uma perspectiva epistemológica segundo a qual a motivação em matéria de fato deve justificar racionalmente a decisão que predique determinadas proposições fáticas como verdadeiras. A doutrina já em muitíssimas passagens fez a ressalva no sentido de que o que se está tratando ao referir a prova dos “fatos da causa”, ou dos “fatos relevantes”, o que se está, em realidade, é utilizando uma simplificação de uma ideia mais complexa, qual seja a de que os juízos de fato têm por objeto enunciados relativos a fatos cuja verdade se busca estabelecer para a construção da decisão.²²¹ O problema da definição dos fatos da causa está, assim, relacionado ao juízo que afirma que esta ou aquela proposição fática está provada. Em síntese, “o êxito da instituição da prova jurídica se produz quando os enunciados sobre os fatos que se declaram provados são verdadeiros”.²²²

²²⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 199.

²²¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 38-40. Também para Sentis Melendo “los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a hechos. La parte – siempre la parte; no el juez – formula afirmaciones; no viene a traerle al juez sus dudas sino su seguridad – real o ficticia – sobre lo que sabe; no viene a pedirle al juez que averigüe sino a decirle lo que ella ha averiguado; para que el juez constate, compruebe, verifique (esta es la expresión exacta) si estas afirmaciones coinciden con la realidad.” MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1979, p. 12-14. Ainda: TARUFFO, Michele. *Elementi per um’analyse del giudizio di fato. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 237.

²²² BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 72. Não é aqui o lugar para o debate sobre as relações complexas e profundas entre prova e verdade, tema que vem merecendo renovada abordagem doutrinária em que se destacam, entre outros, livro recente de Taruffo. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009.

A decisão sobre os fatos deriva de um juízo indutivo que, ao levar a efeito exame dos elementos disponíveis, se habilita a afirmar a probabilidade lógica de uma determinada proposição, em vista do *standard* aplicável.²²³ Deste ponto de vista, a afirmação da racionalidade da decisão sobre os fatos não fica circunscrita à ideia que deles faz o juiz, em seu estado mental de crença na verdade da proposição fática²²⁴. Na realidade, o convencimento do juiz por si só não garante racionalidade alguma. Para que se repute justificada a convicção judicial, é necessário que os fundamentos façam aceitável a decisão para um juiz que não interveio na causa e se debruce sobre os autos.²²⁵ Com isso se quer dizer que os juízos não podem derivar de critérios subjetivos, não objetiváveis. É necessário estabelecer critérios externos à decisão que permitam o controle de sua correção.

Mais especificamente, é possível afirmar que determinado fato está provado se existem elementos nos autos que, devidamente analisados, segundo critérios definidos, permitam afirmar a sua veracidade (em termos de probabilidade lógica)²²⁶. É necessário, do ponto de vista teórico, que se diga “quando ou sob que condições os elementos de juízo são suficientes”.²²⁷ Tratando-se, pois, da formulação de um juízo de probabilidade lógica que depende do grau de confirmação das hipóteses em vista dos elementos disponíveis, é uma imposição

²²³ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139-141.

²²⁴ “A coerência e a aceitabilidade justificada são, em suma, os critérios objetivos conforme aos quais o juiz avalia e decide sobre a verdade ou a fiabilidade das premissas probatórias da indução do fato”. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 66.

²²⁵ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.33, citando a doutrina de Gehard Walter, segundo a qual isso deriva do fato de que o juiz atua não como indivíduo mas como representante da justiça toda e, portanto, deve observar critérios generalizáveis.

²²⁶ E não se despreze o conjunto substancial de normas que regem a prova e que, por vezes, determinam decisão contrária à crença do juiz por representarem limites incontornáveis à manifestação de sua subjetividade. Assim, por exemplo, uma regra de exclusão de meio probatório, a ilicitude da prova, a vedação de utilização do conhecimento privado do juiz, a existência de presunção legal contrária à crença do juiz, etc.

²²⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 78.

de racionalidade e controlabilidade a presença de um discurso motivador consistente.²²⁸

Disso resulta que a motivação em matéria de fato não pode estar restrita à enunciação de fatos provados ou à mera referência dos elementos de prova que confortam a crença do juiz acerca da verdade das proposições articuladas pelas partes. É necessário que esclareça a motivação de que forma os elementos disponíveis foram articulados, inclusive indicando as razões pelas quais diante de elementos contrapostos aceitou como verdadeira uma hipótese e não outra. Observa Comanducci que o raciocínio indutivo participa ativamente do contexto de descobrimento, mas não pode desempenhar adequadamente a função justificativa, a qual pressupõe raciocínio dedutivo que promova adequada estruturação das premissas do juízo inferencial de modo a justificar a comprovação empírica das proposições aceitas como verdadeiras. Muitas vezes, ademais, o juízo fático é, na realidade, produto de uma cadeia de enunciados cuja implicação precisa ser justificada mediante regras gerais (regras probabilísticas ou regras de experiência) em uma estrutura dedutiva. Para além de declarar adesão a uma determinada hipótese deve explicar o juiz porque entende ser mais provável aquela hipótese do que a hipótese alternativa.²²⁹ A hipótese tomada por verdadeira deve, segundo razões objetivamente postas, ter triunfado sobre as hipóteses que lhe são opostas no sentido de haver reunido em seu favor mais e melhores elementos de confirmação. Para isso, todavia, como será mais adiante examinado, é necessário que sejam analisadas todas as provas produzidas e suas relações (de confirmação ou refutação das hipóteses que sobre elas estão estruturadas). Não se conforma ao dever de motivar os juízos fáticos à mera declaração da crença subjetiva do juiz em face da prova. É necessário que o discurso justificativo indique os critérios objetivos utilizados para realizar escolhas, mediante os quais será possível aferir a consistência do discurso justificativo e dos próprios critérios que o sustentam. Apreciar a racionalidade da decisão implica verificar se do ponto de vista das regras do discurso racional, das regras de um conhecimento epistemologicamente

²²⁸ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 435. Também em: *Funzione della prova: La funzione dimostrativa*. In: Sui confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 323-327.

²²⁹ COMANDUCCI, Paolo. *La motivazione in fatto*. In Ubertis, Giulio. *La conoscenza del fato nel processo penal*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 40-41.

aceitável e das regras especificamente jurídicas que regulam a atividade probatória.²³⁰

2.2. Justificação do emprego de máximas de experiência

As máximas de experiência, sempre presentes nos saltos indutivos, são descritas classicamente por Stein como “definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação tenham sido induzidos e que, para além desses casos, pretendem ter validade para outros novos”.²³¹ Tais regras desempenham a função de conexão entre os “fatos secundários” que levam à formação da convicção acerca da existência de um fato juridicamente relevante para a decisão (“fato primário”, ou fato jurídico, suporte de incidência da norma jurídica)²³². As cadeias indutivas não prescindem, portanto, de raciocínios dedutivos que se valham de premissas gerais, as quais também necessitam justificação em muitos casos. A justificação da indução do fato, assim, é composta por uma série maior ou menor de justificações.

A máxima, tomada como premissa na estrutura do raciocínio indutivo não está isenta, ela mesma, em algumas hipóteses, de um discurso justificativo de sua validade. Em se tratando de premissa de origem indutiva, nada obsta que sua consistência precise ser justificada, a depender de sua maior ou menor estabilidade

²³⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 99. Também Taruffo, tratando das dimensões analítica e holística dos juízos probatórios. TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: La funzione dimostrativa*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 320-323.

²³¹ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial del Centro de estudios Ramon Areces, 1990, p.22. A propósito, a referência de Stein: “é uma previsão (Erwartung) a que podemos chegar simplesmente pelo caminho da indução, isto é, na medida em que partimos da experiência de que, em uma série de casos, condição e consequência, sujeito e predicado do juízo lógico se encontram ligados de uma maneira determinada. Há que partir, pois, do que ocorre na maioria dos fatos concretos, dos casos ‘comprovados’”. (p.20)

²³² Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.208.

e aceitação. Formular regras gerais, fundadas na experiência, implica realizar um salto lógico que consiste em atribuir natureza de “regra” a um conjunto de dados particulares fornecidos pela experiência acerca de certo número de eventos similares observados, partindo da noção de causalidade. A concepção clássica vê a máxima de experiência como uma regra geral, de função normativa, que atua como premissa maior de um silogismo dedutivo. Essa premissa, entretanto, nasce de operações indutivas e, portanto, sua justificação está sempre e diretamente vinculada ao conjunto de eventos de onde foi extraída. A máxima de experiência, afirma Taruffo, “não é uma regra geral, mas o somatório de dados concretos que possam revelar-se úteis para o conhecimento de um fato cuja fixação é necessária”²³³. Esses dados de experiência só podem ser usados como premissa de uma passagem inferencial, de natureza estritamente indutiva, e jamais podem ser de todo afastados dos fatos particulares observados que lhes deram origem. O conhecimento empírico não se pode servir do modelo dedutivo, só utilizável quando os pressupostos de caráter geral não são condicionados à verificação, o que não ocorre quando o parâmetro é a experiência.

Barbosa Moreira salienta o importante papel desempenhado pelas máximas de experiência na interpretação de conceitos indeterminados contidos nos enunciados normativos. Tais conceitos, em razão da grande abertura semântica, reclamam construção prudencial mediante adequada compreensão do contexto histórico-cultural em que é gestada a decisão. “Da mesma forma, mediante indução, surgem as definições. Quando uma palavra é utilizada mil vezes em um preciso sentido, concluímos que nesse mesmo sentido será utilizada em outros casos.”²³⁴ A máxima expressa parâmetros comuns de conduta e, além disso, a observância de valores objetivamente vigentes.²³⁵ Além disso, têm as máximas de experiência a função de atuar como instrumento de subsunção, de qualificação jurídica do fato (determinação da consequência jurídica do fato). Veja-se que, nessas duas últimas hipóteses, as máximas exercem função essencialmente jurídica, seja por permitirem adequada determinação do sentido da norma, seja por

²³³ Michele Taruffo. *Studi Sulla Rilevanza Della Prova*. Padova: CEDAM, 1970, p.208.

²³⁴ STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Tradução de Andrés de la Oliva Santos. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1973, p. 20.

²³⁵ REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 170.

auxiliarem na determinação da conseqüência jurídica do fato ou conjunto de fatos tomados como fundamento da decisão.²³⁶

Dada, portanto, a múltipla funcionalidade das máximas de experiência na formação do raciocínio decisório, impõe-se que sejam explicitadas no discurso justificativo²³⁷, tanto mais quando se trata de prova indiciária, quando a máxima impregna os saltos indutivos destinados à determinação do fato principal.²³⁸

2.3. Necessidade de análise de todas as provas produzidas e sua relação com as demais provas.

Questão também relevante é a que diz com a extensão do dever de motivação em relação à análise dos elementos de prova trazidos aos autos.²³⁹ Merece atenção uma tendência de realizar-se apreciação conjunta da prova, significando isso a desnecessidade, admitida pela jurisprudência, de uma análise individual dos meios de prova produzidos. Com essa prática conecta-se outra que é a de adotar uma motivação que se restringe à declaração de fatos provados.

Deve prevalecer, entretanto, como orientação geral, a necessidade de analisar todas as provas produzidas²⁴⁰. Em primeiro lugar porque a análise de todas as provas produzidas corresponde à afirmação do direito fundamental à

²³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados*. In Temas de Direito Processual Civil. Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

²³⁷ Sobre o tema, amplamente, ROSITO, Francisco. *As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

²³⁸ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 68-72.

²³⁹ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p.202-206.

²⁴⁰ “Em geral, na formação dos fundamentos fáticos o juiz não se afasta do assunto, mas sim na valoração do material processual. Quanto mais integral ele é, menos espaço permanece para uma especulação colorida de subjetividade e estranha aos fatos”. TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Fabris, 2009, p.78. Bem verdade. Todavia, de nada adianta amplo material probatório se o discurso justificativo não se dispõe a analisá-lo cabalmente.

prova²⁴¹. Não é possível compreender o direito à prova como mero direito de produzir prova. Se assim fosse, estar-se-ia atribuindo conteúdo meramente formal ao direito de provar, partindo do pressuposto que, embora realizada a atividade probatória, não esteja o juiz obrigado a se manifestar sobre ela. Conforme Marina Gascón Abellán, no cumprimento à regra de motivação que compreenda todas as provas produzidas repousa a legitimação do juízo fático, demonstrando ser a resposta dada a melhor que pode produzir em consideração ao material disponível.²⁴² Em se tratando de prova indiciária, apenas a análise das condições em que se funda o juízo permitem o controle efetivo de sua correção, mediante aferição, com emprego de método adequado, da concordância, precisão e gravidade dos indícios, da consistência das máximas de experiência utilizadas, da análise do resultado em vista do modelo de constatação empregado e da análise de eventuais provas contrárias à presunção.²⁴³ Observe-se que se está a tratar de exigência vinculada à própria racionalidade do juízo fático, cujo controle é viabilizado pela adequada motivação que explicita a correção das operações realizadas.

Em uma segunda linha de pensamento, deve-se separar de modo claro os momentos da admissibilidade da prova e o de sua valoração. Em ambos os momentos impõe-se motivação que ofereça ao jurisdicionado clareza quanto aos critérios de decisão. Quando da admissibilidade, deve o juiz indicar as razões pelas quais eventualmente tenha de deixado de admitir alguma prova, explicitando a regra de exclusão utilizada, caso se trate de um problema de admissibilidade em sentido estrito (critério normativo de exclusão). Quando a não admissão da prova estiver fundada na sua irrelevância (critério lógico), impõe-se a justificativa em vista

²⁴¹ Sobre o direito à prova consultar: CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2009. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 309-338.

²⁴² ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 206.

²⁴³ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 57-59.

do *thema probandum*²⁴⁴, sendo defeso ao magistrado deixar de admitir a prova por estar convencido de sua desnecessidade.²⁴⁵ Ora, se no momento oportuno, qual seja, o do juízo de admissibilidade – que, vale repetir, não se confunde com a valoração da prova – entendeu o juiz que a prova era importante e pertinente, não lhe é dado, quando do oferecimento do discurso justificativo do juízo fático, simplesmente deixar de analisar a prova, sob o amparo da tese dos motivos suficientes.

Mesmo naquelas hipóteses em que a regra processual exclui a necessidade de prova e, portanto, do dever se sua análise, o que acontece em relação aos fatos notórios²⁴⁶ e os fatos admitidos, é preciso que o juiz explicita as circunstâncias em que está autorizado a tomar o fato como notório, superando a regra que veda os juízos fundados no conhecimento privado do juiz. No que respeita aos fatos admitidos, é imperativo referir expressamente em que condições afirma admitidos os fatos, referindo diretamente à manifestação da parte, não podendo derivar de inferência do juiz não explicitada cuja consistência a decisão não permite verificar.

2.4. Motivação dos juízos fáticos e os *standards* probatórios: uma equivocada correlação

A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o problema da suficiência da motivação revela uma diferença, não de todo explicitada ou justificada, no tratamento da suficiência dos motivos na esfera cível e penal,

²⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Studi sulla rilevanza della prova*. Padova: CEDAM, 1970. Também em *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 363-378. Sobre a necessidade de com precisão definir admissibilidade e valoração KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19-24.

²⁴⁵ Lamentavelmente é diversa a posição de nossa jurisprudência: “O magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento” (REsp nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99). Precedentes: MS nº 7834/DF, Rel. Min. Félix Fischer; REsp nº 330209/SP, Rel. Min. Ari Pargendler; REsp nº 66632/SP, Rel. Min. Vicente Leal, AgReg no AG nº 111249/GO, Rel. Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira; REsp nº 39361/RS.

²⁴⁶ Para a análise dos problemas envolvendo a definição de fato notório: CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. Também: STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial del Centro de estudios Ramon Areces, 1990

evidenciando-se que a sensibilidade em relação à motivação é maior em processos criminais, nos quais o *standard* probatório é mais exigente²⁴⁷. Verifica-se em matéria penal um terreno bem mais fértil para buscar os parâmetros para a afirmação do conteúdo material da motivação como direito fundamental. Não há dúvida, analisando a jurisprudência do tribunal, de que a exigência de motivação consistente é substancialmente maior em matéria penal do que em matéria cível. Justamente no espaço em que a presunção de inocência cobra um *standard* probatório mais exigente, evidencia-se também uma maior clareza e precisão dos critérios de suficiência da motivação.²⁴⁸

Diante dessa constatação, duas perguntas se impõem: a) é possível afirmar que as conseqüências da persecução penal ou administrativo-sancionadora são sempre mais graves do que aquelas que derivam de demandas cíveis de forma a

²⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25-48. Também em *Os standards do convencimento judicial. Paradigmas para seu possível controle*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, com ampla bibliografia, analisa a teoria dos *standards* probatórios.

²⁴⁸ Isso se verifica, em especial, em matéria de prisão processual, sendo indubitavelmente o campo mais fértil para constatar uma maior densificação do Direito fundamental à motivação das decisões, como revela o julgado que, exemplificativamente, se colaciona: "A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida por ocasião da condenação.III. O juízo valorativo a respeito da gravidade genérica do crime, em tese, praticado pelo paciente, bem como a existência de prova da materialidade e indícios de autoria, sem apresentação de fato concreto caracterizador dos requisitos do art. 312, do Código de Processo Penal, não podem servir de motivação à custódia.IV. O fato delituoso foi aparentemente praticado com violência, porém as especificidades do caso não foram relatadas pelo magistrado singular por ocasião da decretação da custódia cautelar, momento em que deveriam estar listados elementos concretos constantes do processo, hábeis a justificá-la.V. Conclusão vaga e abstrata do Ministério Público, e adotada pelo magistrado singular, relativa à periculosidade do agente e à preocupação de abalo à credibilidade do Poder Judiciário local, sem vínculo com a situação fática concreta, efetivamente existente, consiste em mera probabilidade e suposição a respeito da repercussão social e do que o acusado poderá vir a fazer, caso seja solto, não sendo argumento apto a manter a sua custódia provisória.VI. O magistrado tem o dever de fundamentar suas decisões, consoante o disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Nada impede que, para tanto, utilize-se o magistrado da diretriz proposta pelo Ministério Público em seu parecer. Contudo, não é razoável que faça remissão à manifestação ministerial, simplesmente, sem acrescentar elementos concretos de sua convicção, como verificado neste caso. Tampouco pode o Tribunal *a quo* inovar na fundamentação, relativamente à decisão do magistrado singular, para manter a prisão de natureza provisória do paciente.(HC 200.958/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 24/02/2012)

justificarem, por si só, a adoção de *standard* mais exigente e motivação mais densa? b) a utilização de *standards* probatórios distintos implica também um distinto tratamento do dever de motivar?

A resposta a ambas as questões deve ser negativa, embora a praxe indique solução diversa, assim também o tradicional manejo dos *standards*. À primeira pergunta responde também negativamente Jordi Ferrer Beltrán. Segundo ele, a determinação do *standard* probatório não deve tomar por base tratar-se de demanda cível ou penal, e sim a gravidade das potenciais conseqüências para a parte na demanda cível, administrativa ou para o imputado, considerando ainda o momento processual em que estas decisões são proferidas.²⁴⁹ Ora, é evidente que um processo penal pode determinar afetação ao bem liberdade, o que, evidentemente, é de extrema gravidade, justificando um *standard* exigente como aquele “além da dúvida razoável”. Nada obsta, todavia, que implique mera sanção pecuniária ou mesmo uma moderada restrição de direito. De outro lado, uma demanda cível que, segundo a doutrina dos *standards* probatórios e seu manejo, principalmente no ambiente da *Common Law*, reclama aplicação de *standard* menos exigente como o da “preponderância de provas”, pode determinar conseqüências extremamente severas como a perda do poder familiar, a incapacitação para os atos da vida civil, a perda ou suspensão do direito de licitar, etc. Fica evidente que a simples correlação entre o tipo de processo (civil ou penal) é totalmente insuficiente para balizar a definição do *standard*.²⁵⁰

Defendemos similar perspectiva em outro lugar²⁵¹, propondo que o deferimento de medidas fundadas em cognição incompleta deveria observar o *standard* correspondente à afetação da esfera jurídica ou pessoal da parte. Mesmo nas decisões desse tipo, o *standard* deve guardar relação com o modelo de constatação referencial para a tutela final. Essa correlação atua como espécie de modulador do emprego do modelo da verossimilhança, mantendo-o atrelado à natureza do direito material e à extensão do impacto da medida na esfera jurídica

²⁴⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Elementos para uma decisão racional sobre a prova*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 139-141.

²⁵⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Elementos para uma decisão racional sobre a prova*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 140.

²⁵¹ FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Forense, 2009, p.123.

do demandado. Não é diferente o critério que utiliza o Superior Tribunal de Justiça quando exerce o controle da prisão processual penal ao exigir comprovação consistente - e esmerada justificação - da presença de seus pressupostos. Danilo Knijnik propõe, com semelhante raciocínio, que nas “ações civis fortes” seja adotado o *standard* da prova clara e convincente, considerando a gravidade da afetação da esfera pessoal e jurídica do demandado.²⁵² O *standard* deve ser justificado em vista do alcance da decisão sobre a esfera individual ou coletiva.

A jurisprudência brasileira e, de modo geral, no âmbito da *civil law*²⁵³ não chega a dar um passo decisivo na direção do desenvolvimento de parâmetros que permitam desenhar um modelo dogmaticamente consistente para a valoração probatória, mantendo o sistema da livre apreciação envolta em grande indeterminação e marcante subjetividade. A definição de *standards* ainda não vai muito além de sinalizações um tanto difusas, ainda longe de constituírem orientação desejável em um sistema que se pretenda racional e passível de controle mediante parâmetros reconhecíveis. Ainda se visualiza o juiz como o “dono”, o “destinatário” da prova e se revestem os juízos fáticos de uma ilusória legitimação fundada em palavras de ordem como “imediação”, “sentimento do juiz em relação à prova”, “sensibilidade do juiz diante dos fatos”, muito mais vinculada à crença subjetiva, a uma concepção irracionalística, do que à existência de razões devidamente articuladas e explicitadas segundo parâmetros adequados sob o ponto de vista epistemológico.

O resultado disso é, do ponto de vista do direito fundamental à motivação adequada das decisões judiciais, uma equivocada correlação entre o modelo de constatação empregado e a exigência de motivação.

²⁵² KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37-39.

²⁵³ Não é aqui o lugar para uma análise do hibridismo característico do sistema brasileiro, cuja matriz constitucional é, em grande medida, influenciada pelo constitucionalismo estadunidense. Em contraste, o processo brasileiro assumiu, no nível infraconstitucional, características do legalismo europeu continental. Sobre o tema: ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15-19. Não parece ser equivocado dizer, apesar dessa característica dual, que em matéria de prova há pouco tempo começamos a prestar maior atenção a desenvolvimentos teóricos que já tem larga tradição no sistema anglo-saxão.

A utilização de um *standard* de maior ou menor exigência nada diz, ou deveria dizer, a respeito da extensão da motivação. A vinculação é totalmente artificial. Embora não o faça declaradamente, o Superior Tribunal de Justiça apresenta sensibilidade totalmente diversa quando está em jogo a motivação da sentença penal. O direito fundamental à motivação não pode ser pressionado em razão de critério impreciso e sequer explicitado. Vive o Superior Tribunal de Justiça entre dois mundos. Quando se trata da motivação das decisões penais se faz mais exigente quanto à densidade e extensão do discurso justificativo, em especial no que respeita à determinação dos fatos. Em matéria cível, o que se observa, em geral, é a ritualística repetição de um jargão cujo sentido não é explicitado, e ademais, corresponde a perspectiva limitada do direito fundamental à motivação.

Se de um lado a definição de *standards* probatórios é exigência de justiciabilidade, adequando-se a exigência cognitiva às necessidades de tutela adequada e tempestiva dos direitos, mediante parâmetros que tomem em conta as circunstâncias concretas do caso, a natureza do direito posto em causa e o grau de afetação à esfera jurídica das partes, o mesmo não se pode afirmar em relação à extensão da motivação que nada tem a ver com a aptidão do processo e de suas estruturas cognitivas para a produção de resultados adequados. Como fator de racionalização da atividade jurisdicional e fonte de legitimação da atuação do poder jurisdicional, em nenhuma hipótese se pode confundir o conteúdo e extensão do dever de motivar com o parâmetro cognitivo a ser utilizado, simplesmente porque não há nenhum nexos necessário entre eles. É curial que a pergunta sobre em que condições é possível afirmar que um fato está provado, em termos de suficiência é completamente distinta daquela relativa a que boas razões podem justificar uma decisão. A face mais perceptível dessa confusão é a forma distinta como o Superior Tribunal de Justiça trata o problema da suficiência da motivação nos juízos penais e nos juízos cíveis, estabelecendo uma correlação jamais explicada entre *standard* cognitivo, modelo de constatação dos fatos, e densidade do dever de motivar.

A motivação em matéria de fato, para ser adequada, deve justificar o *standard* empregado, ou seja, o grau de probabilidade lógica que permite afirmar que uma proposição fática está provada e pode ser aceita pelo julgador como

premissa da decisão. Isso, todavia, nada diz quanto à necessidade imposta constitucionalmente de oferecer motivação adequada, de corte analítico, das decisões judiciais, inclusive para que parâmetros como a correta determinação do modelo de constatação a utilizar.

A assimilação não observa a finalidade totalmente distinta dos institutos em questão. Os *standards* probatórios, determinantes de modelos de constatação, exercem uma função de “justiciabilidade”, ou seja, de determinação do grau de probabilidade lógica, de confirmação dos enunciados fáticos formulados pelas partes exigível para a atuação jurisdicional. A motivação, por outro lado, exerce função de controle da racionalidade da decisão, de seus parâmetros de justiça material e procedimental e, sobretudo de legitimação da atuação do poder jurisdicional. O modelo de constatação dos fatos da causa é tão somente um dos elementos a justificar, sendo de todo inadequado proceder rebaixas no dever de motivar em vista de eventual redução do standard ou do módulo cognitivo. Coisas diversas, que atendem a fins institucionais também diversos.

2.5. Imediação e os juízos probatórios: uma perspectiva modesta sobre a função da imediação

“Espera-se que o juiz ‘sinta o pulso’ de quem relata, perceba se ele fala a verdade ou não e a importância de suas reticências”²⁵⁴. A transcrição é reveladora da grande esperança que nutre a doutrina em uma suposta aptidão do juiz para “sentir” a prova oral, a ponto de poder, entre reticências, linguagem corporal, hesitações, determinar se o depoimento é verdadeiro ou não. Trata-se da “intuição”, o “sentir imediato” a que se referia Pontes de Miranda²⁵⁵. Todavia, admitindo a fragilidade desse parâmetro, dessa função intuitiva da imediação, aponta o mesmo autor que “quando o juiz duvida da credibilidade de quem depõe,

²⁵⁴ PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 222.

²⁵⁵ MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p. 57. Tomo II.

deve tornar tal desconfiança objetivada nos autos sob a forma de contradições (de quem relata consigo mesmo e com as demais provas), exageros ou omissões que denotam a falta de isenção da testemunha”.

Não há dúvida de que a sensibilidade do juiz, desenvolvida ao longo do tempo de desempenho de seu ofício, pode ser auxiliar valoroso quando da coleta da prova oral. Fica claro, todavia, como adiante será demonstrado, que o papel por ela exercido é modesto quando está em questão expressa e racional justificação dos juízos probatórios.

A timidez, o temor reverencial, a precariedade da linguagem, o momento emocional do depoente ou mesmo do juiz - que pode não guardar nenhuma relação com o tema do depoimento - e outras tantas variáveis, fazem com que a precisão dessa “leitura” não seja mais do que uma esperança. Ainda que se diga que o filtro da experiência habilita o magistrado a tanto, tratar-se ia de constatação cuja consistência precisaria ser mais criteriosamente aferida. O que dizer do magistrado inexperiente que nem por isso pode recusar a jurisdição? Não consta, ademais, que recebam os magistrados, pelo menos no Brasil, formação em psicologia, teoria da linguagem, apta à apreensão, com níveis satisfatórios de segurança, do significado concreto desses difusos e inespecíficos sinais.

O discurso sobre as virtudes da imediação é bastante ambicioso por colocá-la no núcleo do sistema da livre apreciação. Supõe-se que a leitura feita pelo juiz a partir do contato com as fontes da prova oral são essenciais à formação de sua convicção no contexto da livre valoração da prova. Partindo do pressuposto que o juiz é o “dono de sua valoração”, como não é raro ouvir, tendo em vista que somente ele está apto a colher tais imediatas impressões, impregna-se o juízo fático de conteúdos subjetivos que não podem ser expressos e tampouco, por conseqüência, controlados. Cria-se, como refere Marina Gascón Abelán, uma “zona opaca ao controle racional”.²⁵⁶ A imediação reivindica o posto de elemento caracterizador da livre apreciação que, assim, assume marcante subjetividade.

²⁵⁶ ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 197.

Guarde-se o ponto: a afirmação de que é de regra inviável o controle da validade lógica das impressões do juiz em absoluto está vinculada a uma perspectiva formal, apodítica, do percurso lógico de formação do juízo de fato. Essa seria uma objeção de todo inconsistente, considerando que tal perspectiva não constitui pressuposto do argumento que aponta os limites da imediação. Ainda que submetida a um exame intersubjetivo da consistência desse “sentir”, no contexto de uma lógica dialética e discursiva, o nível de subjetividade a ele inerente faz de seu controle racional uma quimera e, indo além, uma total inutilidade, por consistir racionalização do que racional não é. Os saltos indutivos informados por máximas de experiência são tantos e tão duvidosa é a validade das máximas empregadas, que resta muito débil a possibilidade de qualquer defesa racionalmente apreciável, tornando-se difícil sustentar uma posição não cética em relação ao resultado sob o ponto de vista epistemológico.

Seria possível dizer, na melhor das hipóteses, que a imediação exerce uma função complementar no contexto de descobrimento da decisão. Quando se passa à justificação, entretanto, é difícil, senão impossível, sustentar discursiva e racionalmente a validade lógica de tais impressões. Quando se estabelece, como considero correto, uma diferenciação entre o *iter* lógico-psicológico seguido pelo juiz para formular sua decisão e o momento de sua justificação, a questão fica mais clara. Apesar da evidente relação entre descobrimento e justificação, não são eles passíveis de identificação. Na realidade, pouco interesse há em saber que caminho efetivamente tomou o pensamento do juiz, quantas impressões acenderam e apagaram possíveis linhas de raciocínio. Como refere Taruffo, o que efetivamente interessa é o resultado de tudo, ou seja, como o juiz explica as razões pelas quais tomou uma proposição fática como verdadeira. O que realmente importa é a sequência ordenada de inferências, discursivamente estruturada, mediante a qual o juiz fornece a justificação de seus juízos fáticos.²⁵⁷ Em sendo assim, todo o conteúdo intuitivo, sensorial, salvo quando devidamente justificado, estará excluído, na medida em que não passível de justificação, do discurso motivador. Como é evidente, não constitui fundamento e tampouco pode ser elemento nuclear de um sistema de persuasão racional aquilo que é inexprimível e, portanto, desprovido de qualquer poder justificativo.

²⁵⁷ *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti*. Bari: Laterza, 2009, p. 239.

Não se está a negar eventual auxílio que a imediação pode oferecer por ocasião do interrogatório, do depoimento das partes, da oitiva das testemunhas ou do perito. O valor da imediação pode ser relevante para a condução dessa atividade pelo juiz, o qual tem sob sua responsabilidade obter o máximo de informações possíveis e surpreender relatos inverossímeis, incongruentes ou flagrantemente despegados do conjunto da prova e das próprias alegações das partes. Parece, todavia, que a imediação presta maior contribuição à produção da prova oral do que propriamente à decisão e sua motivação. Embora se lhe reconheça uma limitada função heurística, não é racional supor que a veracidade ou falsidade de um relato possa ser aferida, para fins de decisão, em razão do “sentir” do magistrado, da leitura que fez de determinada linguagem corporal ou do aparente embaraço ou desconcerto do depoente. Esse elemento intuitivo que resulta da imediação somente produz algum resultado apreciável na medida em que proporcione ao juiz conduzir de forma adequada a inquirição do depoente, explorando suas fragilidades, instando-o a falar sobre o que aparentemente pretende ocultar.

Vale repetir: esse contato face a face do juiz com as fontes de prova é muito mais importante para a produção consistente da prova do que para sua análise e valoração. A imediação, desejável sob alguns aspectos, não é idônea para fundar qualquer juízo racional sobre as proposições cuja verdade se pretenda aferir. Admitir que assim seja significa atribuir imenso valor a um componente marcadamente irracionalístico e, portanto, incontrollável. É justificação que nada justifica, senão a admissão do conteúdo psicológico da decisão, cujo grau de confirmação é precário e desprovido de adequado suporte metodológico²⁵⁸. Em outras palavras, a imediação exerce uma função meramente instrumental em relação ao sistema de livre valoração da prova, não sendo possível afirmar que lhe seja nuclear.

O “sentir” que deriva da imediação não pode, por si só, fundamentar decisão alguma sem que se incorra no mais puro intuicionismo, inapto a produzir argumentos racionalmente sindicáveis. Ao limitar-se a referir o prestígio à

²⁵⁸ Para interessante aproximação à questão da crença e da simpatia, ver: Jeremy Bentham. Tratado de las Pruebas Judiciales, vol. I. Buenos Aires, EJE, 1959, p.39.

imediação para confirmar o juízo fático levado a efeito pelo juiz, o tribunal não oferece nenhum parâmetro atendível de racionalidade da decisão. O que não pode ser explicado, o que não pode ser justificado, o que não pode sequer ser dito, não serve à motivação e não legitima a decisão. A sua genérica invocação, desacompanhada de razões outras, ao revés, assinala o conteúdo irracionalístico do juízo realizado.

Por mais que o juiz sinta que a fonte aparentemente oculta a verdade ou deliberadamente dela se afasta, restará sempre obrigado a explicar objetivamente, sendo inadmissível que, na hipótese de não poder fazê-lo, simplesmente descarte a fonte no âmbito da justificação da decisão ou sobre ela faça apenas referências vagas, que espelhem o sentimento judicial de desvalor, mas não o possam explicar em bases concretas. Não há dúvida de que, em situações assim delineadas, o magistrado resta em situação desconfortável e mesmo dolorosa, forçado a decidir contra seu coração pela impossibilidade de objetivar as razões de seu sentir. Não se trata, todavia, de uma deformação do livre convencimento – que não é autorização para o subjetivismo -, mas de contingência de sua própria essência democrática e racional.

Observando a jurisprudência dos tribunais, verifica-se amiúde que a invocação do princípio da imediação coarctada ao princípio da livre apreciação da prova aparece mais como razão para liberar-se o colegiado de efetivo exame do acervo probatório – muitas vezes sem o exame dos fundamentos do recorrente no sentido de apontar os equívocos supostamente cometidos - do que para justificar, mediante análise do acervo probatório, o acerto da decisão recorrida. Como já se disse, a imediação tem apenas uma função instrumental e não se presta a justificação alguma. Impõe-se ao juiz indicar as razões pelas quais está convencido da veracidade das proposições fáticas que dão lastro à decisão. Afirmar, em revisão hierárquica da decisão que não deve o juízo do tribunal substituir o do juiz originário no que respeita aos fatos em vista da imediação é escamotear razões e desprezar o contraditório, na medida em que ela, por si só, não desempenha, nem pode desempenhar, função justificativa. Trata-se, na melhor das hipóteses, de uma presunção fragilíssima que demandaria maior investigação. Curioso é observar que a invocação da imediação está geralmente conjugada com a motivação *per*

relationem, quando então se diz que o juiz, responsável pela coleta da prova, tem melhores condições de apreciá-la, passando-se à reprodução do juízo fático levado a efeito pelo juiz da origem. Em se tratando de recurso voltado exatamente a questionar, por ponderáveis razões, as conclusões do juiz de origem, uma motivação com esse conteúdo equivale na realidade a motivação alguma na medida em que não dialoga com as razões do recorrente e acaba por prestigiar apenas um argumento de autoridade fundado na frágil suposição de que aquele que colhe a prova está pouco propenso a equívocos em sua valoração.

Assim postas as coisas, não parece adequado estabelecer uma relação direta entre o sistema da livre convicção e a imediação. Tal relação é apenas indireta no sentido de que, não existindo tarifamento probatório, é imprescindível que a prova oral produza resultados consistentes que, em perspectiva epistemológica, possam vir a contribuir na formação e justificação do juízo fático.

Em que pese, ainda, a existência de dispositivo no CPC brasileiro que, ao assentar a oralidade, exige que o juiz que colheu a prova prolate a sentença (art. 132), várias são as exceções que militam contra o chamado princípio da imediação.

O próprio dispositivo legal já trata de indicar exceções ao afastar a imediação ao determinar que “o juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor”. Ora, bem vistas as coisas o sistema afirma a imediação, mas estabelece numerosas exceções, cuja ocorrência é corriqueira²⁵⁹. Uma consulta à jurisprudência e à própria legislação tocante à matéria indicará que o dito princípio da imediação não usufrui nem de perto do prestígio que habitualmente se lhe atribui na doutrina e muito menos pode ser incluído como um dos suportes da livre apreciação da prova.

²⁵⁹ O afastamento por qualquer motivo do Juiz responsável pela colheita da prova oral em audiência autoriza, a teor da letra do art. 132 do Código de Processo Civil, seja a sentença proferida pelo seu sucessor que decidirá acerca da necessidade ou não da repetição do ato. Atenuação legal do princípio da imediação. (REsp 257.115/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/06/2004, DJ 04/10/2004, p. 302). Tratando da questão relativa às férias do magistrado: “A superveniência de férias do titular permite que o Juiz Substituto sentencie o feito sem infringência ao princípio da identidade física do magistrado. Precedentes”. (EDcl no REsp 1007821/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

Na percepção de Chiovenda, a imediação “constitui a essência do processo oral”²⁶⁰. A própria noção de oralidade que tanto destaque mereceu na exposição de motivos do código de 1973, embalada pela defesa brilhante que dela fez Cappelletti²⁶¹ resta posta à sombra dos altos montes de processos escritos e das entupidas pautas de audiências. Ademais, o interrogatório das partes não é compulsório, o depoimento pessoal pressupõe iniciativa dos litigantes, a audiência preliminar é dispensável e a prova testemunhal é objeto de restrições. Apesar dos grandes méritos da oralidade em termos de celeridade, racionalização da atividade judiciária e de sua humanização, o quadro que se apresenta na jurisdição brasileira lhe é bastante hostil, ressalvada a praxe da jurisdição trabalhista e dos juizados especiais²⁶².

A afirmação de que, em não sendo observada a imediação, a sentença será prolatada por um juiz que não teve “contato com as partes e com as provas”²⁶³ não leva em consideração o acesso do juiz aos meios de prova, entendendo que apenas o contato direto permite adequada valoração. Se assim fosse, o sistema estaria irremediavelmente comprometido, visto que tal imediação não ocorre em número muito grande de hipóteses e não parece haver qualquer disposição da jurisprudência para impor a nulidade naqueles casos em que, fora das hipóteses legais, a imediação não é observada. Ainda mais raras são as decisões que decretam a nulidade por violação à imediação. A verdade é que a imediação assume uma função essencial nos processos orais, em que a concentração e a característica dinâmica própria da oralidade restam em muito potencializadas. O mesmo, entretanto, não pode ser dito de processos como o nosso, em que a oralidade segue sendo uma promessa não cumprida e um persistente slogan doutrinário.

²⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3, p. 53.

²⁶¹ CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad e las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJE, 1972.

²⁶² Sobre a oralidade nos juizados especiais ver: DALL’ALBA, Felipe Camilo. *Curso de Juizados especiais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

²⁶³ Como aventou LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no Direito processual civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995, p.114-116.

3. A motivação em Direito

Assentados, em seus traços básicos, os problemas relativos à definição das premissas fáticas da decisão, impõe-se tratar de questões vinculadas a determinação e interpretação das normas jurídicas aplicáveis, enfocando as suas relações com o discurso justificativo. Assim, em um primeiro momento o trabalho irá pontuar a natureza reconstrutiva da interpretação e aplicação do direito para, assinalando a importância de que as escolhas e critérios estejam expressos no discurso justificativo. Indo adiante, irá o trabalho ressaltar a importância da motivação quando da concreção de normas que contém conceitos indeterminados ou, ainda, daquelas que contém cláusulas gerais, fórmulas que, com frequência cada vez maior, são utilizadas na elaboração de proposições normativas em face da necessária abertura do sistema.

3.1. Decisão e labor reconstrutivo da ordem jurídica

Sendo o Direito manifestação de opções institucionalizadas cujo sentido é em grande medida construído mediante depuração cultural, histórica e espacialmente situada, não está à disposição do intérprete para um exercício sempre discricionário em sentido forte. A norma jurídica não é mera estrutura lógico-formal, mas um “modelo ético-funcional que, intrínseca e necessariamente prevê e envolve o momento futuro de uma ação vetorial e prospectiva concreta”.²⁶⁴

²⁶⁴ Judith Martins-Costa pontua a relevância da contribuição de Reale no contexto da “pluralização da subjetividade jurídica”, no “tempo da concreção” (MARTINS-COSTA, Judith. *Culturalismo e experiência no novo Código Civil*. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. Reflexos do Novo código civil no Direito Processual. Salvador: Podium, 2006). REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1999. Também Bobbio, já nos anos 50 alinhava a ciência do Direito entre as “ciências espirituais”, essencialmente vinculada à cultura. BOBBIO, Norberto. *Scienza Giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950, 200-201.

É passado o tempo em que parecia satisfatória a descrição da decisão como a subsunção de um suposto de fato a uma norma abstrata, em uma operação consistente em sobrepor uma forma a uma matéria informe para modelá-la segundo seus traços. A decisão seria, assim, mera operação lógica, desprovida de qualquer espaço de discricionariedade.²⁶⁵

O Direito moderno, tendo dado as costas para a experiência medieval, refugiou-se no conceitualismo característico do racionalismo jusnaturalista e viu-se em permanentes perplexidades, confrontado não raro com a percepção de sua inaptidão para responder ao fluxo da vida. Submetido, entretanto, à crítica antirracionalista e reconciliado com sua dimensão dinâmica e criativa, parece perder-se no universo das narrativas, na fluidez um pensamento hiper-concreto incapaz de reconhecer parâmetros gerais e compreendê-los de forma cultural, ética e historicamente situada, como pautas valorativas estruturantes. Uma suspeita ressignificação dos textos normativos motivada amiúde por contingências nem sempre explicitadas e justificadas²⁶⁶, gera preocupante espaço de subjetivismo e fragiliza as formas de controle.²⁶⁷ O pensamento sistemático parece recuar diante dos avanços de um particularismo exacerbado. Conforme análise de Sérgio da Silva Mendes, “é paradoxalmente um modelo do devir e da heterogeneidade que se oporá ao estável sob o manto da singularidade do caso concreto. Nessa hermenêutica nomadológica, onde os instrumentos metodológicos do Direito não mais lhe dão conta, as palavras perdem conteúdos semânticos e as normas seu *status* material, transformando o espaço estriado por muros (normas) em um espaço liso, marcado apenas por traços (textos normativos) que se deslocam com o trajeto hermenêutico”.²⁶⁸ “Contra eventuais excessos de paixão”, diz François

²⁶⁵ ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: editorial trota, 1999, p. 131-132.

²⁶⁶ Sobre essa volatilidade do significado das normas de Direito, ver: ITURRALDE, Victoria. Justificación judicial: Validez material y razones. In: “Análisi e diritto 2004”, a cura di P. Comanducci e R. Guastini. Disponível em: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.rtf.

²⁶⁷ Para uma contundente crítica ao positivismo de Hart e a tese da discricionariedade judicial nos casos de vagueza da norma, veja-se DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993, p. 83-94.

²⁶⁸ MENDES, Sérgio da Silva. *Hermenêutica nomadológica ou lê droit comme rhizome; a impossibilidade do “princípio” da razoabilidade no controle concentrado de constitucionalidade*. In “Revista Forense”. Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 318.

Ost, “cumpra fazer valer os méritos do formalismo jurídico, a necessidade de conformar-se a argumentos intersubjetivamente válidos”.²⁶⁹

O labor do intérprete é, na realidade, reconstrutivo. “O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores.”²⁷⁰ Cabe ao jurista, em um contexto de aplicação, promover os valores da ordem jurídica em uma atividade que não é automática, estática, tampouco absolutamente discricionária.²⁷¹ Um caso a decidir não pode ser compreendido juridicamente senão em referência à norma e a norma em referência ao caso. Negligenciado esse necessário tráfego, problemas opostos se manifestam. De um lado, o risco é de recair em uma casuística desorientadora, geradora de grande insegurança; de outro, o risco é de assimilar a realização do direito a uma atividade teórica inútil do ponto de vista teleológico. A interpretação deve considerar essa “bipolaridade”, integrando-as de forma a buscar soluções que sejam razoáveis do ponto de vista tanto de uma quanto de outra, estabelecendo certa autonomia entre elas a ponto de permitir que efetivamente se estabeleça entre as duas dimensões um produtivo diálogo. Posto o problema, a sua compreensão irá pressupor sentidos e valores que apontarão possíveis caminhos e objetivos a serem perseguidos ao buscar e compreender a regra adequada solução do caso. Sentido e valor, nessa perspectiva, têm significado objetivo, não subjetivo, mediada pelo contexto cultural em que se insere o problema.²⁷²

Aceita a ideia de que a segurança, entendida como previsibilidade, estabilidade, uniformidade, está inextricavelmente unida ao Direito, é necessário

²⁶⁹ OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004, p. 47.

²⁷⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 25-26.

²⁷¹ Sempre como expressão da prudência, Calmon de Passos aponta os diversos vínculos do juiz e o dever de fundamentar de maneira substancial eventual elemento criativo da decisão, em atenção às fontes legitimadas no âmbito da comunidade em que atua. CALMON DE PASSOS, J. J. *O magistrado, protagonista do processo jurisdicional?* In MEDIDA, José Miguel Garcia.; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²⁷² ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: editorial Trotta, 1999, 132 – 133.

compreender o significado da ideia-valor “segurança jurídica”. Em dimensão estática, entendê-la como segurança do Direito implica pensá-la como “segurança de sentido” do Direito e de suas normas. Trata-se, nessa medida, de segurança quanto ao próprio conteúdo do Direito que se reclama dotado de sentidos estáveis e partilhados como elementos culturais. Em uma segunda concepção, a segurança jurídica pode ser vista como “segurança de aplicação do Direito”. Para ser seguro, o Direito deve dispor de processos impessoais e uniformes de aplicação. Nesses dois sentidos básicos manifesta-se o ideal de cognoscibilidade e confiabilidade inerentes à noção de segurança jurídica.²⁷³ Sob o viés de sua concreta aplicação, o Direito não pode ser visto como algo cujo significado está de antemão oferecido, mas algo que é reconstruído a partir dos “núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação”. A segurança, por decorrência, aparece como “um dever de reconstrução e de aplicação de sentidos normativos de acordo com regras de argumentação e de postulados hermenêuticos (coerência substancial e formal) e aplicativos (proporcionalidade e razoabilidade)”.²⁷⁴

Ainda quando o juiz exerce poder discricional, está limitado pelo Direito, atuando no espaço de liberdade que o Direito lhe concede.²⁷⁵ A concreção pressupõe uma apreensão específica jurídica e de teoria jurídica, cujos pontos referenciais principais são normas ‘vigentes’ enunciadas por proposições cujos sentidos mínimos não são dados ao intérprete desdenhar.²⁷⁶ No mesmo viés,

²⁷³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 129. O autor realiza aproximação analítica ao tema, indicando os múltiplos sentidos que são atribuíveis à ideia de segurança jurídica.

²⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

²⁷⁵ Alessandro Raselli refere essa vinculação ainda quando decide de forma criativa, rebatendo a ideia de Carnelutti segundo a qual “uma vontade sem conteúdo determinado não é uma vontade” (referindo-se, à “vontade da lei”, expressão central de sua elaboração teórica formalista). Segundo Raselli, há, mesmo na hipótese de normas abertas ao exercício discricional um conteúdo valorativo preexistente. RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale Del giudice civil*. Milano: Giuffrè, 1975 p. 387. Referindo também o sentido fraco em que é possível tomar a ideia de discricionariedade quando se está a tratar das decisões judiciais, em razão de sua adstrição ao Direito, em comentário ao art. 127 do Código de Processo Civil: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários ao art. 127. In Marcató, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 374.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. “*Direito, Linguagem e Violência*” (trad. Peter Naumann). Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, p. 7.

ao endereçar sua crítica à tópica de Viehweg, mais especificamente à ideia de determinação retórica das premissas mediante mera aceitação do “parceiro da conversa”, Canaris, adverte que o jurista se move no âmbito do Direito objetivo, o qual constitui critério de adstringibilidade que permite escolhas orientadas entre pontos de vista possíveis na solução de problemas. Nessa perspectiva, nem todas as soluções são aceitáveis na medida em que se afigurem contrárias ao sentido geral do direito objetivo.²⁷⁷

A aplicação reconstrutiva do Direito, para que não resulte em arbitrariedade, depende de estruturas argumentativas e processuais. Em relação aos elementos argumentativos, é necessário o emprego de estruturas claras e objetivas de raciocínio, cujas premissas e conclusões são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico. Devem obedecer a critérios racionais de argumentação no que respeita à sua consistência formal e coerência material. Sob o aspecto processual, as decisões devem originar-se de procedimentos estruturados em observância ao contraditório e submetidos a um dever consistente de motivação dos atos decisórios.²⁷⁸

A determinação do direito aplicável envolve em sua estrutura mais básica, a valoração de uma situação concreta segundo normas jurídicas. Para tanto, pelo menos três etapas básicas devem ser cumpridas. a) a identificação de uma situação de fato como juridicamente relevante segundo critérios determinados pelo ordenamento jurídico; b) a convocação de uma ou mais normas do ordenamento, tidas como aplicáveis segundo critérios que permitem definir sua precedência em relação a outras normas eventualmente concorrentes para a regulamentação do problema concreto posto à análise; c) a elaboração de um juízo sobre o direito aplicável, segundo as escolhas realizadas em “a” e “b”. Segundo Esser, as operações descritas, as quais têm prioridade lógica em qualquer juízo concreto, pressupõem que as normas jurídicas selecionadas e definidas como aplicáveis estejam determinadas em relação com a realidade, o que pressupõe decisões

²⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p. 258-262.

²⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 201, p.142. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Escopo jurídico do processo*. In. REPRO, n 203, 2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 314-316.

sobre o papel e a relevância de determinados caracteres do caso a julgar. As regras jurídicas, portanto, não se empregam mediante esquemas preconstituídos de juízo, mediante operações lógicas que empregam de modo automático parâmetros prévios e meramente conceituais. Excepcionados os casos fáceis²⁷⁹, qualquer decisão que envolva situação minimamente complexa impõe diversas questões sobre a determinação da norma aplicável e sobre a interpretação que possibilite a necessária adaptação ao caso.²⁸⁰ Resta hoje desacreditada a ideia de que o conteúdo do Direito é plenamente conhecido, unívoco e determinável segundo os esquemas hermenêuticos tradicionais. A perspectiva geral do sistema e seus nexos internos, matizada pelo conjunto de elementos de uma precompreensão da realidade²⁸¹, desafia o aplicador a encontrar soluções razoáveis, cuja justificação seja capaz de oferecer interna e externamente, inclusive sob o ponto de vista essencial das conseqüências concretas do juízo realizado.²⁸²

²⁷⁹ Referindo o pensamento de Hart, Guastini lembra que os termos de uma proposição jurídica são providos de uma “trama aberta”, sendo que a fatispécie definida no texto da norma seguramente abarca determinados fatos, mas pode ser extremamente duvidoso se abarca outros. Assim, há casos particulares aos quais certamente a norma é aplicável (fáceis) e outros com relação aos quais a aplicação é bastante controversa (difíceis). GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier-latin, 2005, p. 72.

²⁸⁰ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 26.

²⁸¹ Aponta Habermas que “aquilo a que os atores realmente respondem e responderam com suas decisões e suas razões só se poderá entender conhecendo a imagem que esses atores implicitamente fazem de sua sociedade, se são sabidas que estruturas, que operações, que resultados que rendimentos, que potencialidades que perigos e que riscos atribuem à sua sociedade à luz da tarefa a que se propõem esses atores, a saber a tarefa de realizar os direitos e de aplicar o direito”. (HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p.470). António Manuel Hespanha enfatiza que “o direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) é, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, á organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais” (HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica européia*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 38).

²⁸² ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p.24.

Nesse contexto, a “utilizabilidade” das normas, sua adequação à realidade, é configurada a partir de elementos relevantes do problema (e, mais propriamente, de juízos sobre a relevância desses elementos) e dos princípios gerais de Direito reconhecidos, os quais constituem o primeiro indício objetivo dessa adequação. Ademais, a interpretação de uma proposição normativa (tomando como não identificáveis texto e norma, o que há tempo já estabeleceu a melhor doutrina²⁸³), não leva em conta apenas o seu conteúdo linguístico, compreendendo-a como elemento de um ordenamento objetivado e já imanente nas relações sociais, cujo sentido pode ser buscado no pensamento jurídico reconhecido e depurado por via doutrinária e jurisprudencial.²⁸⁴ De modo geral, a própria descrição da realidade realizada pelas partes já traz consigo todo um conjunto de operações de “adaptação”, de definição prévia de dados relevantes visando às consequências pretendidas sob o ponto de vista pragmático. A projeção das possíveis consequências práticas da decisão, também deve ser preocupação essencial do juiz, porquanto implica juízo prospectivo quanto à adequação do resultado. Tal operação prospectiva pode ser vista como uma tentativa, um teste do êxito de uma ou mais soluções interpretativo-aplicativas possíveis. A interpretação, assim, não atua como um *prius* cuja consequência, qualquer que seja, será determinada de modo inexorável e causal. A razoabilidade da operação interpretativo-aplicativa somente pode ser medida levando em consideração o momento de produção de seus efeitos, o que determina também a análise regressiva, ainda que hipotética.²⁸⁵

A interpretação corresponde à atividade mental do intérprete consistente na atribuição de sentido a uma proposição normativa. Entendido como atividade mental do intérprete, entretanto, não é passível o ato interpretativo de qualquer controle ou análise lógica. O que proporciona a efetiva análise lógica e de adequação do ato interpretativo é o discurso em que ele se expressa.²⁸⁶ Assim,

²⁸³ Amplamente, demonstrando a não correspondência bi-unívoca entre disposições e normas: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier-latin, 2005, p.23-43. Parte o autor da definição de interpretação oferecida por Tarello, segundo o qual é “a atribuição de sentido (ou significado) a um texto normativo”.

²⁸⁴ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p.27.

²⁸⁵ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del método nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 26.

²⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier-latin, 2005, p. 24.

vista como o discurso do intérprete, a interpretação encontra na motivação o seu lugar próprio proporcionando o controle em vista dos elementos do caso e da compreensão do ordenamento em no qual se desenvolveu o ato de interpretação.

3.2. O problema da motivação em face dos conceitos vagos, cláusulas gerais e normas abertas.

Problema complexo para a definição do sentido da norma se coloca quando apresenta ela textura aberta. Isso se dá quando o enunciado da norma apresenta fatispécie (seu pressuposto de incidência) composta por conceito indeterminado - embora determinada sua consequência - ou, ainda, quando se apresente sob forma de cláusula geral, na qual há dupla indeterminação: a fatispécie determinante de sua aplicação é indeterminada, assim também sua consequência jurídica²⁸⁷.

O juiz, nessa última hipótese, livre de uma fatispécie definida com anterioridade, é lançado a uma aproximação tópica, cabendo-lhe verificar as circunstâncias relevantes do caso concreto. A tarefa, em se tratando de cláusula geral, é ainda mais complexa, dada a dupla indeterminação.

Conforme a define Judith Martins-Costa, cláusula geral é “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente aberta, fluida ou vaga, caracterizando-se pela ampla extensão de seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, á vista do caso concreto, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas, mediante reenvio para elementos cuja concretização

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 420-421.

pode estar fora do sistema (...).²⁸⁸ São “pautas móveis” a demandar permanente concreção.²⁸⁹

Aqui, mais do que nunca, a interpretação é dirigida ao caso e seus elementos concretos. É necessariamente voltada à realidade, implicando diálogo intenso com elementos extra-sistemáticos (ou, melhor dito, com elementos que devem ser buscados em sistemas diversos do jurídico) que correspondem a uma “ética pré-dogmática da ação”, um “modelo comportamental reconhecido”²⁹⁰. A técnica de legislar mediante cláusulas gerais em combinação com um tecido de proposições normativas mais fechadas permite a operacionalidade do sistema e, ao mesmo tempo, sua permanente abertura e construtivo diálogo com a realidade.²⁹¹ Nesse fluxo permanente entre faticidade e sistema é realizado um trabalho de progressiva sistematização e ressistematização desses elementos extra-sistemáticos que, assim, passam a incorporar o elenco de critérios, de *standards* decisórios quais se serve o juiz. Fica clara a impossibilidade de estabelecer aqui uma separação rígida entre direito e fato, estabelecendo-se entre eles um fluxo permanente e integrativo do próprio sentido da norma (ou da definição do conteúdo normativo).²⁹²

Cabe ao juiz buscar o sentido da norma em relação à fatispécie que reconheça, objetivando cumprir, na maior medida possível o seu programa.²⁹³ A

²⁸⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999, p. 303.

²⁸⁹ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 660-661.

²⁹⁰ ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983, p. 63.

²⁹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p. 143-148. Discutindo a noção de “sistema móvel”.

²⁹² Segundo Danilo Knijnik, constitui essa técnica legislativa a causa dogmática da diluição da distinção direito/fato. KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 46-54.

²⁹³ Aqui, novamente, considero útil trabalhar com a ideia de “programa normativo” de Friedrich Müller, entendido como aquilo que a norma pretende realizar. Com maior profundidade em: MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 294-295. Canaris fala de “controle teleológico”. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989, p. 187-188. Em sentido semelhante:

observância à finalidade concreta da norma é essencial à concretização de uma cláusula geral. Cabendo ao aplicador procurar os objetivos concretos da norma traduzidos por seu programa normativo.

A outorga dessa ampliada competência para atuar na reconstrução do sistema e incorporação a ele, mediante uma tópica estruturante, de elementos que lhe são estranhos, impõe ao juiz um dever de densificação do discurso justificador, considerando a dupla tarefa a desempenhar. A motivação adensada surge como a contrapartida da superação do parâmetro moderno de exercício de um “poder nulo”.²⁹⁴

Assinala Marinoni que a amplitude da atuação do juiz, comparado àquele da tradição liberal clássica o aproxima-o do juiz da common Law no que concerne a uma função constitutiva do exercício jurisdicional. Ao realizar os valores constitucionais, em especial ao interpretar e atuar o Direito segundo esses parâmetros, no âmbito de abertura que hoje o próprio Direito e a técnica legislativa lhe conferem, assume papel diverso daquele idealizado pelo iluminismo.²⁹⁵

De um lado a justificação externa da decisão pressupõe um discurso que expresse com a clareza possível a construção que conduz da realidade considerada pelo juiz ao sentido da norma aplicada. De outro, a aceitabilidade da decisão deve estar também fundada na aptidão das razões de decidir para utilização generalizada em situações análogas. Subjacente à atuação tópica há, portanto, uma pretensão de universalização, de construção de uma norma que possa ser aplicada a casos similares. Nesse sentido, aliás, a crescente importância da jurisprudência em sistemas de direito legislado como indispensável elemento de segurança jurídica, vista em sua dupla dimensão, ou seja, como segurança de sentido e segurança de aplicação do direito objetivado.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969, p. 379.

²⁹⁴ Ver, a propósito, o escrito clássico de Cappelletti. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

²⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010, p. 85-87.

4. Inadequação da tese dos “motivos suficientes”, contraditório e motivação analítica

Taruffo descreve a decisão motivada como aquela dotada dos seguintes componentes estruturais: a) motivação relativa à interpretação da norma aplicada; b) motivação relativa ao acerto dos fatos; c) motivação relativa à qualificação jurídica da fatispécie; d) a declaração das conseqüências jurídicas derivadas da decisão.²⁹⁶

Pode ser considerada completa, portanto, a decisão que contenha os referidos elementos.

Nenhuma dúvida há de que, em vista de seus elementos essenciais, é motivada a decisão que, de forma clara e articulada, reúne os necessários elementos constitutivos. A simplicidade, da fórmula, entretanto, oculta problemas complexos. Habitualmente posto como um problema de extensão da motivação, a questão resta melhor visualizada a partir da sua função justificativa da decisão em vista do contraditório. Assumida a dialeticidade inerente ao processo colaborativo, a questão é, principalmente, qualitativa, ou seja, até que ponto é necessário que a motivação guarde vínculo com o contraditório exercido no processo e as múltiplas questões debatidas.

Ao buscar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, certamente encontrará o estudioso a exaustiva repetição de uma arraigada noção: “os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas”.²⁹⁷ Basta, pois, nessa

²⁹⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 450.

²⁹⁷ STJ, REsp 1108209/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011. Trata-se de afirmação típica repetida em centenas de decisões, com pequenas nuances de redação, e corresponde, em matéria cível, à decisão padrão relativa a impugnações versando sobre defeitos de motivação. Pesquisadas mais de duas centenas de decisões em matéria cível, é ínfimo o percentual de recursos providos. Da leitura dos acórdãos tampouco se extrai motivação consistente que permita aferir se ocorreu ou não defeito de motivação na medida em que são feitas, em sua maioria, apenas referências genéricas. Na realidade,

perspectiva, que o julgador exponha “de modo claro as razões de seu convencimento”²⁹⁸, ou, ainda, que ofereça “razões suficientes”²⁹⁹. Disso decorre que, “consoante entendimento pacificado desta Corte, o órgão judicial, para expressar sua convicção, não precisa aduzir comentários³⁰⁰ sobre todos os argumentos levantados pelas partes”. Em outro aresto se diz que “a motivação, pronunciando-se sobre as questões de fato e de Direito para fundamentar o resultado, *exprimindo o sentido geral do julgamento*, não se emoldura violação aos arts. 458 e 535 do Código de Processo Civil”.³⁰¹

No cerne desse conjunto de decisões típicas, estão as noções de *razões suficientes* que exprimam o *sentido geral do julgamento* e reiterada e expressa desnecessidade da análise de todos os argumentos, fundamentos, teses, formuladas pelas partes.

A posição não é peculiar à jurisprudência brasileira. Ao contrário, a ela fazem menção vários trabalhos sobre o tema na doutrina estrangeira.

Conforme decisão colacionada por Aurelio Gentili, a Cassação italiana, em decisão relativamente recente, reafirma o princípio pelo qual o juiz não precisa analisar todos os argumentos das partes, ponto a ponto, desde que “seja claramente ilustrado o percurso lógico seguido para formar a decisão e permita extrair as razões pelas quais qualquer contrária alegação tenha sido desacolhida, sem que, todavia, o juiz tenha a obrigação de examinar todos os argumentos

diante do quadro apresentado, difícil é conhecer os critérios do Superior Tribunal de Justiça para considerar a decisão motivada. Algo diferente ocorre em matéria penal, especialmente em matéria de prisão processual, em que há maior sensibilidade relativa ao problema da motivação defeituosa, permitindo colher alguns parâmetros que serão apresentados ao longo da exposição.

²⁹⁸ STF, 1ª Turma, AgRg no AI n. 666.723/SC, rel. Min. Carlos Britto, j. em 19.05.2009.

²⁹⁹ STJ, REsp 1210340/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/10/2010, DJe 10/11/2010.

³⁰⁰ A motivação da decisão prescinde de comentários do decisor, os quais somente se justificam ou por razões estilísticas, dentro de certa economia, ou considerada uma “função pedagógica” que, segundo alguns, é exercida pelas decisões judiciais. Nesse sentido, PERELMAN, Chaïm. *Rapprt de synthèse. La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, 1978, p.423. Argumentos ou fundamentos submetidos ao contraditório devem ser analisados para o fim de serem acolhidos ou rejeitados mediante explícitas razões.

³⁰¹ STJ, AgRg no Ag 1029932/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008.

lógicos e jurídicos oferecidos pelas partes para sustentar sua demanda ou exceção”.³⁰² A Constituição italiana, em seu art. 111, comma 1, estabelece o princípio da *completezza* da motivação, o que, na interpretação que se lhe faz habitualmente, significa que todas as decisões devem ser motivadas e que, além disso, a motivação deve ser de toda a decisão.³⁰³ O problema que se apresenta é que a jurisprudência italiana confunde a motivação com a reprodução do *iter* lógico-jurídico próprio do raciocínio decisório (confundindo raciocínio decisório e discurso justificativo e incorrendo na “falácia mentalista”), e, além disso, entende que o dever de *completezza* está restrito aos “motivos suficientes” sem todavia definir o que implica esta suficiência. O critério, enunciado de modo vago, não oferece nenhuma chave para o seu efetivo controle, redundando em um critério nebuloso e tendencialmente causal. Do mesmo mal padece a interpretação do art. 132, n.4 do código de processo civil italiano, que também se ressent de um controle crítico voltado á eficácia justificativa da motivação.³⁰⁴

Nicolò Trocker, debruçado sobre o Direito alemão, busca estabelecer relações entre o Direito de ação e de defesa e o dever de motivação das decisões judiciais. Sublinha, corretamente, que a motivação é o melhor caminho para aferir eventual violação aos preceitos constitucionais garantidores do Direito de ação e defesa, na medida em que constitui “ o ponto de referência para verificar se a atividade defensiva foi efetivamente respeitada”.³⁰⁵ Referindo o fato de que, embora a Constituição tedesca não possuísse um dispositivo que impusesse a motivação, a *Zivilprozessordnung*, § 313 previa tal exigência para as sentenças, razão pela qual firmou-se a jurisprudência da Corte Constitucional, principalmente após a proclamação da Constituição democrática, no sentido de que a exigência de motivação era extensiva a todas as decisões, considerando-se incompatíveis com

³⁰² Cass. 15 maggio, 2007, n. 11193 in Rep. Foro italiano, 2007, Cassazione Civile [1140], n. 129. GENTILI, Aurelio. *Contraditorio e giusta decisione nel processo civile*. In *Audiatur altera pars, Il contraddittorio fra principio e regola*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 258, nota 41.

³⁰³ AMODIO, Ennio. *Motivazione dela Sentenza Penal*. In *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII, p. 194.

³⁰⁴ A crítica é de Taruffo. TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 418-419.

³⁰⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 461.

a Constituição quaisquer exceções ao princípio geral da motivação em matéria civil.³⁰⁶

Sendo a motivação o meio adequado para aferir a observância do direito de ação e defesa, perguntava-se Trocker se, observada a jurisprudência alemã, era possível estabelecer uma relação direta entre o direito de defesa e o dever de motivação das decisões judiciais. A questão é definir se o dever de motivar está em direta correlação com o dever de consideração das razões expendidas pelas partes, próprio de um processo colaborativo e democrático. Admite Tocker, em nota que, analisada a jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*, não é possível estabelecer uma relação direta entre o dever de motivar e o Direito de defesa, na medida em que, repetidamente, afirmou-se que os motivos da decisão não estão obrigados a considerar todas as argumentações e conclusões prospectadas em juízo, mas apenas aqueles “elementos mínimos” que permitam vislumbrar as razões da decisão. Apenas na ausência desses “elementos mínimos” seria possível reputar violado o dever de motivar.³⁰⁷

Daniela Acatino Scagliotti aponta que na Espanha a jurisprudência do Tribunal Constitucional limita demasiadamente os critérios de suficiência da motivação, ao determinar que “a sentença não necessita conter resposta a todas as alegações das partes, apenas aquelas que designa como “substanciais”. O Tribunal não oferece critério claro para determinar o sentido da expressão. Quanto à motivação dos juízos de fato, restringe-se ao relato (declaração) dos fatos provados e mera indicação dos meios probatórios em que se assenta. Nenhuma justificativa acerca do valor probatório atribuído a outras provas produzidas é exigido.³⁰⁸ Em notável monografia, Tomás-Javier Aliste Santos, analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol constata também a predominância do entendimento segundo o qual a motivação pode restringir-se à indicação “dos elementos e razões de juízo que permitam conhecer quais foram os critérios jurídico essenciais fundamentadores da decisão”. Trata-se de motivação

³⁰⁶ TROCKER, Nicolás. *Proceso civil e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 460.

³⁰⁷ TROCKER, Nicolás. *Proceso civil e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p.463.

³⁰⁸ SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. In *Revista de Derecho*, Vol. XVI, julio 2004. Valdivia: Universidad Austral de Chile, p. 279-281. A autora escreveu importante tese sobre o problema da motivação das decisões. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de La Universidad de Granada, 2005.

que “permita verificar que as conclusões obtidas da subsunção do fato às disposições legais se inferem de uma correta aplicação do direito”. Segundo o autor, setores da doutrina espanhola – refere Colomer Hernández – indicam como mérito dessa orientação a celeridade exigível na administração da justiça. A esse argumento, une-se outro relativo ao temor de que, sob o mote de controle da motivação haja abuso do direito de recorrer. D outro lado, porém, salienta que a posição do Tribunal Constitucional, por sua função paradigmática, tem como conseqüência perniciosa a adoção do mesmo modelo estreito de motivação pelos órgãos judiciários de hierarquia inferior.³⁰⁹

Analisando a consistência da posição no cenário europeu, doutrina francesa recente atribui a prudência na aplicação da sanção de nulidade por insuficiência de motivos à preocupação com o alongamento dos processos e o excessivo recurso hierárquico a pretexto de controle de motivação.³¹⁰ Esta última preocupação, aliás, é fundamental para a compreensão da afirmação, também entre nós, do modelo de “motivos suficientes”, largamente difundido desde a primeira instância e notadamente nos tribunais, sempre reativos às intenções de integração dos julgados sob o argumento de motivação insuficiente. No Brasil a jurisprudência em geral orienta-se no sentido restritivo, parcimoniosa ao exercer o controle da suficiência dos motivos.

Taruffo, debruçado sobre o tema, atribui a posição da jurisprudência à grande incerteza teórica e metodológica que envolve o desenvolvimento atual do problema da motivação desde o desencanto com a teoria silogística da decisão. A tendência de não afrontar diretamente o problema e refugiar-se em conceitos estereotipados e convenientemente vagos revela a indeterminação de um novo modelo para a motivação das decisões.³¹¹ É impositivo concordar que a generalidade do critério denota, como diz Taruffo, a dificuldade de reelaboração teórica do problema da motivação desde o momento em se viu adernar a ilusão racionalista, forçada hoje a uma posição de maior humildade.

³⁰⁹ SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 166.

³¹⁰ CADIET, Loïc, NORMAD. Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France. *Thémis droit*. 2010, p. Idem, 683.

³¹¹ TARUFFO. Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 420-421.

Mesmo o modelo formalista da sentença como silogismo era deliberadamente elusivo dos problemas da motivação no que concerne ao seu conteúdo material. É curioso perceber o movimento. O embuste que significava descrever a sentença como mero silogismo, limitando o controle da motivação ao aspecto lógico-formal do discurso motivador, é substituído por outro, igualmente artificioso. No espaço deixado pela crítica antiformalista, cujos méritos destrutivos são inegáveis, mas cuja obra reconstrutiva ainda se observa entre sinais muito heterogêneos, sobrevive um critério que se vale do velho pressuposto de que o discurso justificativo é, por definição, monológico. Trata-se, em última análise, de afirmar repetidamente que o juiz conhece um direito dado de antemão (*iura novit curia*) e é soberano no acerto dos fatos. A jurisprudência repete à exaustão a tese dos “motivos suficientes”, revelando grande resistência ao câmbio de perspectiva, refugiando-se em um conceito cujos contornos se recusa a definir, seja por falta de orientação segura, seja por razões políticas vinculadas às mazelas da administração da justiça e à necessidade de preservação do trabalho jurisdicional.

Tão arraigada a tese dos motivos suficientes que, não raro, é possível flagrar na jurisprudência um discurso justificativo cuja circularidade chega a ser infantil, pondo em evidência a natureza meramente retórica do critério. Vejamos: a Constituição afirma, com força de direito fundamental, que todas as decisões devem ser motivadas sob pena de nulidade. A questão que se coloca, portanto, é a de definir sob que condições é possível afirmar que uma decisão está motivada. A jurisprudência afirma que estará satisfeito o comando constitucional quando oferecidos motivos suficientes. Várias são as decisões que, de forma circular, dizem que os motivos suficientes bastam “desde que observada a exigência do art. 93, IX da Constituição”. O dispositivo constitucional é invocado para legitimar o emprego da fórmula dos motivos suficientes quando, na realidade, a suficiência dos motivos é o que deveria determinar o alcance da norma constitucional. Não são raras as decisões que afirmam: “os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente

fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente”.³¹²

O critério dos “motivos suficientes”, cuja insuficiência é ressaltada pela melhor doutrina³¹³, revela a resistência à adoção de resposta teórica e metodologicamente mais adequada e, no limite, representa uma célula de sobrevivência do velho método formalista e do modo como vê a motivação. Há flagrante cisão entre as propostas metodológicas contemporâneas e a forma como a jurisprudência trata a questão, reagindo com certo cinismo à exigência de motivação consistente mediante simples reprodução ritualística de um critério cuja inconsistência teórica é manifesta.

Visto a partir de sua estrutura, o critério de suficiência dos motivos é, na realidade, excludente da necessidade de enfrentamento de outros fundamentos que não aqueles que motivam a decisão. Isso significa concretamente que todo e qualquer argumento apto a determinar decisão diversa restará implicitamente afastado sem que, todavia, seja necessário justificar a sua exclusão, ainda que tenha sido formulado pela parte de forma consistente.

Segundo a tese dos “motivos suficientes”, no ato final do confronto dialético, em que se imporia análise concreta das razões das partes, de onde se extrairiam as razões objetivas da decisão, o discurso judicial abandona a dialeticidade para assumir posição distante e monológica. O contraditório, que até o momento dera estrutura ao processo, não impregna necessariamente o discurso justificador da decisão. Já não se faz sentir a prevalência de um método dialético, plurissubjetivo, que presume labor comum. Expostos os “motivos suficientes”, exonera-se o

³¹² REsp 1108209/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011.

³¹³ Assim, exemplificativamente: TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p.414-422. SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 160-170. SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. 154-159. Entre nós: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204. MARINONI, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. Vol 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.472-474. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2007, p. 310-311. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

discurso judicial do dever de justificar os critérios que determinaram a formação da decisão em consideração às razões opostas. A decisão abraça a tese vencedora e não vê mais sentido em ocupar-se dos argumentos recusados. As múltiplas vozes do processo perdem potência e não mais participam obrigatoriamente da narrativa judicial. A decisão assume o tom monológico, típico do formalismo, e não tem satisfações a dar às razões recusadas, como se viva a crença oitocentista na única resposta correta.³¹⁴

O juiz, nesse momento, não apenas está posto em uma posição assimétrica em relação às partes - o que no momento da decisão é natural imposição de sua função como agente do poder estatal - mas está *fora* do espaço dialético. A dialeticidade, essência do processo contemporâneo, que fora exercida com paixão durante todo o trajeto, encontra o portal em que somente um passará rumo à seclusão. Age o juiz como os velhos juízes imperiais na Roma do século V, que se retirava para o *secretum* e lá, sozinho deliberava, apenas mandando abrir o *velum* para a pronúncia da sentença.³¹⁵ Ao emergir, o discurso judicial não será necessariamente a justificação de posições dialeticamente informadas, mas um solilóquio, cujo único dever é para consigo mesmo. O contraditório fica relegado a um “sentido fraco”³¹⁶, em que a igualdade é mera submissão e não efetiva e paritária participação. Cessa aqui, pelo menos em termos de exigência institucional, a colaboração.

Saberão as partes o que decidiu o juiz. Não saberá o vencido, todavia, porque, apesar de argumentos relevantes apresentados, não decidiu de outro modo. Parte-se da premissa evidentemente insustentável de que ao oferecer as razões de decidir restará claro porque não decidiu o magistrado de forma diversa. O discurso judicial não refletirá a estrutura colaborativa do processo porque se permite que o seu autor saia do círculo onde se desenvolve o jogo de linguagem,

³¹⁴ SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de La Universidad de Granada, 2005, p. 134. Aqui, evidentemente, em sentido totalmente diverso daquele que resulta da tese de DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Buenos Aires: Planeta-Agostini, 1979.

³¹⁵ MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945, p.189.

³¹⁶ Contraditório “*in senso debole*”, como anota Daniel Mitidiero, citando Picardi. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2006, p. 89.

deixando a parte vencida sem saber – ou, pelo menos, sem exigir que lhe sejam dadas a conhecer – as razões do fracasso performativo de seus atos de comunicação³¹⁷. Assim as coisas, o contraditório deixa de ser atividade franca de colaboração entre juiz e jurisdicionado para converter-se em um teatro, uma representação de papéis. Ao fechar o pano, apagadas as luzes, não será mais do que um difuso conjunto de impressões que, de forma não muito clara, poderá influenciar a decisão de um juiz que esteve sempre na platéia, sem jamais subir ao palco. Robert Alexy afirma duramente que “se o juiz deixa as partes agirem (mas não entra no jogo), decidindo ao final como se tivesse o Direito válido como correto, então ele trata as partes como pessoas que não compreenderam o que é um debate judicial e que, por isso, não podem realmente participar nele.”³¹⁸

É flagrante a inadequação da tese dos “motivos suficientes” em face do direito fundamental ao o contraditório, que, nos sistemas processuais contemporâneos, é imposição de justiça do processo. Segundo concepção bastante conhecida, notadamente pela pena de Fazzalari, é elemento central do próprio conceito de processo, entendido como procedimento em contraditório³¹⁹. Tampouco é novo dizer que o juiz deve pronunciar-se sobre o conflito *iuxta alligata et probata* e que o contraditório atua como limitador da atividade do juiz, circunscrevendo o *thema decidendum*. O contraditório, todavia, não atua apenas em sentido negativo, como uma “força preclusiva”, delimitadora da atividade judicial. Ao contrário, impõe deveres prestacionais no sentido de que o juiz deve

³¹⁷ Utilizo aqui as noção de “jogo de linguagem” desenvolvidas por Wittgenstein, para quem “a linguagem é um labirinto de caminhos. Vindo de *um* lado, conheces o caminho; vindo de outro lado, mas para o mesmo ponto, já não conheces o caminho”. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977, p. 322. Wittgenstein, em seu *Tratado Lógico-Filosófico*, sustentara que as palavras da linguagem dão nome aos objetos e que as proposições são combinações desses nomes. A função da linguagem seria a representação do mundo. Cada enunciado individual retrataria um estado de coisas, um fato. A imagem e o estado de coisas teriam, nessa perspectiva, a mesma forma lógica. As palavras serviriam como formas vazias com função de designação de objetos. Em suas posteriores “Investigações Filosóficas”, entretanto, o significado passaria a ser visto como um momento de um modo concreto de uso. Nesse segundo Wittgenstein, o pensamento se move para considerar que a compreensão de um enunciado não se confunde apenas com a compreensão do que ele retrata, mas com o que ele realiza, com sua a função, com a ação que pode desencadear.

³¹⁸ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.

³¹⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-121.

promover o contraditório em atenção a todos os consectários de um processo de estrutura verdadeiramente dialógica.³²⁰ A liberdade de alegações alarga progressivamente a realidade relevante, introduzindo questões múltiplas e suas respectivas e variáveis possibilidades de resposta. Atua o contraditório como uma verdadeira força propulsora. A justiça da decisão depende de uma motivação que traduza o tamanho do mundo nela contido. A estrutura do processo é dialógica, assevera Aurélio Gentile, porque o juiz não é mero árbitro da atuação das partes e sim um co-protagonista do debate.³²¹ Como refere Fazzalari, “pode o juiz desatender às razões da parte, jamais ignorá-las, deve tomá-las em consideração, vivê-las criticamente, pelo menos na mesma medida em que os defensores a viveram”.³²²

O contraditório é “instrumento de investigação dialética”³²³ que impregna toda a estrutura do procedimento. O juiz deve observar e fazer observar o contraditório durante toda a dinâmica do processo. O Direito fundamental ao contraditório implica uma série de deveres para o juiz, dentre eles o de dialogar com as partes e de tomar em consideração suas alegações.³²⁴

Desde suas raízes históricas, vinculadas ao *ordo iudiciarius* medieval³²⁵, o contraditório aparece como dever de considerar razões opostas em uma estrutura

³²⁰ Afirmando o processo dialógico, com paridade de armas, como tendência dos modelos processuais europeus contemporâneos: GUINCHARD et autre. *Droit processuel*. Paris: Dalloz, 2007, p. 1045.

³²¹ GENTILI, Aurelio. *Contraditorio e giusta decisione nel processo civile*. In *audiatur altera pars*, Il contraditório fra principio e regola. Milano: Giuffrè, 2008, p. 254-255.

³²² FAZZALARI, Elio. *La sentenza in rapporto alla struttura l all'oggetto del processo*. In. *La sentenza in Europa*. Padova: CEDAM, 1988, p.316.

³²³ MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 204.

³²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 255. Também em *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris. Porto alegre: 2003, n.90, p.62-65. Ainda: *O juiz e o princípio do contraditório*. REPRO, n. 71. São Paulo: revista dos Tribunais, 1993, p. 31-38. Integrando o juiz ao contraditório e referindo seus deveres de a necessidade de que a motivação contenha “apreciação completa das questões levantadas pelas partes para a solução da controvérsia”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 137.

³²⁵ Para adequada compreensão do modelo de processo cooperativo: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Em perspectiva histórica: PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. In *Jurisdição e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-141.

simétrica em que a decisão há de resultar do diálogo entre as pessoas do processo, incluído o juiz. Dentre os deveres inerentes ao processo colaborativo, modelo que corresponde à perspectiva contemporânea de processo democrático³²⁶ é possível destacar, como o faz a doutrina, está o dever de consideração da contribuição das partes, a aptidão das partes para influir na decisão.³²⁷

Não se satisfaz o dever de motivação com mera indicação de “motivos suficientes”, o que corresponde à perspectiva, típica do racionalismo oitocentista, de um processo assimétrico e, sob o ponto de vista lógico, altamente formalizado³²⁸. A tese dos motivos suficientes tem como pressuposto um sentido unívoco que deriva de uma noção de legalidade estrita e o recurso a uma lógica monológica, não aberta ao diálogo que, hodiernamente, deve ser constitutivo da própria racionalidade da decisão.

Impõe-se a consideração de todos os argumentos relevantes das partes e a indicação das razões pelas quais serão acolhidos ou rejeitados. Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni propõem distinção conceitual entre “argumentos” e “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. O direito fundamental ao contraditório implica dever de fundamentação completa das sentenças e acórdãos, o que requer análise detida dos fundamentos argüidos nos arrazoados das partes”.³²⁹

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

³²⁶ Lançando olhar profícuo sobre o processo português DIDIER JR. Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

³²⁷ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 96-97.

³²⁸ Sobre o ponto, a contundente crítica de Ovídio Baptista da Silva em vários de seus escritos. SILVA, Ovídio Baptista da. *A motivação da sentença como garantia constitucional*. In *Jurisdição, direito material e processo*. Forense, 2008, p. 137-164. Também em *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

³²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 419. A distinção é útil, como orientação geral. Observo, porém, que sua adoção pode conduzir à conclusão no sentido da desnecessidade de fundamentação em relação a passos importantes da indução dos fatos da causa, na medida em que não sejam dotados de jurisdição suficiente para,

É insuficiente que o juiz aponte os motivos pelos quais decidiu. Deverá ele, ainda, indicar as razões pelas quais desacolheu argumentos relevantes oferecidos pelas partes que poderiam determinar solução distinta, seja na conformação da premissa fática, seja daquela jurídica. Não basta, pois, que a decisão se aproprie daqueles argumentos que lhe parecem mais atendíveis e deixe de lado, sem refutação aqueles que poderiam indicar outra solução, em observância do direito fundamental ao contraditório. Como aponta Antônio Magalhães Gomes Filho, “o requisito de integridade é dado pelas exigências de justificação que surgem em cada deliberação parcial, pois somente pode ser considerada completa a motivação que cobre toda a área decisória”.³³⁰

Sinais de uma perspectiva renovada na jurisprudência dos tribunais superiores: Uma pesquisa atenta da jurisprudência do tribunal revela concepção que timidamente se pronuncia, com grandes méritos, diversa daquela largamente difundida. É exemplo decisão relativamente recente do Superior Tribunal de Justiça:

A teor do 458 do CPC, sentenças e acórdãos, sob pena de nulidade, devem observar determinados requisitos, destacando-se a fundamentação, é dizer, a percuente análise das questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes e relevantes ao deslinde da controvérsia. (...) A falta de apreciação de argumentos efetivamente capazes de determinar o julgamento da causa em certo sentido, desafia o recurso de Embargos de Declaração que, indevidamente rejeitado, implica a recalcitrância da omissão, caracterizando violação ao art. 535, II do CPC. Não se ignora que o Magistrado, ao motivar

por si só, determinar a procedência ou improcedência do pedido formulado. Refiro-me, por exemplo à motivação relativa ao fato indiciário que, embora não apto a determinar a decisão, é essencial à determinação do fato principal. Optei, assim, por fazer referência à necessidade de fundamentar em observância a argumentos (que podem ser relativos a fatos principais ou secundários) relevantes.

³³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.175. No mesmo sentido, entre outros: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol III. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 204.

suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos argüidos pelas partes, muitas vezes impertinentes ou irrelevantes à formação de sua convicção, admitindo-se, portanto, a fundamentação sucinta, desde que suficiente à segura resolução da lide. Contudo, diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-os automaticamente excluídos.³³¹

A decisão revela a correta impositação do problema. Trata-se de uma *motivação analítica* que, respeitando o contraditório, oferece razões que não se limitam a amparar a solução dada, sustentando a racionalidade e a justiça da decisão em face dos argumentos que lhe foram opostos.³³² Quando se afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todos os argumentos das partes para decidir, bastando que exponha, de forma clara, as suas razões, isso só pode significar que o juiz não precisa ocupar-se de argumentos impertinentes, sem nenhuma aptidão para influenciar uma tomada de posição, assim também daqueles que se limitam a reforçar um fundamento já examinado.

Observe-se que, do ponto de vista estrutural, a fórmula dos *motivos suficientes* realiza operação inversa àquela da *motivação analítica*. Enquanto a primeira vai ao campo de trabalho e recolhe para si o que lhe dá conforto, deixando à sombra as contribuições que porventura ponham em tensão a decisão formulada, a segunda afirma suas razões entre argumentos submetidos ao embate dialético, justificando as opções feitas e as razões pelas quais acolhe ou rejeita os argumentos das partes. O *modelo analítico* de motivação mantém seu atrelamento

³³¹ EDcl no AgRg no REsp 687.456/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 25/10/2010. No mesmo sentido: “a jurisdição é um processo dialético em que as partes declinam argumentos que inexoravelmente deverão ser apreciados pelo Julgador”. (AgRg no Ag 656.919/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2008, DJe 20/08/2008).

³³² No mesmo sentido: STF, Pleno, MS n. 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 08.11.2006, DJ 14.09.2007, p. 32.

à racionalidade dialética e trata as partes como colaboradoras efetivas, em uma perspectiva democrática de resolução de conflitos.

Cumpra observar que os distintos modelos se valem de critérios de exclusão completamente diferentes. O modelo dos *motivos suficientes* exclui os argumentos que poderiam determinar decisão diferente daquela concretamente formulada. Ainda que o material tenha sido objeto de exame no processo de formação da decisão, não se considera imprescindível que o discurso justificativo enuncie as razões da rejeição dos argumentos derrotados. Poder-se-ia invocar metaforicamente a velha máxima de que a história da guerra é contada pelo vencedor. A motivação não passará de uma “autoapologia da tese”.³³³

No *modelo analítico* de motivação estará excluído do discurso justificativo apenas aquele argumento que seja redundante ou irrelevante no sentido de inapto para influir na solução da demanda. Não é outra, aliás, a interpretação que faz a Corte Européia dos Direitos Humanos ao entender que o julgador não é obrigado a responder a todos os argumentos, excluindo-se aqueles que sejam “*moyen inopérant*” ou “*surabondant*”.³³⁴ O critério de exclusão, como se percebe, não é limitador. A exclusão obedece a uma lógica dialética que elimina apenas o que for tautológico ou irrelevante.

As principais vertentes metodológicas do Direito, em que pesem suas distintas perspectivas, assumem contemporaneamente a inerente dialeticidade do fenômeno jurídico e a necessidade de submeter as soluções a um controle intersubjetivo. Nesse contexto, desponta a centralidade do contraditório entendido em um sentido material. O contraditório forte é exigência política, exigência de racionalidade e exigência ética, todas profundamente vinculadas à legitimação da atuação da jurisdição estatal. O modelo de *motivação analítica* toma o contraditório a sério determina ao juiz o dever de examinar os argumentos relevantes das

³³³ CALAMANDREI, Piero. *Processo e democracia*. In Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965, p. 668.

³³⁴ Conforme atesta recente doutrina francesa, fazendo apanhado da jurisprudência. A Corte Européia dos Direitos Humanos repele o julgamento não motivado: CEDH, 3^a sect, 10, nov., 2004. *Taskin et autre contr. Turquie*, req. N. 46117-99. Ainda: motivos contraditórios equivalem à ausência de motivos; não é admitida a motivação implícita, não obstante a motivação por referência. Jurisprudência recolhida por CADIET, Loïc, NORMAD. Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France. Thémis droit. 2010, p.682-685.

partes, inclusive e principalmente aqueles que achar por bem rejeitar, porque somente assim se oportuniza efetivo controle da racionalidade da decisão e de sua aceitabilidade em vista do Direito objetivo. A impossibilidade, atestada por Taruffo, de conceber um modelo teórico unitário e autosuficiente do raciocínio judicial e da motivação apenas amplia a necessidade de manter-se a decisão atrelada à estrutura dialética que permeia todo o processo. Apenas a partir da efetiva análise das contribuições oferecidas por aqueles que dele participam é que se poderá efetivamente estabelecer um controle da aceitabilidade da decisão em vista de critérios cuja afirmação somente é aferível em um contexto plurissubjetivo e devidamente contextualizado. Ao omitir no discurso justificativo a tensão inerente ao debate judiciário incorre-se em injustificável ocultação de elementos cuja consideração é necessária no procedimento de revisão da decisão e também no contexto de controle político de adequação do critério de decisão.

Outra manifestação de insuficiência na indicação das razões de decidir consiste na referência genérica a dispositivos de lei sem a indicação da interpretação realizada ou da presença de um discurso que indique claramente o substrato fático que o juiz está subsumindo à regra referida. Trata-se de referências imprecisas, seja quanto ao sentido da norma, seja quanto à realidade que pretende regular. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de rejeitar essa forma de motivação.³³⁵

³³⁵ “A fundamentação das decisões judiciais constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito, tendo por objetivo, dentre outros, o exercício da ampla defesa e o seu controle por parte das instâncias superiores. 2. Diante disso, é dever do magistrado, ao aplicar a sanção por litigância de má-fé, proceder à correta capitulação e enquadramento da conduta da parte às hipóteses do art. 17 do CPC.3. *Não atende o dever de motivação das decisões judiciais a menção genérica de que "a conduta da recorrente recai no que dispõe o art.17 e seus incisos", por não permitir à parte o exercício da ampla defesa e do contraditório*”. (REsp 1035604/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009). Na mesma linha: “Não obstante o art. 165 do CPC admita a motivação sucinta, tal concisão não se confunde com a ausência de fundamentação, inviabilizadora do amplo exercício do direito de defesa.- *É nula a decisão concessiva de liminar que se limita a dizer estarem presentes os requisitos autorizadores da concessão, sem, no entanto, discorrer em que consiste o fumus boni iuris e qual o periculum in mora*.” (RMS 25.462/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 20/10/2008)

4.1. Motivação *per relationem* e o problema da justificação da identidade

A orientação dos tribunais brasileiros é no sentido da possibilidade da denominada motivação *per relationem*, entendida como aquela que remete a razões desenvolvidas em outras decisões ou manifestações lançadas no processo sob julgamento ou em outros processos³³⁶. Nessas hipóteses, o juiz não elabora justificação autônoma, reenviando à justificação contida em outra decisão.³³⁷

Uma primeira manifestação da motivação *per relationem*, típica do exercício de competência recursal, é aquela que implica remissão a decisão lançada no processo, como, por exemplo, envio, pelo tribunal, às razões de decidir lançadas pelo juiz da instância originária. Trata-se de uma implícita confirmação da idoneidade da decisão originária. Dois problemas, basicamente, derivam dessa prática. O primeiro deles diz respeito à observância do contraditório e o correlato dever de análise dos fundamentos do recurso. Tendo a parte impugnado a decisão mediante argumentos relevantes, o mero reenvio à decisão recorrida, confirmando-a por seus próprios fundamentos, não considera as razões pelas quais a parte hostilizou a decisão original. A mera reiteração de fundamentos não cumpre o dever de estabelecer diálogo com as razões contrapostas, violando o contraditório. É necessário, no mínimo, que o juiz encarregado do julgamento do recurso demonstre ter realizado valoração crítica da decisão recorrida, justificando as

³³⁶ A decisão administrativa do Corregedor-Geral de Justiça empregou a chamada motivação *per relationem* - isto é, valeu-se integralmente das razões lançadas no parecer da Juíza-corregedora para não conhecer do recurso -, técnica essa que não é vedada, tampouco importa ausência de fundamentação desde que o *decisum* se reporte a manifestações ou peças processuais que contenham os motivos, de fato e de direito, a amparar a conclusão judicial esposada, como na espécie. (RMS 22.439/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 10/02/2011) No mesmo sentido a jurisprudência do Supremo tribunal federal: STF, Pleno, ED no MS 25.396/DF, rel. Min. Celso de Mello, julgado em 13.06.2007, Publicada no DJe em 17.09.2009.

³³⁷ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 422.

razões pelas quais entende acertada em face dos argumentos que lhe foram opostos³³⁸.

Um segundo problema diz respeito à imposição de publicidade da decisão. O reenvio puro e simples a decisão anterior não explicita as razões de decidir. Considerando o efeito substitutivo de que é dotada a decisão que julga o mérito do recurso, deve dela constar, autonomamente, as razões de decidir. Ainda que remissivas a decisão anterior, o mínimo indispensável para que sobre ela seja possível o controle político é o da reprodução, na decisão, dos motivos adotados como razão de decidir. Admitir a mera remissão é apoucar, sob todos os aspectos, o dever fundamental de motivação. Não é só. O próprio escopo técnico de permitir o adequado exercício do contraditório exige que a decisão expresse em seu texto as razões que a sustentam, o que é indispensável, inclusive, para eventual juízo de revisão as conheça e, ademais, para que mesmo o jurisdicionado ou qualquer outro legitimado possa delas tomar conhecimento. Não se afigura adequado que para buscar revisão ou mesmo rescisão da decisão tenha o jurisdicionado de compor o quebra-cabeças das decisões indicadas por mera remissão. Não se pode esquecer que, em determinados casos, a remissão diz respeito a algumas questões decididas e, em outras, a motivação seja original, determinando que o sentido global da decisão somente seja dedutível da análise conjunta de duas ou mais decisões. A solução é inadequada do ponto de vista técnico e não realiza o valor fundamental do contraditório.

Quando o reenvio é a decisão adotada em processo diverso, tratando-se, na realidade, da adoção de um precedente, inúmeras são as dificuldades teóricas que surgem e vinculam-se à própria complexidade inerente à observância de precedentes judiciais. O exame aqui, todavia, ficará restrito ao problema da fundamentação da identidade de casos.

A utilização de um precedente envolve interpretação e justificação de regra de direito, em uma estrutura tópica no sentido que lhe dá Viehweg (vinculada a um caso concreto), conexas diretamente com a espécie concreta, nas hipóteses em

³³⁸ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 424. O autor propõe a radical exclusão da técnica de motivação *per relationem*. Para uma análise do problema na doutrina brasileira: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.200.

que a decisão seja passível de universalização. O precedente, para ser aplicado aos casos sucessivos, depende da análise dos fatos, na medida em que, produzido mediante decisão de um caso concreto, é indispensável que esteja devidamente fundada a analogia que permite a universalização do precedente em relação a casos semelhantes.³³⁹

Em nosso sistema há dispositivos que expressamente acolhem a aplicação de precedentes, mediante motivação *per relationem*, voltados à solução de demandas repetitivas.

O art. 285-A do Código de Processo Civil, cuja constitucionalidade é posta em dúvida³⁴⁰, disciplina o instituto da improcedência liminar que permite que, em se tratando de questão de direito em relação à qual o juízo já tiver firmado convicção no sentido da improcedência. Observe-se que o parâmetro aqui não é sequer a orientação firmada nos Tribunais Superiores, e sim decisões anteriores do próprio juízo. Dispensada a citação do réu, será prolatada sentença de total improcedência “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. Em caso de apelação, poderá haver juízo de retratação e determinação de citação, caso contrário, a citação do apelado será para responder ao recurso.

Além das muitas críticas que de forma justa o instituto recebe quanto à sua validade, oportunidade e configuração técnico-processual, há mais uma diretamente vinculada ao problema em exame. O *caput* do artigo aponta como motivação suficiente a reprodução da decisão formulada em processo anterior – é exigida, pelo menos, a transcrição - não bastando mera referência ou remissão, tampouco a juntada de cópia. Não há, todavia, imposição de motivação que justifique a identidade do caso com os demais casos, dos quais foi induzido o critério de decisão.

³³⁹ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Revista de processo, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. Sobre a impossibilidade de distinguir a tradição da *common law* e da *civil law* simplesmente pela consideração dos precedentes ou das normas escritas como fonte do direito, considerando que há muito tempo, senão sempre, essas características impregnam ambos os sistemas (legislação e jurisprudência como fontes).

³⁴⁰ Nesse sentido, apontando violação ao contraditório e criticando o parâmetro para a aplicação do instituto e caracterizando-o como iniciativa de “efetividade perniciosa”: OLIVEIRA, Carlos Alberto e MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. São Paulo: Atlas, 2010, p.345.

Há outras hipóteses contempladas na lei processual brasileira que são ainda mais preocupantes, na medida em que dizem respeito aos recursos para os Tribunais Superiores. Não se trata propriamente de hipóteses de motivação *per relationem*, mas oferecem o mesmo problema relacionado à categorização da questão jurídica, ou seja, sua adequação ao paradigma fixado em precedente judicial. Antes de focar especificamente os institutos, algumas breves questões introdutórias sobre o problema:

Não é hoje adequado distinguir a tradição da *common law* e da *civil law* simplesmente pela consideração dos precedentes ou das normas escritas como fonte do direito, considerando que há muito tempo, senão sempre, essas características impregnam ambos os sistemas (legislação e jurisprudência como fontes).

Em relação ao processo civil brasileiro, a observação é de todo verdadeira, tendo em vista que cada vez mais são introduzidas formas de vinculação às decisões dos Tribunais Superiores (e, por vezes dos Tribunais de modo geral, como ocorre em relação à chamada “súmula impeditiva de recursos” e a ampliação dos poderes do relator para decidir monocraticamente em aplicação à orientação vigente no Tribunal). Duas fórmulas, bastante diferentes entre si, são utilizadas. A fórmula do precedente judicial e a fórmula da jurisprudência dominante, incluída aqui a técnica de sumulação da jurisprudência, em caráter vinculante ou não.³⁴¹

Quando se trabalha com enunciados de súmula³⁴², a aplicação não se funda sobre analogia dos fatos, mas sobre subsunção da fatispécie sucessiva em uma regra geral. Não há diferença substancial em relação aos processos que permitem a concreção de uma regra geral e abstrata, mediante os mesmos instrumentos metodológicos e interpretativos cuja utilização se faz ao trabalhar com a lei.³⁴³

³⁴¹ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. REPRO, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. No mesmo sentido, entre nós, tratando longamente sobre a aproximação inexorável dos sistemas: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25-101.

³⁴² cuja adoção entre nós é vista com forte viés crítico por setores importantes da doutrina. STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁴³ Para uma crítica à perspectiva tradicional que, entre nós, assume o direito sumular, tratado como conjunto de normas gerais e abstratas, propondo uma leitura das súmulas

No caso de recursos extraordinários repetitivos, conforme estabelece o art. 543-B do Código de Processo Civil, um ou mais recursos representativos serão selecionados e encaminhados ao Supremo Tribunal Federal para análise da repercussão geral da questão constitucional. Admitida a repercussão geral da questão constitucional, será o recurso extraordinário paradigmático julgado, todos aqueles que haviam sido sobrestados na origem restarão prejudicados ou poderá retratar o Tribunal a anterior decisão, adequando-a ao precedente. Em dois momentos, opera-se juízo sobre a identidade de hipótese. Isso ocorre, primeiramente, no momento de decidir sobre o sobrestamento, quando a definição acerca da repercussão geral implica identidade da questão constitucional debatida no recurso com aquela veiculada no recurso paradigma. Em segundo momento, a identidade deve ser estabelecida para eventual decisão sobre a adequação da decisão do Supremo Tribunal Federal ao caso concreto. O mesmo ocorre em relação ao sobrestamento previsto no art. 543-C, que trata de recurso especial repetitivo, adotando-se semelhante técnica de sobrestamento dos recursos que versam sobre idêntica questão federal.

Em ambos os casos, o problema que se coloca é o da identidade, ou seja, se a categorização da questão está correta. A técnica que permite a utilização da decisão paradigmática é, nas duas hipóteses, estruturada sobre a ideia de precedente, considerando a natureza prístina da decisão paradigmática. Se assim é, torna-se indispensável verificar a coincidência relativa à fatispécie, sob pena de utilização desvirtuada do precedente, fora do âmbito em que sua universalização é possível, burlando a *ratio decidendi* que lhe é constitutiva.³⁴⁴

O problema é que o legislador pátrio não só deixou de impor o dever de motivar a decisão (que, muitas vezes se dá em bloco, atendendo à natureza massiva da solução), como sequer deixou clara a forma de impugnação da decisão de sobrestamento³⁴⁵. É imperativo que a decisão de sobrestamento permita ao

à luz dos precedentes que lhe deram origem, ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 480-483.

³⁴⁴ TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. REPRO, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 143.

³⁴⁵ Pelo cabimento do agravo e, em vista da fungibilidade das formas processuais, da ação de reclamação: MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 589-590.

jurisdicionado, mediante o oferecimento de razões pelo órgão jurisdicional, verificar os critérios e a correção da decisão que reconhece identidade, oportunizando-se, com isso, a eventual demonstração de distinção relevante, instrumento por demais conhecido na tradição do *common Law* e que constitui instrumento metodológico essencial para que se possa lidar racionalmente com precedentes.³⁴⁶

4.2. Irrelevância substancial da “concisão” como característica da decisão

A concisão a que se referem dispositivos legais que tratam da motivação, a exemplo daquele contido no art.165, parte final, e art. 459, parte final, têm escopo limitado a recomendar a brevidade como elemento de estilo da exteriorização da decisão. O legislador não faz mais do que propor uma forma direta e clara, compatível com a complexidade da motivação exigida³⁴⁷.

Isso em nada se confunde com uma redução do conteúdo justificativo da motivação em relação à decisão. A natureza da decisão, ademais, pouco importa. Decisões interlocutórias, sentenças terminativas, sentenças definitivas, exigem motivação compatível com a extensão e complexidade do contraditório exercido, sendo mister analisar os pontos controvertidos³⁴⁸ à luz do Direito vigente e examinar criteriosamente as razões dos litigantes sobre a matéria decidida, seja qual for. A experiência geral na operação do sistema judiciário permite ver que a complexidade pode se manifestar na resolução de questões de diferentes naturezas, surgidas em diferentes momentos do processo, não sendo característica deste ou daquele ato decisório considerado de forma apriorística.

³⁴⁶ Sobre o *distinguishing*, em análise comparatística ver: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326-377.

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008, p. 197 (comentário ao art. 165).

³⁴⁸ STJ, 2ª Turma, REsp 438572/RJ, rel. Min. Castro Filho, em 06/11/2003, DJ 01/012/2003, p.310.

A concisão, entendida como atributo de clareza e expressividade da linguagem em que se expressa a decisão, é salutar em todas as manifestações do poder judiciário e, de resto, também dos operadores do Direito em geral, em todas as suas manifestações. Pretende-se que a sentença seja clara, assim como qualquer decisão, para que a obra do juiz possa ser controlada pelas partes, pelas instâncias de revisão e pelo povo, porque o processo é, em grande medida, instância da vivência democrática e deve assumir perfil inclusivo e dialógico, para o que deve exteriorizar-se em linguagem que, embora peculiar, possa ser compreendida.

A utilização de uma linguagem vetusta, repleta de expressões em língua estrangeira e demonstrações de erudição de duvidosa pertinência em nada contribui para que a motivação realize suas múltiplas e relevantes funções. O estilo bacharelesco não apenas se mostra anacrônico como também afasta a motivação de suas verdadeiras virtudes enquanto forma de controle político do exercício do poder jurisdicional³⁴⁹. Não se pode esquecer também que em razão do volume de processos resta reduzido o espaço para leituras demasiado extensas e desprovidas de objetividade.

4.3. Síntese conclusiva relativa à extensão e conteúdo do dever de motivar: parâmetros objetivos para o controle da motivação

³⁴⁹ Para uma análise das determinantes culturais do estilo bacharelesco no Brasil: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.157. Também Haroldo de Campos: “O Brasil intelectual das primeiras décadas deste século, em torno à Semana de 22, era ainda um Brasil trabalhado pelos “mitos do bem dizer” (Mário da Silva Brito), no qual imperava o “patriotismo ornamental” (Antônio Cândido), da retórica tribunícia, contraparte de um regime oligárquico-patriarcal, que persiste República adentro. CAMPOS, Haroldo de. *Uma poética da radicalidade*. Texto introdutório à edição dos *Cadernos de Poesia do Aluno Oswald (Poesias reunidas)*. São Paulo: Círculo do Livro, 1965, p.8. FONTOURA, Frederico. *O escopo educativo do processo e a linguagem dos juízes: bacharelismo versus instrumentalidade*. REPRO, n. 117. São Paulo: Revista dos Tribunais.

É tempo, quando vai findando o discurso da tese, de definir o que se deve tomar por decisão adequadamente motivada no estado Constitucional contemporâneo, indicando seus elementos estruturais:

O direito fundamental à motivação das decisões judiciais impõe *motivação analítica* cujo conteúdo mínimo é formado pelos seguintes elementos: a) a *enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para a individualização das normas aplicáveis, justificando o sentido atribuído aos conceitos indeterminados, expressões vagas e cláusulas gerais e, ainda, da utilização dos postulados aplicativo-normativos envolvidos na definição de princípios preponderantes e na própria construção de sentido no momento da concreção*; b) o *acertamento das alegações de fato, com análise de todas as provas produzidas e suas respectivas correlações, justificando os critérios utilizados na elaboração dos juízos fáticos, inclusive as máximas de experiências implicadas nas cadeias indutivas*; c) *qualificação jurídica do suporte fático e das conseqüências jurídicas decorrentes desta qualificação*; d) o *contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados (justificação interna - relação entre as premissas e a conclusão – correção do silogismo decisório)*³⁵⁰; e) *em todos os passos enfrentar diretamente os argumentos relevantes das partes, justificando as escolhas realizadas, considerando o contraditório parâmetro essencial da extensão do discurso justificativo.*

³⁵⁰ Michele Taruffo, *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 467; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Curso de Processo Civil – Processo de Conhecimento*, 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 412/413, vol. II; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto e MITIDIERO, Daniel, *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47, vol. I.

CONCLUSÕES

O juiz, ao qual o pensamento moderno atribuíra um “poder nulo”, teve que aprender a forma de um discurso subserviente ao legislador e simulador de certezas. Acostumou-se a ele, como se acostuma o corpo ao ofício e suas dores.

Quando, chegado o século XX com todas as suas inquietações, a ventriloquia do legislador foi desmascarada e se evidenciou a crise de expressividade do discurso da lei, os olhos se voltaram para um juiz que não mais se concebia como mero títere do legislador. Chamado a realizar a complexa tarefa de dotar o discurso judiciário de maior expressividade, de devolver seus vínculos com a vida e sua inerente complexidade, o juiz passou a falar com voz antiga, contida pelo torpor de quase três séculos de obsequioso silêncio. O discurso desse juiz forjado na tradição romano-canônica, que representara o ideal de neutralidade em face dos desígnios da lei, trazia inexoravelmente as marcas do longo costume de recitar palavras alheias, cujo sentido, por tanto tempo, não lhe fora dado definir. Doravante, esse novo juiz precisaria reconstruir sentidos em contato vivo e atual com um ambiente cultural plúrimo, complexo e pleno de tensões. A tarefa, todavia, é agora, muito mais exigente.

Diluída a crença no sentido unívoco do Direito, a multiplicidade de significados exige formas muito mais complexas de justificação das decisões judiciais. A liberdade conquistada em razão da superação do modelo racionalista e a ampliação da participação do juiz como elemento indispensável à configuração do Direito impõem, em contrapartida, dever muito maior de justificação do exercício de poder. O juiz não exerce mais aquele “poder nulo” do racionalismo do século XVIII, e sim um poder vivo e em grande medida criador que, todavia, encontra ainda necessários vínculos e limites no direito objetivo. O dever de motivar na

jurisdição contemporânea é indubitavelmente mais denso, sendo elemento essencial para a garantia de racionalidade e legitimação da atividade jurisdicional, do que decorre a necessidade de que seja controlado mediante parâmetros mais precisos, cujo desenvolvimento teórico é oportuno.

A abertura e mobilidade do sistema jurídico, o câmbio metodológico experimentado pela ciência do direito (que envolve também uma diversa forma de racionalidade), a aproximação entre tradições jurídicas cujas formas de supremacia do Direito foram historicamente diversas determinam que as relações entre os juízes e o Direito e, além disso, as relações entre os juízes e os jurisdicionados, sejam hoje completamente diversas daquelas que, no século XIX, determinaram a consolidação dogmática do dever de motivar as decisões judiciais. A motivação das decisões judiciais constitui o espaço privilegiado em que se materializam essas múltiplas condicionantes do exercício jurisdicional contemporâneo, razão pela qual se entendeu fundamental oferecer contribuição ao seu estudo, visando ao seu desenvolvimento teórico e dogmático.

O estudo, flagrando a persistência de estruturas de pensamento atreladas a um momento histórico e cultural diverso, lançou-se à tarefa de buscar as condicionantes históricas dessas formas persistentes, de indicar a sua insuficiência em vista dos parâmetros que derivam do Estado Constitucional contemporâneo e, em seguida, de oferecer elementos para uma nova compreensão do problema.

As conclusões da tese vêm a seguir enunciadas:

1. O trabalho, em um primeiro momento, aponta as causas históricas da crise de expressividade do discurso judicial, vinculando-a à passagem do *iudicium* ao *processus*, quando, a exemplo do que passara no direito romano pós-clássico, retira-se do juiz a atribuição de laborar na construção do sentido do Direito, tornando-o subserviente a um legislador idealmente onisciente e a um sistema que se pretendia fechado e completo. O dever de motivar as decisões judiciais, cujas fontes históricas antecedem o momento em que se afirma de modo definitivo, no século XIX, está vinculado de forma essencial à percepção da necessidade de controle do direito como elemento de concentração de poder. Desde o direito justinianeu, prístina manifestação da apropriação do Direito pelo príncipe, conforme

cogita a renovada historiografia do direito romano, o dever de motivar assume a função de controle sobre a atuação da magistratura no sentido de sua vinculação à lei. Idêntico fenômeno ocorre no período tardo-medieval em que as monarquias absolutistas, sob a influência do pensamento racionalista, reivindicam a primazia da produção das leis, dando início a movimento que desaguaria nas grandes codificações dos séculos XIX e XX, sob influência do pensamento revolucionário francês.

Em que pese a afirmação corrente de que na Idade Média a motivação das decisões não era impositiva e, ao revés, era mesmo desaconselhada, a análise das fontes históricas ibéricas demonstra que em Espanha e Portugal, de onde navegaria para o Brasil por via das Ordenações do Reino de Portugal, houve, ainda que de forma descontínua, reiterada imposição normativa de tal dever, aliada a uma prática bastante arraigada. Observe-se que mesmo na Europa central a doutrina aponta vestígios da imposição normativa do dever de motivar as decisões.

A Revolução Francesa, conforme se afirma na doutrina referencial sobre a motivação das decisões, traria alteração substancial de perspectiva, agregando-lhe feição democrática vinculada ao que designa como função externa da motivação, vinculada à publicidade e à possibilidade de fiscalização pelo povo da atuação do poder jurisdicional. Ao lado, portanto, de um sentido essencialmente técnico da motivação, vinculado à possibilidade de sua impugnação (que a doutrina designa como função endoprocessual, identificando com o parâmetro iluminista da motivação, e que a tese identifica como *função dialética* ou *de contraditório*), agrega-se outro, que é o de permitir o controle da aplicação da lei pelos magistrados, dentro dos parâmetros típicos do racionalismo de corte formal que caracterizaria a modernidade e o direito liberal a partir do século XIX. Ter-se-ia, a partir da Revolução Francesa, um novo modelo de motivação, passível de controle democrático mediante impositiva publicidade das decisões.

A decisão, nessa perspectiva, poderia ser descrita como silogismo cuja premissa maior era constituída por norma de conteúdo unívoco cuja aplicação não é mais do que neutral subsunção da premissa fática à regra, em um sistema fechado e onicompreensivo ao qual o juiz resta vinculado. Agrega-se a esse modelo instrumentos de fiscalização desse vínculo de estrita legalidade, o que se

evidencia pela constatação de que a imposição do dever de motivar na França é concomitante à instauração do Tribunal de Cassação, em 1790, cuja tarefa fundamental é o controle da legalidade das decisões. O sentido democrático que impregnaria a motivação somente pode ser visto, nesse contexto, em dimensão extremamente restrita de mera vinculação à lei, sob um duvidoso pressuposto de neutralidade em relação a valores. Não se dá plena substância ao dever de motivação se ele é reduzido a mero jogo de silogismos. Sem deixar de reconhecer câmbios relevantes de perspectiva em relação àquele que deriva das concepções do absolutismo iluminado, afirma a presente tese, a partir do estudo histórico desenvolvido, que as virtudes democráticas do modelo de motivação resultante da Revolução Francesa – em que se afirma a publicidade geral dos julgamentos - não são suficientes para indicar efetiva superação da perspectiva iluminista, de escopo essencialmente técnico. Embora o componente publicístico (correspondente, segundo acatada doutrina, à função extraprocessual da motivação, que designamos *função política* ou *de publicidade*) revele significativo avanço em termos de controle democrático, preserva a mesma função de controle, que é realizado mediante utilização do mesmo parâmetro de vinculação estrita e “neutral” à lei. O juiz francês em nada difere do funcionário do príncipe no que tange a um exercício constitutivo da jurisdição. Se a base de legitimação da fonte legislativa muda completamente, em nada altera a relação do juiz com o direito objetivo. Submete-se o juiz francês pós-revolucionário à mesma estrutura burocrática de controle e à mesma indigência metodológica no que concerne ao desempenho de seu ofício. O mesmo arsenal de formas de controle que implantaram os países sob direta influência francesa, foi também implantado em outras terras por resistentes monarquias absolutistas, tal como ocorreu em Portugal. A pergunta que a tese propõe e responde negativamente é a de que o dever de motivação resultante da Revolução Francesa, em que pesem suas peculiaridades e avanços em relação àquele do absolutismo iluminado, não pode ser tomado como uma efetiva mudança quanto ao papel do juiz em relação ao Direito. Sob sua nova e reluzente armadura, carrega “*un cuore antico*”.

2. A perspectiva moderna sobre o dever de motivação das decisões judiciais representa tão-somente um passo no caminho de uma nova identidade em construção.

Ao longo da exposição ficaram evidentes os câmbios radicais de perspectiva que determinaram a corrosão das estruturas principalmente após a reação ao racionalismo primeiro, com contribuições consistentes especialmente a partir de meados do século XX, o desenvolvimento teórico e dogmático do instituto da motivação impôs sua análise a partir de parâmetros substancialmente diversos. Traçando as características da modernidade pós-revolucionária, apogeu do formalismo racionalista, apontou-se, em viés crítico, a inaptidão da concepção moderna sobre a motivação para realizar os anseios contemporâneos de concretização da ordem jurídica, orientada por uma racionalidade dialética e culturalmente informada que, deixando para trás a ilusão da univocidade do Direito, defronta-se com a iniludível complexidade de um ambiente social plural, sob uma perspectiva democrática.

O Estado Constitucional contemporâneo, forjado sobre uma perspectiva democrática, pluralista e participativa, reconhece direitos fundamentais vinculados à participação e ao procedimento dos quais resulta um modelo de processo colaborativo. O modelo Estado Constitucional estrutura-se sobre valores distintos daqueles sobre os quais foi construído o *État Légal* pós-revolucionário, o que determina também distintos modelos de processo e de relação do juiz com o direito e com os jurisdicionados.

Buscando, portanto, inserir o problema da motivação das decisões judiciais nesse novo ambiente, adentrou a tese na discussão sobre o modelo de processo que caracteriza o Estado Constitucional contemporâneo, o qual precisa ser compreendido à luz dos direitos fundamentais e da indispensável comunidade de trabalho entre o juiz e as partes, em uma estrutura colaborativa própria de um modelo democrático de processo. O processo é compreendido como lugar de reconstrução de significado, o tenso espaço em que se fundem realidade e normatividade, apontando a necessidade de reconhecer as contingências histórico-culturais da realização do direito e da ordem constitucional. Assumindo o caráter problemático da jurisdição, abordaram-se os papéis desempenhados pelos sujeitos do processo e a forma como

interferem na gênese da decisão judicial, desenvolvendo a ideia de cooperação (construção dialética) das decisões, no âmbito de um formalismo-valorativo.

A dialeticidade inerente ao modelo colaborativo de processo implica dar relevo ao direito fundamental ao contraditório, entendido como direito à participação isonômica das pessoas do processo na conformação do ato de poder e à publicidade, dimensão indispensável dessa participação e pressuposto de um controle político da atuação do Poder Judiciário. O formalismo processual é, assim, um formalismo-valorativo, impregnado dos valores constitucionais e dirigido à concretização desses valores.

Determinou-se, ainda, como exigência de uma adequada identificação do objeto em estudo, a natureza jusfundamental do dever de motivação das decisões judiciais afirmado no art. 93, IX da Constituição. Em sentido crítico, abordou-se a questão de seu controle pelo Supremo Tribunal Federal, revelando o equívoco de suprimir da análise do Tribunal os vícios de motivação sob o fundamento de tratar-se de ofensa reflexa, permitindo apenas o debate sob o prisma da lei federal, pelo Superior Tribunal de Justiça. No cerne da crítica, a identificação do dever de motivação como posição jurídica constitucional não mediatizada pela lei federal.

Encerrando a primeira parte do trabalho, apontou-se que o dever de motivação abarca todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade. No particular, estabeleceu-se que a nulidade deve ser medida residual, depois de manejados os instrumentos que permitam a sanção do vício, propondo maior sensibilidade dos tribunais ao analisar a irresignação das partes relativamente aos problemas de motivação. Além disso, mostra que o eventual vício deve ser analisado sob a ótica geral que preside as nulidades, asseverando, todavia, que a natureza materialmente jusfundamental da motivação não permite um uso demasiado tolerante da noção de instrumentalidade das formas. A tese se desenvolve, ademais, em um sentido crítico relativamente a uma concepção meramente formal do dever de motivar.

3. Devidamente contextualizado o problema sob o ponto de vista histórico e processual-constitucional, a segunda parte do trabalho dedicou-se à análise

dogmática do dever de motivação das decisões judiciais. Estabeleceu-se, primeiramente, a necessidade de motivação adequada como garantia de racionalidade da atuação do Poder Jurisdicional, pontuando-se a insuficiência da concepção moderna que vislumbrava a motivação como descrição de um silogismo dedutivo. Sem negar a estrutura silogística da decisão ou, mais propriamente, sem desprezar seus aspectos lógicos, apontou-se, em seguida, que a concepção silogística da decisão, embora descreva, em linhas muito gerais, a sua estrutura lógica, é inadequada para oferecer justificação das premissas sobre as quais se funda o raciocínio decisório. Descrever a sentença como silogismo implica analisá-la apenas sob seu aspecto formal, limitando a justificação da decisão à mera demonstração da correção do raciocínio subsuntivo a partir de premissas apodíticas. Tomadas, todavia, as premissas do raciocínio judicial como problemáticas, surge a necessidade de uma justificação material das escolhas empreendidas no processo das respectivas determinações. A decisão justa não pode ser analisada somente sob o aspecto formal, impondo-se que também possa ser controlada, por via da motivação, a correção da atividade de determinação das premissas fáticas e jurídicas nela utilizadas.

4. Antes de avançar na análise do discurso justificativo, ocupou-se a tese de distinguir adequadamente o contexto de descoberta e o contexto de justificação. Concluindo no sentido de que, embora haja vinculações estreitas entre eles, não é possível confundir o raciocínio decisório, a atividade mental do juiz voltada à decisão, e o raciocínio justificativo, voltado à articulação do discurso que oferece externamente as razões de decidir, a tese sustenta que o segundo não pode ser visto como mera descrição do primeiro.

5. Estabeleceu-se, então, a distinção entre justificação interna (correção do raciocínio sob o aspecto da correta subsunção - justificação formal) e justificação externa (justificação das premissas da decisão, aqui compreendidas as questões fáticas e jurídicas – justificação material). Definiu-se que o discurso motivador deve se desincumbir de ambas as tarefas, isto é, deve articular as premissas de forma coerente e, além disso, apontar as razões que conduzem à definição das premissas.

6. Antecedendo a análise dos problemas relativos à fundamentação das premissas de fato e de direito sobre as quais se estrutura a decisão, enfrentou a tese o problema da recíproca implicação entre direito e fato, recusando a perspectiva moderna de absoluta separação, que não reconhece suas múltiplas e inextricáveis conexões. Reconhecendo, a despeito disso, que a especificidade das questões que envolvem uma e outra premissa, no que respeita à sua fundamentação material, impõem análise individualizada, ressaltou-se que o necessário fluxo entre normatividade e faticidade impregna o discurso relativo a ambas, o que não pode ser negligenciado.

7. Em perspectiva crítica, a tese oferece parâmetros que possam orientar a motivação dos juízos fáticos, apontando o equívoco de concebê-los como mera manifestação da subjetividade do juiz, não passíveis de controle racional. Em consonância com doutrina de ponta na matéria, foram apresentados os seguintes critérios: a) a motivação deve analisar todas as provas produzidas, informando os critérios que nortearam sua valoração; bem como as relações entre elas estabelecidas no sentido de confirmação ou confutação de hipóteses formuladas pelas partes; b) a identificação e justificação das máximas de experiência utilizadas na indução dos fatos; c) a identificação adequada do *standard* probatório utilizado para determinar a análise da suficiência do material probatório para a formação do juízo sobre a veracidade dos fatos em termos de probabilidade lógica.

Além disso, de forma inovadora, apontou-se a equivocada correlação que faz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entre o modelo de constatação (*standard* probatório) e a extensão do dever de motivar. Demonstrou-se que a função do dever de motivação não se confunde com aquela da definição do *standard* probatório, propondo-se que o Superior Tribunal de Justiça estenda à jurisdição civil a mesma perspectiva que, em matéria penal, vem orientando a concreção ao direito fundamental à motivação das decisões judiciais.

Por último, encerrando o capítulo, a tese demonstrou a insuficiência da imediação como critério para a determinação da consistência dos juízos probatórios, desenvolvendo a ideia de uma função bem mais restrita de outorgar

maior eficiência à coleta da prova oral. A imediação, ligada essencialmente à oralidade, não encontra no processo civil brasileiro ressonância que justifique sua adoção como critério para aferir a racionalidade ou correção dos juízos fáticos. Além disso, como se buscou demonstrar, não constitui instrumento epistemológico idôneo para o desempenho de função justificativa relevante.

8. No que tange às questões de direito, o trabalho apontou a natureza reconstrutiva da função judicial, estabelecendo os necessários vínculos com a ordem jurídica objetiva. Superada a ilusão do sentido unívoco do Direito, a jurisdição contemporânea vê-se na contingência de atribuir sentido às proposições jurídicas a partir de parâmetros múltiplos e variáveis. A preocupação tem merecido a atenção da teoria do direito que, principalmente pela mão das teorias da argumentação jurídica, tem buscado estabelecer parâmetros para o controle racional da atividade judiciária de modo a garantir sua vinculação ao direito objetivado sem retirar-lhe o inerente espaço de construção em face de elementos que emergem da realidade. Nesse sentido, identificou-se a interpretação e aplicação do direito como uma atividade reconstrutiva que, mediada pelo direito objetivo, busca respostas justas aos problemas concretos, em vista de seus caracteres juridicamente relevantes. Mereceu especial atenção a concreção de normas extraídas a partir de enunciados que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, apontando a necessidade de que o discurso justificativo promova a necessária articulação dos elementos extrassistemáticos e os valores e fins da ordem jurídica objetiva.

9. Não restam dúvidas, embora a persistência das velhas fórmulas, de que o modelo teórico que resulta do pensamento moderno sobre a motivação não atende às exigências do Estado Constitucional contemporâneo, revelando uma crise de legitimação extremamente preocupante. A tese contribui para a reflexão crítica sobre o dever de motivação das decisões judiciais, desnudando a inadequação de parâmetros que permeiam a jurisprudência dos Tribunais Superiores na matéria e

propondo parâmetros para o seu efetivo controle, com o escopo de dar substância à norma jusfundamental que o afirma na Constituição brasileira (art. 93, IX).

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a tese identifica que, em consonância com o que se observa em diversos países, o controle da motivação pelos tribunais superiores, em matéria cível, é realizado conforme o critério dos “motivos suficientes”, segundo o qual não há o dever de enfrentamento de todos os argumentos utilizados pelas partes, desde que a decisão indique claramente os fundamentos suficientes à justificação da parte dispositiva da decisão. O conteúdo material do dever fundamental de motivação das decisões é balizado pela imprecisa noção de “motivos suficientes”, cujos contornos não restam devidamente estabelecidos. Disso deriva que, de modo geral, o controle da motivação é realizado sob o aspecto meramente formal (de existência ou inexistência) ou, ainda, segundo parâmetros de congruência entre decisório e fundamentos, entendendo-se que são suficientes os motivos que permitam oferecer sustentação ao dispositivo.

A partir do exame do critério dos “motivos suficientes” à luz do direito fundamental ao contraditório, essência do processo civil colaborativo e parâmetro central do processo no Estado constitucional contemporâneo, a tese sustentou a sua limitada contribuição para o controle da racionalidade e justiça da decisão, evidenciando, ainda, o déficit de legitimação do exercício do poder jurisdicional que deriva dessa forma estreita de motivação.

Concebido o processo democrático como espaço dialético, cuja racionalidade é plural, impõe-se que a decisão seja reflexo dessa comunidade de trabalho. O modelo analítico de motivação, seja no que respeita aos juízos fáticos (envolvendo inclusive os elementos jurídico-valorativos desse juízo), seja no que respeita à determinação, interpretação e concreção das normas envolvidas na solução do caso, é o que possibilita o controle da efetiva observância do princípio dialético do contraditório, elemento central do processo colaborativo que ressaí da conformação constitucional do processo brasileiro.

Em conclusão ao capítulo sobre o problema da extensão da motivação e do conteúdo material do dever constitucional de motivar, direito fundamental previsto

no art.93, IX, da Constituição, propôs a tese os seguintes parâmetros de *motivação analítica*: a) *enunciação e justificação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para a individualização das normas jurídicas aplicáveis, justificando o sentido atribuído aos conceitos indeterminados, expressões vagas e cláusulas gerais eventualmente contidos nas proposições normativas consideradas*; b) *indicação dos postulados aplicativo-normativos envolvidos na definição de princípios preponderantes e na construção do sentido da norma no momento da concreção*; c) *o acertamento das alegações de fato, com análise de todas as provas produzidas e suas respectivas correlações, justificando os critérios utilizados na elaboração dos juízos fáticos, inclusive as máximas de experiências implicadas nas cadeias indutivas*; d) *qualificação jurídica do suporte fático e das conseqüências jurídicas decorrentes desta qualificação*; e) *o contexto dos nexos de implicação e coerência entre os elementos “a”, “b” e “c”, “d” (justificação interna – congruência entre as premissas e a conclusão e coerência do discurso)*; f) *em todos os passos o discurso justificativo deve considerar os argumentos relevantes das pessoas do processo, justificando as escolhas realizadas e tomando o contraditório como parâmetro essencial da extensão da motivação*.

.

Moveu o trabalho a vontade de oferecer contribuição para a reflexão teórica sobre o tema, propondo problemas e oferecendo soluções cujas virtudes somente podem ser medidas a partir do exercício crítico que estejam aptas a suscitar. Desejo maior, todavia, é o de que esse trabalho possa gerar reflexão crítica acerca da função essencial da motivação das decisões judiciais em sua experiência cotidiana, longe da repetição ritualística de conceitos cuja permanência é tempo de questionar, com vistas à atribuição de conteúdo material ao direito à decisão motivada, como exige sua natureza jusfundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELLÁN, Marina Gascón. *La prueba de los hechos*. Madrid: Marcial Pons, 1999.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2005.
- _____. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997
- ALISTE SANTOS, Tomas-Javier. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *Do formalismo no processo civil*. Proposta de um formalismo-valorativo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *O juiz e o princípio do contraditório*. REPRO, n. 71. São Paulo: revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2002.
- _____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da Ajuris. Porto Alegre: 2003, n.90.
- AMODIO, Ennio. *Motivazione dela Sentenza Penal*. In Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII.
- ARANGIO-RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1943.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do Direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao art. 127*. In Marcato, Antônio Carlos (Coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2008.

BELTRÀN, Jordi Ferrer. *La valoración racional de la prueba*. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

_____. *Prueba y verdad en el derecho*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las provas judiciales*. Buenos Aires: EJEJA, 1971.

BOBBIO, Norberto. *Scienza giuridica*. Torino: Giappichelli, 1950.

BONFANTE, Pietro. *Historia del derecho romano*. V. II. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1944.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.157

CADIET, Loïc, NORMAD. Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: Presses Universitaires de France. Thémis droit, 2010.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil*. Tomo I, vol. 2. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires. EJEJA, 1945.

_____. *La genesi logica della sentenza civil*. In: Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965.

_____. *Processo e democrazia*. In Opere giuridiche. Napoli: Morano, 1965.

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

CAMPOS, Haroldo de. *Uma poética da radicalidade*. Texto introdutório à edição dos *Cadernos de Poesia do Aluno Oswald (Poesias reunidas)*. São Paulo: Círculo do Livro, 1965.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa; Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Tópicos de um curso de mestrado sobre direitos fundamentais, procedimento, processo e organização*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: 1990.

CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad e las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1972.

_____. *Reflexões sobre a criatividade jurisprudencial no tempo presente*. In *Processo, ideologias e sociedade*. Vol I. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CARNELLI, Lorenzo. *O fato notório*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v.2

_____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965, v. 3.

COMANDUCCI, Paolo. *La motivazione in fatto*. In *Ubertis, Giulio*. *La conoscenza Del fatto nel processo penal*. Milano: Giuffrè, 1992.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1946.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

CRUZ E TUCCI, José Rogério e AZEVEDO, Carlos de. *Lições de história do processo civil lusitano*. São Paulo: RT, 2009.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: EJEA, 1957.

DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Curso de Juizados especiais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, Vol II. Salvador: Podium, 2010.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra editora, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol III. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Los derechos em serio*. Barcelona: Planeta-Agostini, 1993.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de e MENÉNDEZ, Aurelio Menéndez. *El derecho, La ley y el juez. Dos estudios*. Cuadernos Cívitas. Madrid: Civitas, 1997.

ESSER, Josef. *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1983.

EVANGELISTA, Stefano. *Motivazione della sentenza civil*. In Enciclopedia del Diritto. Milano: Giuffrè, 1977, vol XXVII.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.) Meios de impugnação ao julgado civil; estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

_____. *La sentenza in rapporto alla struttura I all'oggetto del processo*. In. La sentenza in Europa. Padova: CEDAM, 1988.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid, Editorial Trotta, 1995.

FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Forense, 2009.

FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.

GANUZAS, Javier Ezquiza. *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

- GENTILI, Aurelio. *Contraditorio e giusta decisione nel processo civile*. In *Audiatur altera pars*, Il contraditório fra principio e regola. Milano: Giuffrè, 2008.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- GIULIANI, Alessandro. *Il concetto di prova*. Padova: CEDAM, 1971.
- _____. *L'Ordo Judiciarius medioevale – riflessioni su un modelo puro di ordine isonômico*. *Rivista di Diritto Processuale*, anno XLIII (Seconda Serie), n. 3, jul-set. 1988. Padova: Cedam, 1988.
- GIULIANI, Alessandro; PICARDI, Nicola. *La responsabilità del giudice*. Milano: Giuffrè, 1995.
- GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do direito português*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GRASSO, Eduardo. *La pronuncia d'ufficio*. Milano: Giuffrè, 1967.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o código de Processo civil*. São Paulo: José Buchatsky, 1975.
- GROSSI, Paolo. *L'ordine giuridico medievale*. Bari: Laterza, 1997.
- GUARINO, Antonio. *L'ordinamento giuridico romano*. Napoli: Dott. Eugenio Jovene, 1956.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUINCHARD *et alli*. *Droit processuel*. Paris: Dalloz, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Faticidad y validez*. Madrid: Editorial Trotta, 2005.
- HESPANHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica européia. Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.
- _____. *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da república Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOMEM, António Pedro Barbas. *Judex Perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal, 1640-1820*. Coimbra: Almedina, 2003.

ITURRALDE, Victoria. *Justificación judicial: Validez material y razones*. In: "Análisi e diritto 2004", a cura di P. Comanducci e R. Guastini. Disponível em: http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2004/09iturralde.rtf

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato pelo STJ*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Os standards do convencimento judicial. Paradigmas para seu possível controle*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1969.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação das sentenças*. In: REPRO, n.29. São Paulo: revista dos Tribunais, 1979.

_____. *Manual de direito processual civil. Vol. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAC'CORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MANCUSO, Fulvio. *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVII (Note in margine a studi recenti con il testo de una sentenza del 1299)*. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Anno XLIX, n. 1. Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2008.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de tutela*. São Paulo: RT, 2006.
- _____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: revista dos Tribunais, 1999.
- _____. Culturalismo e experiência no novo Código Civil. In DIDIER JR., Fredie; MAZZEI, Rodrigo. *Reflexos do Novo código civil no Direito Processual*. Salvador: Podium, 2006.
- MATTOS, Sérgio Luiz Wetzel de. *Devido processo legal e proteção dos direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MELENDO, Santiago Sentis. *La prueba*. Buenos Aires: EJEJA, 1979.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDES, Sérgio da Silva. *Hermenêutica nomadológica ou l'ê droit comme rhizome; a impossibilidade do "princípio" da razoabilidade no controle concentrado de constitucionalidade*. In "Revista Forense". Vol. 395. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MILLAR, Robert Wyness. *Los principios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, Tomo II.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo Civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *O problema da invalidade dos atos processuais no Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo*. In: Amaral, Guilherme Rizzo, Carpena Márcio Louzada. *Visões críticas do processo civil brasileiro*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONTESANO, Luigi. *Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione*. In: Università degli Studi di Ferrara. La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988.

MOREIRA, Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de direito*. In temas de direito processual: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem e violência* (trad. Peter Naumann). Porto alegre: Fabris Editor, 1995.

_____. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996

NEVES, Castanheira. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. V. 1. Coimbra: Coimbra editora, 1995.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004.

PASTORE, Baldassare. *Giudizio, prova, ragione pratica*. Milano: Giuffrè, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Retóricas*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Rapport de synthèse*. In *La motivation des décisions de justice*. Bruxelles: Bruylant, 1978.

PETRONIO, Ugo, *Il futuro ha um cuore antico. Considerazioni sul codici de procedura civile de 1806*. Ensaio de abertura da coleção Testi e documenti per la storia del Processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani. I Codici Napoleonici TI, Codici de Procedura Civile. Milano: Giuffrè, 2000.

PICARDI, Nicola. *Il giudice ordinario. Le variabili nella tradizione Del diritto comune europeu*. Rivista di diritto processuale civile, Anno XL, n.4. Padova: CEDAM, 1985.

_____. *Il giudice e la legge nel Code Lois*. In. Rivista di Diritto processuale civile. Padova: CEDAM.

_____. *Introdução ao Code Louis (Ordonnance Civile, 1667)*. In: Jurisdição e Processo. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni didiritto processuale civile*. Napoli: E. Jovene, 2006.
- PIZZI, Claudio. *Oggettività e relativismo nella ricostruzione del fatto: riflessione lógico-filosofice*. In Ubertis, Giulio. *La conoscenza Del fato nel processo penal*. Milano: Giuffrè, 1992.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RASELLI, Alessandro. *Studi sul potere discrezionale Del giudice civil*. Milano: Giuffrè, 1975.
- REALE, Miguel. "O Direito como Experiência". São Paulo: Saraiva, 1999.
- REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2009.
- ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.
- ROSITO, Francisco. *As máximas de experiência em juízo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SALAVERRÍA, Juan Igartua. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003.
- SANTOS, Tomás-Javier Aliste. *La motivación de las resoluciones judiciales*. Madri: Marcial Pons, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do Advogado, 1998.
- SCAGLIOTTI, Daniela Acatino. *Motivación de las sentencias*. Granada: Editorial de La Universidad de Granada, 2005.
- SICHES, Luis Recaséns. *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. México: Porrúa, 1973.
- SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *A motivação das decisões judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.
- SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Podium, 2007.

SILVA, Ovídio Baptista da. Epistemologia das ciências culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional*. In Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. Rio de Janeiro: forense, 2007.

_____. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Verdade e significado. Disponível em <http://www.baptistadasilva.com.br/artigos006.htm>. Acesso em 05/04/2009.

SOMMAGGIO, Paolo. *Il contraddittorio come critério di razionalità del processo*. In: Audiatur et altera pars. A cura di PUPPO, Federico, MANZIN, Maurizio. Milano: Giuffrè, 2008.

SOUZA, Wilson Alves. *Sentença civil imotivada*. Salvador: Podium, 2008.

STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Editorial del Centro de estudios Ramon Areces, 1990.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no direito brasileiro – eficácia, poder e função. A ilegitimidade do efeito vinculante*. 2ª. Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele *Considerazione su prova e verità*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Elementi per un'analisi del giudizio di fatto*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Funzione della prova: La funzione dimostrativa*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Giudizio: processo, decisione*. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta. In Sui Confini. Scritti sulla giustizia civile.* Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *La motivazione della sentenza civile.* Padova: Cedam, 1975.

_____. *La prueba de los hechos.* Bologna: Editorial Trotta, 2002.

_____. *La semplice verità. Il giudice e La costruzione dei fatti.* Bari: Laterza, 2009.

_____. *La fisionomia della sentenza in Italia.* In *La sentenza in Europa.* Padova: CEDAM, 1988.

_____. *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo.* Rivista di diritto processuale civile, Anno XXIX n.2. Padova: CEDAM, 1974.

_____. *La motivazione della sentenza civile.* Padova: Cedam, 1975.

_____. *La prueba de los hechos.* Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. *Studi sulla rilevanza della prova.* Padova: CEDAM, 1970.

_____. *Precedente e jurisprudência.* Revista de processo, n. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TROCKER, Nicolás. *Proceso civile e Costituzione.* Milano: Giuffrè, 1974.

TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil.* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto alegre: Fabris, 2009.

VAN CAENEGEM, R. C. *Juges, legislators & professors. Chapters in european legal history.* Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

_____. *Uma introdução histórica ao direito privado.* São Paulo: Martins Fontes, 1995.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência.* Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

VILLAR, Afonso Murillo. *La motivacion dela sentencia en el proceso civil romano.* Cuadernos de Historia del Derecho, n.2, 1995.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno.* São Paulo: Martins fontes, 2005.

_____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VOLTAIRE. *Dicionário Filosófico*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2005.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico*. Trad. M. S. Lourenço. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1977.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.