

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

A MOTIVAÇÃO NA VALORAÇÃO DOS FATOS E NA APLICAÇÃO DO DIREITO

GERSON LIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

**ORIENTADOR: PROF. DR. CARLOS
ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA**

Porto Alegre
2005

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pela dedicação e sabedoria com que ministrou as aulas do Mestrado, pelo profissionalismo e pelo incessante incentivo e segurança na orientação e direcionamento do trabalho.

Aos demais professores do Curso de Mestrado, pelo quanto foram capazes de ampliar meu conhecimento.

Aos colegas, cujo convívio resultou em sólidas amizades.

EM ESPECIAL

Aos meus pais, pelo apoio, pelo carinho eterno que incentiva nos momentos difíceis da vida e pela compreensão, sempre presente.

“E nós juristas, se queremos cumprir com o nosso dever social, não devemos nos entristecer por causa da justiça que declina: é muito mais útil nos esforçar a fazer, sim, com que a legalidade venha a ser, mais do que um instrumento de conservação, um instrumento de renovação social, capaz de guiar o mundo, sem novas catástrofes, para o resplandecer da justiça que desponta”.

Piero Calamandrei

RESUMO

A motivação das decisões judiciais representa uma das principais garantias da sociedade no Estado Democrático de Direito. O objetivo deste trabalho é o estudo da fundamentação das decisões judiciais, não apenas como requisito do mais importante ato processual, de interesse apenas das partes, mas, sim, e principalmente, como uma garantia constitucional, porque de interesse social. A motivação, na concepção social do processo, como instrumento de pacificação, pode ser considerada como meio de justificação na atividade judicial de apreciação dos fatos e do Direito. Na ampliação do seu significado, vista como garantia, a motivação torna-se instrumento de legitimação das decisões judiciais, como atos de poder, na medida em que obriga o julgador a exteriorizar os fundamentos e as razões que justificaram uma escolha, a de ter sido tomada uma determinada solução para a causa posta em julgamento. Sua importância prática é acentuada, uma vez que por meio dessa garantia torna-se possível às partes o conhecimento não apenas da forma, mas, sobretudo, do conteúdo que integra a decisão judicial, possibilitando valorar se o direito à prova e o argumento jurídico sobre a questão litigiosa foram respeitados e analisados. Daí se afirmar que a motivação é um importante instrumento de realização das demais garantias processuais e constitucionais. Além disso, a motivação funciona como instrumento de controle na atividade judicial de valoração dos fatos, mormente para assegurar às partes o direito a prova, e da valoração dos textos normativos, na medida em que reconhecido o papel criativo dos juízes.

RIASSUNTO

La motivazione delle decisioni giudiziali rappresenta una delle principali garanzie della società nello Stato Democratico del Diritto. L'obiettivo di questo lavoro è lo studio della motivazione delle decisioni giudiziali, non soltanto come requisito del più importante atto processuale, di interesse appreso delle parti, ma, sì, e principalmente, come una garanzia costituzionale, perciò di interesse sociale. La motivazione, nella concezione sociale del processo, come strumento di pacificazione, poi essere considerata come mezzo di giustificazione dell'attività giudiziale dell'apprezzamento dei fatti e del Diritto. Nell'ampliamento del suo significato, guardata come garanzia, la motivazione si torna strumento di legittimazione delle decisioni giudiziali, come atti di potere, nella misura a che si obbliga il giocatore ad exteriorizzare i fondamenti e le ragioni che giustificano una scelta, a di essere fatta per prendere una determinata soluzione per la causa messa a giudicamento. Sua importanza pratica si rivela accentuata, guardata che per mezzo della garanzia della motivazione si torna possibile alle parti la conoscenza non soltanto della forma, ma, soprattutto, del contenuto che integra la decisione giudiziale, possibilizzando valorizzare se il diritto alla prova o l'argomento giuridico sopra la questione litigiosa fu rispettato ed analizzato rispettivamente. Se affermare che la motivazione ed un importante strumento di esecuzione delle altre garanzie processuali e costituzionali. Al di là di ciò, la motivazione funziona come strumento nell'attività giudiziale della valorizzazione dei testi regolativi, nella misura a che riconosciuto il carattere creativo dei giudici.

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO.....	8
II PERFIL HISTÓRICO DA MOTIVAÇÃO.....	16
PRIMEIRA PARTE – NATUREZA JURÍDICA DA MOTIVAÇÃO	24
III SIGNIFICADOS DA MOTIVAÇÃO.....	28
1 A motivação como exposição histórica	28
2 A motivação como instrumento de comunicação e fonte de indícios.....	30
3 A motivação como discurso justificativo	38
4 A motivação como atividade crítico-intelectual.....	42
IV A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO.....	47
1 Motivação e legitimidade dos atos jurisdicionais	47
2 A motivação como garantia constitucional	50
3 A motivação no quadro do devido processo legal.....	63
3.1 <i>O Princípio do contraditório.....</i>	<i>67</i>
3.2 <i>O princípio da imparcialidade.....</i>	<i>72</i>
3.3 <i>O princípio do duplo grau de jurisdição.....</i>	<i>77</i>
SEGUNDA PARTE – ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO.....	82
V A ELABORAÇÃO DA MOTIVAÇÃO	82
1 Sentença, motivação e silogismo.....	82
2 Conteúdo mínimo da motivação.....	91
3 Motivação dos enunciados fáticos e jurídicos.....	100
VI A MOTIVAÇÃO NA APRECIÇÃO DOS FATOS.....	106
1 Notas introdutórias.....	106
2 Motivação e valoração das provas	110
2.1 O procedimento probatório	111
2.2 <i>A iniciativa probatória.....</i>	<i>112</i>
2.3 <i>Admissibilidade da prova.....</i>	<i>117</i>
2.4 <i>Momento da avaliação da prova.....</i>	<i>120</i>
3 O livre convencimento motivado.....	125
4 Controle da convicção judicial na valoração dos fatos.....	135

VII A MOTIVAÇÃO NA APRECIÇÃO DO DIREITO	140
1 Observações introdutórias.....	140
2 Motivação e valorização do material jurídico.....	146
3 A motivação na teoria do positivismo jurídico	149
4 A criação judicial do Direito.....	160
5 Controle do convencimento judicial na valoração do direito.....	168
OBSERVAÇÕES FINAIS.....	173
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	182
JURISPRUDÊNCIA.....	189

I INTRODUÇÃO

A relevância do presente estudo assenta-se na idéia de que, na busca de uma sociedade democrática que valorize os direitos fundamentais do cidadão, não se pode deixar de ressaltar a importância das garantias, princípios e direitos constitucionais, que são dotados de eficácia vinculante, sobretudo para o intérprete jurídico. No pertinente à garantia da motivação, constitui-se em diretriz máxima no momento da valoração probatória, servindo de instrumento à realização de outras garantias inerentes ao devido processo legal, destacando-se o contraditório na formação da prova. A fundamentação revela sua importância como ato do processo a edificar o momento culminante da atividade jurisdicional, que é a decisão judicial. Além disso, exterioriza objetivamente a forma como foram interpretadas e valoradas as normas legais para justificar uma escolha, comportando-se a motivação, nesse aspecto, como um discurso lógico de justificação, o que não significa reduzir-lhe a estrutura e funcionalidade no modelo da lógica formal-dedutiva¹, por meio da qual a aplicação e interpretação do Direito assentam-se no uso do silogismo tradicional².

Disso resulta que a motivação não representa ser apenas um requisito endo-processual, cujo discurso jurídico tem importância apenas para o processo, de interesse exclusivo das partes envolvidas no litígio, seja este de caráter individual ou coletivo. Ao contrário, sua razão

¹ Chama-se a atenção de que os juízes, na construção da motivação, como seres humanos capazes de sentir o mundo que está a sua volta, não apenas explicitam a valoração fática e jurídica do caso, mas, igualmente, mesmo que de forma oculta, irradiam na decisão formas de pensamento, sejam culturais, religiosas, sociais ou políticas, e ainda premissas que podem ser imperceptíveis. É oportuno citar, como exemplo, que na aproximação desejada entre a produção da prova e a decisão judicial, quando o julgador ainda em audiência, após a coleta da prova, profere sentença, é comum que sua impressão pessoal sobre determinados depoimentos de testemunhas tenha grande relevância na motivação da sentença, embora não consignada em ata esta impressão.

² Faz-se alusão ao silogismo do raciocínio jurídico lógico-formal, em cuja estrutura a premissa maior corresponde à lei, a premissa menor ao fato litigioso, sendo que a conclusão corresponde à solução judicial dada pela subsunção do fato narrado nos autos à norma legal.

de ser extrapolado o território do processo, este considerado, na doutrina³, de um modo geral, como instrumento por meio do qual o Estado-Juiz concretiza a atividade jurisdicional, no sentido de tornar concreta a formulação e a atuação prática da norma jurídica que deve disciplinar determinada situação litigiosa⁴.

E na medida em que é estimulada cada vez mais a idéia de que a hermenêutica deve ser desempenhada por meio de um modelo construtivista comprometido com o texto constitucional, a relevância política da motivação vem sendo observada com mais atenção após sua obrigatoriedade constar na carta constitucional⁵. Por essa razão, o papel da motivação vai além de seu reconhecimento como simples requisito do ato decisório, ou de complementação formal da sentença, nos moldes em que está prevista no Código de Processo Civil⁶.

Com esse panorama, torna-se clara a necessidade da justificação racional e valorativa das decisões judiciais, sem esquecer do respeito à sistematização, tão importante para o fomento da segurança jurídica⁷.

³ Discorrendo sobre o processo, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o “processo é o instrumento dessa cooperação entre o agente do poder e as pessoas interessadas. É, por assim dizer, o palco em que atuam os protagonistas do drama litigioso, ou o roteiro, a que deve adaptar-se o papel que cada um deles vem desempenhar, com a crescente participação do autor. O conceito de processo, como os outros fundamentais, ainda não encontra formulação definitiva na doutrina. Certo é, no entanto, que se encontra intimamente ligado com o de procedimento, que é a sua expressão visível” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p 81-82). Ou, como prefere Eduardo Couture “el proceso tiene, como finalidad, hacer césar el conflicto mediante um debate e preordenado, por acto de la autoridad” (COUTURE, Eduardo. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: De Palma, 1999, p. 55).

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 3.

⁵ Constituição Federal, artigo 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...]”.

⁶ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - [...]:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

⁷ A busca da segurança jurídica não significa que na motivação das decisões o julgador tenha como único instrumento de trabalho a vinculação incondicional à lei, considerada como norma posta, genérica e abstrata. Estabelecido em determinada sociedade organizada um ordenamento jurídico eticamente apto a ser respeitado e composto, em seu mais alto grau de importância, por valores, princípios e normas constitucionais, não se pode deixar de lado a importância da segurança jurídica, revelada na certeza, ou quase-certeza, da atuação

E como garantia constitucional, a motivação qualifica o princípio do livre convencimento judicial, que não é totalmente livre, cuja importância transcende a mera alegação de direito individual das partes no processo, para servir de mecanismo de controle por parte da comunidade. Este, sem dúvida, é o fim justificativo da existência da fundamentação, ou seja, contribuir para a racionalização do sistema de administração da justiça, como bem esclarece Taruffo⁸.

Essa dupla funcionalidade – controlar o convencimento judicial, não deixando que o arbítrio da judicatura faça tabula rasa dos direitos e valores constitucionais, e possibilitar a análise da aplicação do direito pelo intérprete-juiz frente ao ordenamento jurídico, não mais exclusivamente positivista e formalista, mas quotidianamente revigorante, por também expressar valores e princípios, que se amoldam no evoluir da sociedade – fundamenta um estudo mais aprofundado da motivação das decisões judiciais, sobretudo porque a legitimidade da atividade jurisdicional nela encontra fundamento. Significa dizer, claramente, que ao sentenciar o julgador está exercendo jurisdição, que é a atividade típica do Poder Judiciário, e para praticar aquele ato, revelador da “justiça” do caso concreto, incumbe-lhe, por obrigação constitucional, revelar os motivos pelos quais chegou à determinada solução. Portanto, no exercício de um dos poderes do Estado, o juiz encontra-se investido do dever de motivar suas decisões, para que seja possível, não apenas aos interessados da lide, mas à sociedade em geral, ter conhecimento sobre a forma como está sendo exercida a

jurisdicional sobre determinada matéria, ou seja, que haja relativa previsibilidade a acompanhar a atividade jurisdicional.

⁸ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell' obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

jurisdição e mais especificamente se determinada decisão está em conformidade com o que estabelece o sistema jurídico, inclusive no que diz respeito à competência do julgador⁹.

A importância da motivação também está em reconhecer que o juiz exerce uma função social, e, portanto, participativa em mudanças que traçam os novos rumos da sociedade. Diante desta perspectiva renovadora, que é inafastável quando da aplicação do direito, o ato de decidir pressupõe, por parte do julgador, um conhecimento da realidade social subjacente. Nem poderia ser diferente, pois os juízes são profundamente afetados por sua concepção de mundo, seja com referência à formação familiar, aos valores de sua classe social, educação autoritária ou liberal, aspirações quanto a sua profissão, enfim, o juiz convive com valores que são próprios do modo como encara o mundo¹⁰. O juiz é um ser social, e na atividade de aplicação do direito não deixará de levar em conta certos valores que influenciem seu convencimento, valores esses não exclusivamente pessoais, mas os presentes na sociedade. E assim é possível afirmar que o ato decisório constitui-se numa atividade complexa, que engloba toda uma espécie de pensamentos, conhecimentos técnicos e teóricos, cultura pessoal do julgador, fenômenos sociais, políticos e culturais, e demais aspectos vivenciados na comunidade onde atua.

E ao se indagar sobre a valoração do direito, faz-se referência à atividade complexa do julgador para dar solução justa ao caso concreto, ou seja, àquela atividade que implica, de um

⁹ A relevância da motivação como instrumento de legitimação da atuação jurisdicional foi bem retratada por Maria Thereza Gonçalves Pero, quando destaca que “...se todo poder emana do povo e em seu nome é exercido, então é natural que o povo possa acompanhar as decisões do Poder Judiciário, e conhecendo as razões de sua decisão constatar a idoneidade de sua atuação para atender aos postulados do Estado de Direito, fazendo com que permaneça o seu consentimento a essa instituição” (PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 168).

¹⁰ A respeito das influências extra-jurídicas no ato de julgar destaca-se o ensinamento de Rui Portanova, segundo o qual “[...] todo homem, e assim também o juiz, é levado a dar significado e alcance universal e até transcendente àquela ordem de valores imprimida em sua consciência individual. Depois, vê tais valores nas regras jurídicas. Contudo, estas não são postas só por si. É a motivação ideológica da sentença” (PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 16).

lado, a valoração do material probatório, de forma a ponderar sobre a veracidade das afirmações das partes acerca dos fatos trazidos a juízo, e de outro, uma vez ultrapassado esse primeiro plano, a interpretação do direito e a concreção da norma jurídica que disciplinará a situação em juízo.

Mostra-se clara, pois, a íntima correlação entre o ato de aplicar o direito e a justificação da decisão judicial. Aplicação do direito sem fundamentação ou fundamentação desviada do sistema jurídico como um todo é puro arbítrio. E não serve qualquer fundamentação. De acordo com o ordenamento jurídico, em que se encontra ínsita a necessidade de hierarquia das normas, é evidente que a convicção judicial, revelada na motivação, não deve violar a estrutura do sistema jurídico, sustentado pela Constituição.

E é justamente em razão da necessidade de se compreender melhor o fenômeno da justificação das decisões judiciais e a problemática do controle do convencimento judicial, que ao abordarmos o tema da motivação, a preocupação foi de inovar e avançar na matéria, em face da escassa doutrina sobre o assunto. Sendo este o objetivo a ser alcançado no trabalho, não mais se concebe o tratamento da motivação como elemento de exclusivo interesse do formalismo processual, ou seja, como mero requisito da sentença. Está é uma idéia por demais restritiva, voltada aos fins imediatos do processo civil. A compreensão do fenômeno ganha nova concepção, de tal forma que, numa singela percepção é possível concluir que a motivação é instrumento de garantia, inclusive na seara do processo penal e na prática dos atos administrativos¹¹. Sua importância vai além dos limites do processo,

¹¹ Sobre o tema, no âmbito do direito administrativo, anota Juarez Freitas que “...de tal sorte, aplica-se ao administrador, agente do Poder Público, a regra constitucional expressamente atribuída ao juiz no exercício da tutela jurisdicional (e aos Tribunais, inclusive, no âmbito de suas decisões administrativas), que impõe o dever de motivar, compulsoriamente e sob pena de nulidade, os atos de discricionariedade vinculada, no intuito de verdadeiramente coibir o desvio de poder (FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141)

possuindo significado ético-social, de interesse da comunidade, oferecendo transparência e justificção da atividade jurisdicional que está sendo exercida, uma vez que é de interesse social e político o conhecimento das razões contidas no ato de julgar. A importância da motivação é destacada na atualidade porque decorre de um novo pensar jurídico, que busca cada vez mais a interação entre processo e sociedade, no sentido de que é por meio daquele que são realizados concretamente os valores e direitos constitucionalmente consagrados.

Por isso, seria ilusória a persecução desse objetivo (realização dos valores, princípios e direitos constitucionais) se a garantia da motivação fosse desprezada, ou mais precisamente, desrespeitada no momento do julgador proferir uma decisão. Para ilustrar, cita-se acórdão da Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em recurso de agravo de instrumento contra decisão que antecipou a tutela, no qual foi destacado que “a necessidade de fundamentação das decisões – artigo 93, inciso IX, CF/88 – corresponde a garantia constitucional do devido processo legal. Por vezes, tão óbvio o sentido da decisão, que a linguagem mais concisa pode ser aceita. Todavia, como no caso presente, não se pode aceitar o singelo “deferia o pedido de tutela antecipada dos autores conforme pedido na inicial”¹². No caso, a decisão de primeiro grau foi desconstituída por absoluta falta de fundamentação, observando o Tribunal o real significado da garantia da motivação.

A motivação, portanto, representa uma garantia para evitar o arbítrio, pois sendo o processo instrumento de realização de diversos valores, entre os quais a busca da justiça do caso concreto, parece claro que a prestação jurisdicional deve ser vista não apenas como uma resposta a um pedido, o que seria atendido pela análise externa do comando (o dispositivo), mas também, e principalmente, como uma demonstração, uma verdadeira prestação de contas

¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 598146876. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em: 15 set. 1998.

à sociedade. Daí se entender que a motivação constitui-se em instrumento claro de legitimidade da atividade jurisdicional, na medida em que sua função consiste em assegurar o controle externo, por parte da população, sobre o modo pelo qual o juiz exerce o poder de que é investido¹³.

Nesse contexto, oportuna a lição de Liebman ao compreender a exigência da motivação das decisões judiciais como um dos momentos históricos que fizeram com que o arbítrio deixasse de ser o “conselheiro do juiz” nas suas decisões, impondo ao julgador encontrar uma decisão mais racional possível¹⁴.

Destaca Taruffo, ainda, que é nos pronunciamentos judiciários, vale dizer na motivação das decisões judiciais, que se reflete todo o sistema do direito, com suas regras, seus valores, suas contradições, suas lacunas e, ainda, suas transformações¹⁵.

Diante da relevância do tema, propõe-se com o trabalho um estudo da garantia da motivação com vistas a traçar-lhe uma nova concepção, que ultrapasse a ótica tradicional, rigorosamente jurídica, e que considere outros aspectos que a compõem, entre os quais o sociológico e o político, realçando os elementos metajurídicos que participam do processo decisório. Para tanto, na primeira parte do trabalho será examinada a natureza jurídica da motivação, tendo como ponto de partida a apresentação dos seus significados, ressaltando-se sua função técnico-jurídica, como discurso fechado e de interesse das partes do processo. A concepção constitucional será explanada para demonstrar o papel sócio-político que representa. Na segunda parte, concentra-se o estudo na estrutura da motivação, visualizando-a

¹³ TARUFFO, Il significato..., p. 38.

¹⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexos sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, p. 79-81, 1983, esp.79.

¹⁵ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità fra lógica, retórica e dialettica. In: *DIRITTO Penale: controllo di razionalità e garanzie del cittadino*. Padova: Cedam, 1998, p. 72.

em dois planos: no momento da apreciação dos fatos, dando-se ênfase à última escala da atividade probatória, que é o momento da valoração das provas; e no momento de interpretação e aplicação do direito, com rediscussão do método do positivismo jurídico, não mais de exclusiva aplicação diante da massificação das relações sociais e da infinita elaboração de textos normativos, fatores que inviabilizam a utilização do método lógico-dedutivo, mas contribuem para o reconhecimento da criação judicial do direito. Esse reconhecimento se justifica porque a interpretação não se dá em relação ao texto normativo isolado, mas, sim, leva em conta todo o sistema jurídico, bem como incide sobre os fatos, para acertamento destes, inclusive para a obtenção da convicção sobre a verdade fática. Como encerramento, embora a discussão esteja inserida no capítulo da apreciação do direito, o que não significa que o tema não tenha vinculação com a valoração fática, far-se-á uma breve abordagem sobre uma questão delicada, que é o controle do convencimento judicial, ressaltando-se a importância da motivação nessa questão.

Para registrar, em razão de opção metodológica, não será abordada a temática referente à nulidade da decisão decorrente dos vícios da fundamentação.

II PERFIL HISTÓRICO DA MOTIVAÇÃO

Taruffo esclarece que não é possível medir da mesma forma a garantia da motivação nos diversos sistemas judiciais nem se pode dar a mesma explicação sócio-político, dada a diferença de finalidades pelas quais a obrigação de motivar as decisões judiciais é estabelecida pelos legisladores¹⁶. Isso explica porque não há coincidência histórica entre o dever de motivar as sentenças judiciais e a praxe utilizada no sentido de justificar as decisões judiciais que costumavam ser motivadas, como registram precedentes históricos antigos. Dessa forma, antes mesmo de a obrigação de motivar ter sido formulada pelo legislador, muitas decisões já se apresentavam fundamentadas devido à praxe forense. É o que ocorreu, por exemplo, no ordenamento do *common law*¹⁷ e nas sentenças pronunciadas por juízes da Lombardia e de Pisa, comunidades da antiga Itália do século XII, segundo comentários de Michele Taruffo. Nesses casos, a regra de motivar as decisões judiciais já estava generalizada, sem necessidade de qualquer obrigação legal imposta ao julgador¹⁸.

Ainda segundo Taruffo, o princípio da obrigação de motivar as sentenças se concretiza e se generaliza, na história dos ordenamentos processuais modernos, essencialmente na segunda metade do século XVII¹⁹. Desse mesmo entendimento compartilha Barbosa Moreira,

¹⁶ TARUFFO, Michele. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 320.

¹⁷ A respeito, Michele Taruffo ensina que nos ordenamentos da *common law*, especificamente na Inglaterra, “a praxe tradicional, há séculos orientada no sentido de que os juízes usam exprimir suas razões da decisão, já está tão generalizada a ponto de não existir descumprimento desse costume e na hipótese de sua eventual infringência certamente provocaria uma reação legislativa no sentido de prescrever a obrigatoriedade da motivação”. Segundo esse autor, o mesmo não ocorre nos Estados Unidos, onde não há previsão legal da obrigatoriedade da motivação, sendo esta ignorada quase que por completo pela doutrina e jurisprudência. (Ibidem, p. 163-164).

¹⁸ Maria Thereza Gonçalves Pero destaca que, embora a motivação seja “definida como uma das garantias constitucionais do processo, decorrente do próprio conceito de devido processo legal, instrumental às garantias dos cidadãos, exatamente entre os povos da *common law*, onde se diz ter nascido esse princípio, essa garantia é desprezada por legisladores e pela doutrina majoritária”. (PERO, *A motivação...*, p. 12).

¹⁹ TARUFFO, Il significato..., p. 37.

ressaltando que foi nesta época que começou a ser generalizada, nas legislações ocidentais, a exigência direcionada aos juízes de declararem as razões nas quais se baseavam as decisões judiciais²⁰. Porém, Taruffo argumenta que existem precedentes neste sentido em muitas legislações anteriores, sendo ainda mais antiga a praxe de expor os motivos da decisão.

Parece oportuna a afirmação de Taruffo quanto à época em que a motivação das decisões judiciais passou a ser obrigatória por imposição legal. Tal regra, por exemplo, já se verificava, de forma precisa, nas Ordenações Manuelinas, em 1521²¹. Essas Ordenações declaravam (Livro III, Título 50, § 68):

Mandamos, que daqui por diante todos os Nossos Desembargadores, Corregedores das Comarcas, e todos os Ouvidores, e Juízes de Fora, posto que cada um dos sobreditos Letrados nom sejam, e quaesquer outros julgadores que Letrados Forem, que sentenças definitivas poserem, **declarem em suas sentenças (assi na primeira como na causa d'apellaçam, ou agravo, ou na causa da revista) a causa, ou causas, per que se fundam a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou a revogar, dizendo especificamente o que he, que se prova, e por que causa do feito se fundam a darem suas sentenças** (grifo nosso).

Porém, quanto à época em que o dever de motivar as decisões judiciais tornou-se regra jurídica, são esclarecedoras as conclusões de investigação realizada por José Rogério Cruz e Tucci. Segundo esse autor, nas fontes jurídicas castelhanas, precisamente no “*Fuero Del Libro*”, promulgado em 1254 por D. Afonso X, é que provavelmente se instituiu pela primeira vez o dever de fundamentação²². Isso porque os juristas da Península Ibérica desacolheram *in totum* a doutrina do direito comum medieval, que orientava no sentido da desnecessidade de os juízes exprimirem os motivos em suas sentenças²³. Todavia, não se pode negar que

²⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83.

²¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. A motivação da sentença no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 49.

²² Ibidem, p. 46.

²³ Ibidem, p. 45.

somente a partir do século XVIII é que a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais tornou-se um fenômeno com força expansiva por toda a Europa.

Importante e particular foi o surgimento da garantia da motivação na França. Nesse país, a obrigatoriedade da motivação veio escrita pela primeira vez no artigo 15, título V, da Lei de 16 de agosto de 1790 (lei de Organização Judiciária), e depois afirmada no artigo 208 da Constituição do ano III²⁴. Diz-se particular porque não resultou das matrizes jurídicas e filosóficas frutos da Revolução, mas, sim, da elaboração política que se originou da ideologia democrática da justiça, que emergiu no âmbito da Revolução. Devido à praxe judiciária do *ancien regime*, de todo estranha ao instituto da motivação, a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais não constituiu fruto de uma elaboração doutrinária e filosófica, mas essencialmente de uma política concreta e dotada de fisionomia peculiar, que foi a Revolução Francesa. Nesta, concentraram-se os motivos de reação contra a praxe do *ancien regime*, período histórico em que a ausência de motivação constituía o trâmite essencial do exercício arbitrário do poder exercido pelos juízes²⁵. Arbítrio esse explicado, dentre outros fatores, pelo acentuado particularismo jurídico francês, reconhecido pela existência de diversos centros de produção de normas, ou excessivas fontes de direito (direito canônico, feudal, arrestos dos regulamentos dos Tribunais, costumes etc.). A inexistência de uma hierarquia definida das fontes do direito constituía porta aberta para as chicanas e arbitrariedade judicial. Neste contexto, é possível concluir que a estrutura do Processo Civil estava ligada a fatores culturais, já que a desconfiança geral de uma comunidade (no caso da França) com relação aos juízes elevou a exteriorização dos motivos das decisões judiciais ao reconhecimento de servir como instrumento de garantia contra a arbitrariedade. Assim, para os franceses, a atividade de julgar não poderia mais continuar sendo fruto da arbitrariedade dos juízes.

²⁴ TARUFFO, *La motivazione*, p. 325.

²⁵ *Ibidem*, p. 326.

Dessa forma, o Estado Francês, ao ver seus cidadãos insurgirem-se contra o arbítrio judicial reinante no antigo regime, respeitou tal postura, e respeitando a forma como a sociedade compreendia o direito e a justiça estatuiu uma regra jurídica que exprimisse o dever de motivar as decisões judiciais. Da desconfiança surgiu a inspiração, de cunho ideológico-democrático, no sentido de que fosse dada publicidade às razões que levaram o julgador a encontrar uma determinada solução para a questão litigiosa, de forma a propiciar o controle democrático sobre a razão e a legalidade da decisão.

Todavia, não se pode perder de vista o legado deixado pelo Iluminismo: a concepção da supremacia da lei. Sendo a lei a expressão da soberania do povo, nada mais natural que ao motivar as decisões judiciais, fosse o juiz obrigado não somente a fundamentar de que forma aplicou a lei, mas, sobretudo, demonstrar à opinião pública que sua decisão estava apoiada em texto de lei, sendo inconcebível a criação de “direito do caso concreto”. Assim, embora inserida na Constituição de 1795, o significado político da motivação estava bem definido: era necessário, antes de tudo, assegurar uma divisão de poderes em que a jurisdição era vista apenas como atividade lógica e juridicamente secundária em relação à legislação, em vista da estrita sujeição dos juízes à lei, prevenindo-se o arbítrio e reafirmando-se a supremacia da lei como fonte exclusiva do direito²⁶.

Já no século XIX, a obrigatoriedade da motivação passou a ser traço comum a quase todas as codificações processuais. Nos últimos 40 anos, os principais códigos processuais europeus têm continuado a adotar o princípio do dever de motivar as decisões judiciais.

²⁶ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 63-64.

A partir de então, uma nova tendência procura enquadrar o dever da motivação no Estado de Direito. Essa tendência é fruto do segundo período pelo qual passou o processo civil, que é o da constitucionalização. Assim, o princípio da obrigatoriedade da motivação entra no terreno das garantias constitucionais, ou seja, esse dever passa a ter dignidade constitucional²⁷. Michele Taruffo, ao analisar o artigo 111 da Constituição Italiana²⁸, ressalta que o princípio da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais está inserido no sistema das garantias. E destaca a característica essencial de instrumentalidade da garantia da motivação, no sentido de que a sua aplicação constitui uma condição de efetividade de outros princípios, em especial o da imparcialidade do juiz e o princípio da defesa para a correta administração da justiça²⁹.

Já no Direito Brasileiro, ao longo do período em que a nação era uma colônia de Portugal, o processo civil era regido pelas leis provenientes desse país. Por isso, pode-se afirmar que a obrigatoriedade da motivação, no âmbito da processualística brasileira, tem raízes na tradição luso-brasileira³⁰. Assim, antes do advento do regulamento 737, de 1850, o dever de motivar permaneceu intocável, nos moldes estabelecidos pelas ordenações lusitanas.

Especificamente em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, a primeira vez que o legislador pátrio editou norma relativa ao dever de motivar as decisões judiciais, desvinculada das Ordenações Filipinas, foi com o Regulamento 737, de 1850, corpo normativo que

²⁷ BARBOSA MOREIRA, A motivação..., p. 84.

²⁸ Segundo o artigo 111 da Constituição Italiana, “todos os provimentos jurisdicionais devem ser motivados”. Ainda, segundo Michele Taruffo “a motivação como expressão de garantia nasce ao considerar-se a jurisdição não só como uma função do Estado de Direito, mas, sobretudo, como campo do qual emergem os direitos fundamentais do cidadão”. (TARUFFO, Il significato..., p. 40.)

²⁹ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 399.

³⁰ CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 53.

disciplinava as causas de natureza comercial, sendo estendido, pelo Decreto n. 763, de 1890, às questões cíveis³¹. De acordo com o artigo 232 do Regulamento 737:

“A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, declarando sob sua responsabilidade a lei, o uso ou o estilo em que se funda”.

Exigia-se desde aquela época que na sentença o julgador exteriorizasse uma fundamentação jurídica apropriada e precisa, em vista da solução encontrada. Logo após ter sido outorgada a Constituição Brasileira de 1937, foi editado o primeiro código de processo civil, em 1939, de abrangência nacional, cujo diploma introduziu na redação do seu artigo 280 os requisitos que deveriam ser observados pelo juiz ao prolatar a sentença, entre os quais a obrigação de declarar os fundamentos de fato e de direito que davam base à decisão. A motivação correspondia, no plano formal, à segunda parte da sentença, tendo como antecedente o relatório e como conseqüente o dispositivo.

Já o atual Código de Processo Civil, de 1973, declara, em seu artigo 131, que: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Por sua vez, o artigo 458 do Código de Processo Civil, ao estabelecer os requisitos para a validade da sentença, em seu inciso II, declara como sendo um deles “os fundamentos em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Por último, o artigo 165 do Código

³¹ CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 56.

de Processo Civil estende aos acórdãos a incidência do artigo 458, acrescentando que as demais decisões, ou seja, as interlocutórias, serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. Deixa claro, pois, que tanto as sentenças como as decisões interlocutórias devem ser fundamentadas, embora quanto a estas esclareça que a motivação possa ser concisa, o que, por evidente, não significa ausência de motivação.

Todos estes dispositivos legais resultam no princípio do dever de motivação das decisões judiciais, o qual sempre esteve presente na legislação processual brasileira. Porém, a Constituição Federal de 1988 atribuiu-lhe nova roupagem, elevando-o à garantia constitucional. Modernamente, pois, a motivação tem significado de garantia constitucional à disposição da sociedade contra o arbítrio do julgador, ou seja, contra a decisão lastreada exclusivamente em sentimentos pessoais do juiz, ou ainda, contra decisões que não encontrem respaldo no sistema jurídico.

Apesar da anterioridade temporal da lei ordinária em relação à Constituição Federal quanto ao dever de motivar, cabe reproduzir a observação de Michele Taruffo sobre duas formas de concepções ligadas à motivação:

Na lei ordinária ela é vista como instrumento de funcionamento do processo, enquanto que sob o plano dos princípios constitucionais a motivação é vista como garantia, ou seja, como condição necessária para o controle democrático difuso sobre o exercício do poder jurisdicional.³²

Complementando essa precisa concepção da garantia em questão, entendemos que a motivação também deve ser compreendida como instrumento necessário para o exercício dos princípios e garantias processuais, tais como a ampla defesa, o contraditório, o direito das partes à valoração das provas, a legalidade das decisões; e, ainda, é indispensável para o

³² TARUFFO, Il significato..., p. 41.

controle da imparcialidade do julgador, esta sempre necessária quando se trata de exercício da atividade jurisdicional. Daí se entender que a motivação compõe o quadro do devido processo legal. E é com base nessa nova compreensão da garantia da motivação que centraremos os esforços deste trabalho, no sentido de redimensionar o campo de atuação da fundamentação, inclusive, para fora do âmbito técnico-jurídico.

PRIMEIRA PARTE – NATUREZA JURÍDICA DA MOTIVAÇÃO

Tem-se consciência de que o processo decisório é atividade complexa. Daí por que formular uma conceituação precisa sobre a motivação das decisões judiciais ou investigar sua natureza jurídica é obra pouco provável de ser concluída. A dificuldade de se encontrar uma definição uniforme sobre o ato de julgar encontra razão de ser na constatação de que a motivação não restringe seu espaço de atuação apenas no interior do processo. Ou seja, a motivação possui diversas facetas, não essencialmente representativas de um dos requisitos da sentença. Ora aporta sua função de realização, ou concreção, de diversas garantias constitucionais, entre as quais, e talvez a principal, a garantia do contraditório, na qual encontra razão de ser o direito das partes à valoração das provas. Em outra perspectiva, a motivação das decisões judiciais revela-se como o instrumento capaz de transmitir, ou publicizar, o raciocínio jurídico utilizado pelo julgador no momento de aplicação do direito. Nesse campo ganha relevância a questão da aplicação dos textos jurídicos, antecedida pela interpretação das normas que compõem o ordenamento jurídico. Nessa atividade, o raciocínio jurídico a ser utilizado pelo julgador e que se mostra eficaz para salvaguardar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é o axiológico-sistemático, afastando-se a incidência exclusiva do positivismo jurídico, pelas razões que serão apresentadas no capítulo VII. Essa idéia preliminar leva ao reconhecimento de que toda interpretação sistemática é uma interpretação constitucional e por isso afasta-se a exclusividade do raciocínio lógico-dedutivo, por ser inoperante diante da crescente demanda judicial imposta pela complexidade das relações sociais.

Na realidade, o ato de decidir não representa um ato processual simples, de forma que submeter um caso para decisão exige do julgador uma atividade mais complexa do que uma simples e única dedução lógica. Adverte-se que reduzir o processo decisório a uma construção silogística o empobrece e não o revela na sua maior complexidade³³.

Por isso, algumas posições doutrinárias não podem ser aceitas, porque não mais se justificam diante da concepção do processo como instrumento indispensável para a efetividade dos direitos e garantias dos cidadãos. Cita-se, quanto a essa questão, o ensinamento de Alfredo Rocco, para quem

a norma jurídica é essencialmente um ato de vontade, e, precisamente, um comando dirigido pelo Estado aos particulares. Este comando, sendo expresso de forma abstrata, necessita ser concretizado, ou seja, a vontade do Estado, manifestada de forma abstrata ou geral na lei, precisa ser traduzida em uma forma concreta, o que faz o juiz na sentença. Mas, evidentemente, nesta operação, o juiz não acrescenta nenhuma vontade própria à vontade manifestada pelo órgão legislativo. A operação pela qual, dada uma norma geral, se determina qual é a conduta que deve seguir num caso concreto o particular sujeito a ela, é uma pura operação lógica; é um silogismo, onde tomada como premissa maior a norma geral, como menor o caso concreto, se deduz a norma de conduta a seguir no caso singular.³⁴

A imagem do juiz esterilizado, que faz da aplicação do direito um puro silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito, restou superada. Essa concepção não encontra mais razão de ser quando se observa que nem a lei é todo o direito, nem a sentença, implícita ou explicitamente, contém apenas soluções de casos concretos, pois além dessa função de verdadeira realização prática do direito (no sentido de se dar solução a uma situação litigiosa), formulam-se, seguidamente, demandas nas quais é questionada a própria legislação, ajustando-se as regras legais estritas com os textos constitucionais (que são normas superiores às do legislador ordinário). Exemplo disso é quando o juiz se depara, no caso concreto, com a

³³ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 355.

³⁴ ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 4-5.

alegação de inconstitucionalidade da norma jurídica. Além disso, na sentença operam-se os princípios e garantias investidas de superioridade constitucional, que possuem primazia sobre o ordenamento infraconstitucional.

A criação do direito do caso concreto, por meio da decisão judicial³⁵, além de ser questão polêmica, que será tratada ao final do trabalho, ajuda a estabelecer uma certeza quanto à motivação das decisões judiciais: de que estas significam o produto de uma atividade complexa e de que a motivação ramifica sua importância para além da temática estritamente processual, pois seu significado político resulta no reconhecimento de que por meio de sua exteriorização tornou-se possível entendê-la como instrumento de legitimidade do poder jurisdicional.

Assim, cabe ressaltar ser verdadeiramente impossível ao julgador indicar com total clareza e completude todos os motivos que lhe formaram o convencimento, pois são inúmeras as influências que o inspiram no ato de julgar, não necessariamente apenas a jurídica, como também concorrem inúmeros e complexos fatores psicológicos, sociais e políticos, sem contar sua própria formação intelectual. São as chamadas premissas ocultas imperceptíveis. Somente para ilustrar, utilizando-se de um tema do direito penal, não é por demais simplista revelar que ao julgador que foi vítima, ou seus familiares, de um delito hediondo, ou que teve uma educação familiar mais rígida, incorporada em sua personalidade, a questão da

³⁵ Sobre a participação do juiz na criação do direito, destaca Humberto Theodoro Júnior que “a missão do aplicador do direito, assim, não se restringe a simplesmente fazer com que, na prática, prevaleça a regra abstrata traçada pelo legislador. Sua tarefa é muito maior, pois terá de interpretar o seu sentido e determinar-lhe o alcance, inspirando-se, para tanto, não apenas no enunciado da norma, mas no desígnio dela e na harmonização com os valores que a inspiraram e continuam influenciando o comportamento global da sociedade”. Destaca, todavia, que “...a função criativa do juiz não pode ser exercida a partir do desprezo à vontade abstrata da norma legislada. A formulação da regra concreta pode não corresponder à simples reprodução das palavras do legislador. Jamais, porém, poderá partir do nada, para enunciar a solução do conflito segundo apenas e tão-somente a vontade do julgador” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. XII-XIII).

constitucionalidade do regime integral fechado para cumprimento da pena³⁶, tão debatida na doutrina e jurisprudência, pode ser facilmente assimilada, de forma que em seu raciocínio jurídico, provavelmente, poderá não haver espaço para a teoria do garantismo penal.

Conhecida a problemática acerca da natureza da motivação das decisões judiciais, incumbe tão-somente, nessa primeira parte do trabalho, traçar sua estrutura conceitual, por meio da exposição dos seus vários significados, apresentando, posteriormente, sua concepção constitucional. Por fim, procurar-se-á traçar o conteúdo mínimo da motivação.

³⁶ Em decisão proferida no Habeas Corpus n. 82959, o Supremo Tribunal Federal declarou, “*incidenter tantum*”, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da lei n. 8072/90, que proibia a progressão de regime para os condenados por crimes hediondos. Embora esse novo posicionamento do STF, ainda está em aberto a discussão sobre a possibilidade de progressão nesses casos, pois a decisão proferida pela mais alta corte de justiça do país não é vinculante, vale dizer, somente tem eficácia para o caso decidido. Todavia, será vinculante se o Senado Federal suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, nos termos do artigo 52, X, da Constituição.

III SIGNIFICADOS DA MOTIVAÇÃO

1 A motivação como exposição histórica

Quando se vislumbra a motivação como uma exposição histórica, significa dizer que o juiz, ao analisar os fatos pertinentes de determinada situação litigiosa, estará realizando uma verdadeira reconstrução histórica do caso, cujo objetivo é obter uma aproximação possível à realidade passada. É um significado que tem relação íntima com a atividade judicial de apreciação dos fatos. No momento de valorar um documento ou um testemunho, por exemplo, está-se voltando para a formação do fato em relação ao qual contendem as partes. Na apreciação fática o juiz busca um convencimento, lastreado na valoração probatória, acerca das alegações das partes, as quais se reportam aos acontecimentos da vida real. A importância deste significado da motivação é considerável, na medida em que a sentença tem por objeto aquele pedaço da realidade social que é transportado pelas partes para dentro do processo.

Na motivação, pois, encontramos uma verdadeira reconstrução histórica dos fatos pertinentes à determinada situação concreta. Essa reconstrução, quando vista pela análise da apreciação fática e probatória, tem por objetivo alcançar a mais ampla coincidência entre a decisão judicial e a realidade fática. E nessa tentativa, em decorrência das inúmeras limitações impostas pela lei processual na produção das provas e de outros fatores de todos conhecidos (a cultura jurídica que ainda vê no julgador um sujeito passivo na relação processual, inibindo seus poderes instrutórios e o próprio acúmulo dos processos, dificultando a tarefa jurisdicional e impossibilitando uma melhor apreciação dos fatos), surge a questão da verdade no processo

civil, tema que não é abordado no trabalho. Todavia, inclinamo-nos a rejeitar a corrente doutrinária que visualiza o processo civil como instrumento da busca da verdade real, pois diante da limitação à produção probatória, expressões como prova maciça, prova incontestável, apenas idealmente se podem conceber. Inexistem no plano dos fatos. Reconhecemos, entretanto, que a busca da verdade real pode e deve ser vista como um fim do processo, e embora reconhecida sua irrealização plena, serve ao menos como instrumento retórico³⁷.

De qualquer sorte, busca-se com a motivação das decisões judiciais demonstrar uma convicção acerca dos fatos passados, em vista das provas produzidas, para encontrar uma solução capaz de pôr termo a um conflito que se sucedeu no tempo, mas que foi revivenciado a partir da atividade cognoscitiva realizada pelas partes e pelo juiz no decorrer do processo. Baseado na causa apresentada para ser julgada, de início pelas alegações do autor na inicial, e, após, com o contraditório manifestado na contestação, e uma vez produzidas as provas pertinentes ao caso, realiza o juiz uma espécie de valoração sobre as afirmações das partes, para concluir se e até que ponto o fato descrito realmente ocorreu; e se ocorreu, se realmente é da forma como apresentado na inicial pelo demandante ou como retratado pelo réu em sua defesa. Vivencia-se bem esta investigação nas demandas de indenização por acidentes de trânsito, nas quais, invariavelmente, cada parte apresenta a seu modo a história do evento.

De acordo com Piero Calamandrei, a fundamentação da sentença estriba-se, como aquela do historiador, sobre o conhecimento de dados concretos, que são, de uma parte, fatos

³⁷ No entender de Eduardo Couture, a comparação do juiz ao historiador nunca será perfeita, conforme se tenha em conta que a valoração da prova no juízo civil é um modo de verificação, e não uma investigação da verdade (COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980, p. 283).

da causa, e, de outra, as leis vigentes no ordenamento positivo³⁸. Sobre o significado da motivação como exposição histórica, ensina Couture que o trabalho do juiz:

não difere fundamentalmente daquele realizado pelo investigador dos fatos históricos: examina documentos, ouve testemunho do sucedido, busca o parecer de especialistas em determinados ramos de ciências afins, saca conclusões dos fatos conhecidos, construindo por conjectura os desconhecidos. Neste sentido, o magistrado é o historiador dos fatos que deram origem ao juízo. Seu método é análogo e são também análogos seus resultados³⁹.

2 A Motivação como instrumento de comunicação e fonte de indícios

Seguramente, quando se trata de prestação jurisdicional, a maior garantia da sociedade assenta-se na imparcialidade judicial e na obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Mesmo na visão puramente técnico-processual da garantia da motivação, às partes está assegurado o acesso ao “discurso” que compõe a fundamentação e que foi utilizado pelo juiz para tomada de uma decisão capaz de pôr fim ao litígio e significar a justiça do caso concreto. Vista sob esse enfoque, é natural que se compreenda a motivação como um instrumento de comunicação às partes acerca das razões da decisão. Ganha relevância o significado da motivação como meio de comunicação tanto para servir como significado persuasivo às partes, que se conformariam com a decisão apresentada, quanto como premissa necessária para a utilização do instrumento do recurso, pois para o manuseio deste é necessário que se tenha ciência do julgado e conhecimento da motivação do ato decisório⁴⁰.

³⁸ CALAMANDREI, Pierro. Il giudice e lo storico: In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965, v. 1, p. 397.

³⁹ COUTURE, *Fundamentos...*, p.282.

⁴⁰ Piero Calamandrei, ao comentar o efeito persuasivo da motivação, vai mais longe, ao sustentar que “a motivação, na grande maioria dos casos, espelha, mais do que um estudo feito pelo juiz com a finalidade de chegar a uma boa forma de julgar, um exame de consciência, realizada pelo próprio juiz para que ele próprio se convença de haver bem julgado” (CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia, In: OPERE giuridiche,

Com base nessa comunicação, às partes abre-se a possibilidade de “criticar” a decisão judicial, concordando ou não com o comando e razões apontados pelo julgador ao sentenciar, sendo que para a segunda situação estará disponível o respectivo recurso. Também serve a motivação da decisão como meio de comunicação ao Tribunal, para o qual é conferida a legitimidade de rever a decisão tomada pelo juiz singular, possibilitando-lhe, pela análise da fundamentação da sentença, aferir o acerto ou não da decisão e corrigi-la se for o caso.

Com efeito, esta concepção do dever de motivar é estritamente legal, ou seja, diz respeito ao funcionamento do processo, sem ultrapassar o auditório formado pelos sujeitos da relação jurídica processual. Nesse aspecto, a motivação possui finalidade de ordem técnica, servindo tão-somente como instrumento de conexão entre a decisão e a eventual impugnação desta⁴¹. Mesmo representando uma concepção puramente técnica, a motivação ganha relevância porque, em havendo uma boa fundamentação, e somente quando se tiver conhecimento das razões que levaram o julgador a formar seu convencimento, poderão os interessados recorrer adequadamente. Além disso, permite aos órgãos superiores controlar com segurança a justiça e a legalidade das decisões submetidas à revisão⁴².

Importante anotar que a satisfação de bem servir às partes, para que possam recorrer, será inteiramente alcançada se, além da possibilidade de se verificar possíveis ausências de motivação sobre pontos do processo (motivação incompleta), for possível compreender o raciocínio jurídico eleito pelo julgador para a tarefa de interpretação do Direito. E sem dúvida,

Napoli, Morano, 1965, p. 664). Entendemos, entretanto, que esta atividade de auto-persuasão não seja tão importante, uma vez que não configura o fim último buscado pela garantia. Mais do que a ele próprio, o juiz deverá demonstrar, para que prevaleçam a importância técnica e a finalidade pública da motivação, que decidiu de acordo com os princípios, regras jurídicas e valores inseridos na Constituição. Enfim, a garantia da motivação ultrapassa a mera função endoprocessual, como forma de persuadir as partes ou o próprio julgador.

⁴¹ TARUFFO, Il significato..., p. 40.

⁴² BARBOSA MOREIRA, A motivação..., p.86.

o conhecimento sobre a forma de interpretar o sistema jurídico é o aspecto mais relevante da garantia da motivação, de interesse da sociedade como um todo, na medida em que possui relação imediata com o tipo de raciocínio jurídico desenvolvido pelo juiz na tarefa de aplicar o direito, mormente porque nessa atividade necessariamente o julgador realiza uma valoração dos princípios, regras e valores reconhecidos na Constituição Federal.

Afastando-se da concepção exclusivamente técnica, o que significa deixar de visualizar a motivação tão-somente como um requisito da sentença e de interesse das partes, a sentença pode ser “estudada” pelo público em geral, como forma de participação política na administração da justiça. E é perfeitamente compreensível essa colocação, na medida em que se concebe o processo como um instrumento de pacificação social e, sobretudo, como caminho de realização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Assim, é possível afirmar que, como discurso e como meio de comunicação, a garantia da motivação está inserida no contexto do Estado Democrático de Direito, porque é expressão da justificação formal dos atos emanados do Poder Judiciário. Como uma espécie de prestação de contas do modo de atuar, a fundamentação das decisões judiciais caracteriza-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional⁴³.

Disso tudo, conclui-se que a motivação dos atos decisórios apresenta-se como o instrumento material do processo de comunicação, uma vez que, expondo os motivos, o juiz comunica solenemente a razão de decidir às partes, a outros eventuais interessados, ao órgão

⁴³ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 80.

ad quem e ao público em geral⁴⁴. Em vista disso e em termos práticos, a sentença judicial pode ser interpretada como instrumento que comunica a decisão, e a motivação como instrumento que comunica as razões da decisão tomada⁴⁵.

Também por meio da comunicação do ato decisório possibilita-se o acesso, pelos interessados, e não apenas pelas partes do processo, ao conhecimento da estrutura da motivação, a iniciar pela linguagem utilizada pelo julgador que fundamenta as diversas escolhas realizadas durante o processo decisório (valorativas, acerca das provas produzidas, e optativas, em referência às espécies de interpretações utilizadas sobre o fato litigioso e sobre as normas extraídas do ordenamento jurídico).

Entretanto, a motivação vista como instrumento de comunicação pode gerar diversas interpretações de seu conteúdo, pois tanto em relação à linguagem utilizada pelo juiz quanto à espécie de situação em julgamento e o contexto histórico-social no qual surtirá efeito a prestação jurisdicional, o discurso que justifica a decisão pode adquirir uma série de significações. Basta mencionar que o significado contido no discurso justificativo pode representar uma realidade diferente dependendo do observador que o interpreta e de sua vinculação mais direta ou não com o caso: como parte, como fiscal da lei, como advogado,

⁴⁴ Concebida a motivação como uma garantia política que permite efetivamente o conhecimento das razões que justificam a decisão judicial operada pelo juiz, permitindo, dessa forma, a participação popular na administração da justiça, poder-se-ia citar inúmeros exemplos de julgamentos do Poder Judiciário que têm repercussão nacional e que despertam a atenção de milhares de pessoas, porque provocam reações positivas ou negativas para a estabilidade econômica, social e política do país. Apenas para ilustrar, restringindo o âmbito de interesse ao território estadual (RS), o que não é pouco, cita-se o exemplo do julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, no dia 18.04.2005, por meio do qual foi declarada constitucional a lei que permite o sacrifício de animais pelas religiões originárias da África, por ocasião de seus cultos. O julgamento foi acompanhado por diversos segmentos da sociedade, entre esses os defensores da lei, no caso os africanistas, e os representantes de entidades defensoras dos animais. Fora do auditório do Tribunal, a decisão ganhou espaço privilegiado da mídia. E embora a maioria dos espectadores se interessasse mesmo pela decisão final, ou pelo comando do julgado, porque desconhecedoras da linguagem estritamente técnico-jurídica, não há que se diminuir a importância dos motivos que justificaram a decisão tomada, os quais podem ser facilmente consultados pelos interessados (Dados obtidos no Jornal Zero Hora, n. 14.482, 19 abr. 2005).

⁴⁵ TARUFFO, *La motivazione...*, p.43.

como público em geral, como formadores de opinião (mídia), como julgador etc⁴⁶. Dessa forma, o intérprete, observando as características peculiares da linguagem utilizada pelo julgador, poderá interpretá-la enquanto um produto cultural, estudado num contexto histórico-social como ainda, ao salientar determinadas características de forma, estilo, etc. (determinados indícios), chegar a conclusões a respeito do juiz (de seu preparo cultural) ou sobre determinada cultura em geral (determinada situação histórico-social influenciando uma determinada cultura)⁴⁷.

Por isso, como meio de comunicação, a motivação representa para as partes do processo e para a sociedade o instrumento adequado ou o ponto de partida para a descoberta dos fatores fáticos e jurídicos eleitos pelo juiz e do procedimento que seguiu para chegar à decisão. Além disso, como significado lingüístico complexo, a motivação representa a atividade do julgador concernente à confrontação dos valores em jogo, bem como sobre a espécie de interpretação ou conjunto de interpretações⁴⁸, por meio das quais “descobre” a decisão do caso.

Por fim, a comunicação dos motivos da decisão, dependendo da linguagem jurídica eleita, revela o modelo de raciocínio jurídico utilizado pelo juiz. Ou seja, a partir da evocação, na sentença, de dogmas da completude do ordenamento jurídico, da certeza, da linguagem estrita, da interpretação clara apresentada pela norma legal, pela utilização de métodos

⁴⁶ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 47.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 90.

⁴⁸ Importante anotar, sobre o significado da atividade de interpretação dos textos jurídicos, o enfoque preciso dado por Eros Roberto Grau, segundo o qual “a interpretação é um processo intelectual através do qual, partindo-se de fórmulas lingüísticas contidas nos atos normativos (os textos, enunciados, preceitos, disposições), alcançamos a determinação de seu conteúdo normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição)”. Mais adiante arremata que a “norma encontra-se em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda. Neste sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro; no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete ‘produz a mesma’[...]”. (GRAU, Eros

exclusivistas de hermenêutica, pelo apego excessivo à lei como produto do Legislativo, sem dar-lhes a devida qualificação valorativa, adequando-a ao momento histórico e social, pode-se deduzir uma ideologia nitidamente positivista a respeito do ordenamento jurídico e da função do julgador. Ou então, ao relacionar no conteúdo da motivação enunciados que são frutos de uma coalizão de valores, descobertos na interpretação sistemática do direito, com vistas sempre à hierarquização axiológica das regras e princípios constitucionais, demonstra o juiz mais comprometimento com a função criativa da jurisprudência ou da natureza valorativa das decisões judiciais. Sob esses pontos de vista, a presença de um determinado modelo argumentativo no contexto da motivação das decisões judiciais pode revelar a postura do juiz quanto ao modo de entender o direito, os princípios do ordenamento jurídico, a função jurisdicional, a importância de sua atividade nas relações em sociedade e assim por diante. Para Taruffo, “tomada a um certo nível, a prevalência dada à questão de direito sugere um juiz que concebe a si mesmo como o instrumento para a restauração da ordem jurídica violada, para a defesa de certeza abstrata da relação jurídica e, substancialmente, para a tutela de uma justiça formal (ou formalmente entendida); ao contrário, a prevalência dada às questões de fato sugere a imagem de um juiz que concebe a si próprio como mediador dos concretos conflitos econômico-sociais, como instrumento para a tutela de interesses reais, e, substancialmente, como criador de uma justiça substancial⁴⁹”.

De outra parte, a decisão judicial pode ser interpretada como fonte de indícios. Isso acontece quando se procura interpretar o conteúdo da motivação não com a intenção de estabelecer aquilo que está expressado, mas, sim, com a finalidade de individuar outros fatores (não expressamente revelados, a exemplo do estado psicológico, o nível cultural,

Roberto. Prefácio à 1ª edição. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 16-17).

⁴⁹ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 93.

opiniões, juízos, valorações e posições que influenciam a decisão judicial)⁵⁰. Dessa forma, a motivação pode ser concebida como instrumento em sentido próprio, revelando o relativo significado que é constituído pelas razões que o juiz enunciou para sustentar a decisão; ou pode ser visualizada como fonte de indícios, em que o relativo significado é constituído das conclusões que o observador traz e extrai em torno de diversos fatos expostos nas razões da decisão⁵¹.

Comentando sobre este significado da motivação, Cappelletti ensinou que, efetivamente, em muitas circunstâncias, as verdadeiras razões de decidir não vêm expressas na sentença, mas se encontram veladas no espírito do julgador. Assim, o sentimento do juiz, a simpatia, a antipatia por uma das partes, o interesse, o desinteresse por determinada questão ou argumentação jurídica; a tendência a um critério evolutivo, histórico, sociológico de interpretação das leis, em lugar de uma interpretação formal, as tendências, os ódios, rancores, convencimentos, fanatismos, e todas as variações desta realidade misteriosa, maravilhosa e terrível que é a alma humana, influenciam o juiz, ser social que é, na hora de decidir a causa⁵².

Em correlação à idéia de que a motivação, na sua função comunicativa, também revela conteúdo não apenas de valoração fática e jurídica, mas sim, de que a partir da análise das razões de decidir viabiliza-se extrair outros elementos de convicção, não necessariamente expressos, Rui Portanova refere que existem vários planos de motivações, que se influenciam dialeticamente. Entre eles cita a motivação ideológica, consubstanciada num conjunto de representações, saberes, diretrizes ou pautas de conduta. A ideologia de que se cuida, pois, não é uma realidade sensível e concreta, mas realidade imaginária e meramente possível,

⁵⁰ Ibidem, p. 52.

⁵¹ Ibidem, p. 57.

⁵² CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 13.

emanada do contexto socioeconômico. Está difundida nos preconceitos, costumes, religião, família, escola, tribunais, asilos, ciência, cultura, moral, regras gerais de conduta, filosofia, bom-senso, tradição. São essas noções pré-jurídicas que também vão influenciar o juiz e inspirar a decisão judicial a ser concretizada na sentença⁵³.

Por fim, compreende-se que a motivação somente pode revelar a sua função comunicativa na medida em que também é reconhecida como garantia a publicidade dos atos processuais, entre os quais e o mais importante figura a sentença. A publicidade complementa, pois, a importância dada à motivação como instrumento de legitimidade da atividade jurisdicional, pois de nada adiantaria o dever de motivar se as partes e principalmente a sociedade não tivessem acesso ao conteúdo da fundamentação. Dessa forma, nítida se apresenta uma relação de instrumentalidade recíproca entre motivação e publicidade, pois ambas partilham do objetivo comum de possibilitar a exteriorização e comunicação da atividade processual no ambiente social. Conforme adverte Taruffo, se de um lado a publicidade só pode exercer sua função de garantia, em relação à sentença, se esta for motivada (seria inútil dar publicidade a um *dictum* oracular), de outro a motivação não cumpriria o seu papel de possibilitar o controle da atividade judicial se não fosse assegurada a sua publicidade⁵⁴. Nesse segundo aspecto, a publicidade é vista como uma garantia de encerramento, ou garantia instrumental, já que ordenada para tornar pública a incidência de tantas outras garantias tendentes a assegurar, por meio do processo, uma prestação jurisdicional correta e eficaz dos direitos. Por outro lado, como instrumento de legitimidade da atuação do Poder Judiciário, a publicidade mostra-se necessária para a probidade dos juízes por constituir “freio no exercício de um poder do qual é tão fácil abusar”⁵⁵.

⁵³ PORTANOVA, *Motivações...*, p. 17.

⁵⁴ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 407.

⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 80.

3 A motivação como discurso justificativo

De todos os significados possíveis que compõem a natureza jurídica da motivação, talvez o de maior importância é o que considera a fundamentação como um discurso justificativo. Este traduz a idéia de que uma determinada razão de decidir é reveladora de um discurso judicial orientado por normas jurídicas e demais instrumentos utilizados pelo julgador. Ou seja, “no seu iter lógico, os motivos contidos na decisão emanada do órgão judicial não discrepam das razões que, na linguagem cotidiana, são empregados com o intuito de sustentar um juízo moral, estético ou mais simplesmente, para embasar uma escolha”⁵⁶.

Merece destaque a concepção das razões de decidir como sendo o desenvolvimento de um discurso de feições internas, porque se apresenta, na valoração da prova e no raciocínio jurídico de aplicação do direito, com conteúdo lingüístico próprio e argumentativo, incidentes sobre escolhas e opções de interpretação do material jurídico. Essa espécie de discurso judicial certamente representará também, e isso é importante destacar, a participação das partes do desenrolar do processo, seja na valoração da prova pré-constituída, seja na avaliação da prova produzida durante o trâmite processual, para cuja atividade participaram os interessados na causa, seja, por fim, na consideração-valorização dos argumentos jurídicos apresentados. Trata-se, como salientado, de um discurso interno, cujo protagonista principal é o juiz, o qual deve sopesar, para a tomada de sua decisão para o caso concreto, todo o arcabouço fático e jurídico apresentado pelas partes, com observância, evidentemente, das garantias que formam, em seu conjunto, o devido processo legal.

⁵⁶ CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 13.

Num primeiro momento, o discurso judicial encontrado na motivação das decisões exerce papel de instrumento de justificação perante as partes do processo, pois por meio dessa justificação poderá ser realizado o controle, pelos interessados diretos, quanto à correta observância do direito à valoração da prova e do significativo enfrentamento das teses jurídicas apresentadas ao juiz na solicitação da tutela jurídica e no exercício do direito de defesa.

Embora seja correto afirmar, como vem entendendo a jurisprudência, que o julgador não é obrigado a discorrer sobre todos os regramentos legais ou todos os argumentos alavancados pelas partes⁵⁷, não pode o juiz deixar de valorar juridicamente as principais teses de direito e questões de fato apresentadas pelas partes para fundamentar suas pretensões. O discurso justificativo presente na motivação deve abarcar não apenas a valoração probatória sobre os fatos da causa, mas, igualmente, deve apresentar logicidade de compreensão acerca das razões de direito que fizeram o julgador optar por uma determinada interpretação do sistema jurídico⁵⁸ e, conseqüentemente, julgar *bem*⁵⁹ a causa por meio da criação da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Visualizando-se a motivação como um discurso justificativo dirigido às partes do processo, logo perceberemos que a justificação tem uma finalidade própria para essa situação:

⁵⁷ Nesse sentido, as seguintes decisões: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 196488/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em: 06 dez. 2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 509.887/RJ. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em: 23 nov. 2004.

⁵⁸ Para melhor compreensão do trabalho, mormente na parte em que será estudada a motivação na interpretação e aplicação do direito, adotar-se-á, como conceito de sistema jurídico, por entendermos o mais correto e adequado com a sistemática de interpretação do direito, o apresentado pelo jurista Juarez Freitas, que vê o sistema jurídico “como uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 61).

⁵⁹ Julgar bem no sentido de solução que se aproxime do que poderia ser visto como o mais justo para o caso. Significa julgar acertadamente, ou seja, com base em decisão que não seja arbitrária no sentido de não poder estar amparada no sistema jurídico.

a de justificar, sobretudo expondo as boas razões, para convencer o auditório presente na relação processual de que as escolhas feitas pelo julgador, na apreciação fática e jurídica, são as que melhor disciplinam a situação litigiosa, sob o ponto de vista da prestação jurisdicional. O objetivo, portanto, é persuadir, mostrando que a decisão é justa, é correta, e que no caso foi realizada da melhor forma possível a aplicação do direito. Todavia, sobre o caráter persuasivo da motivação, José Carlos Barbosa Moreira alertou que o “suposto valor persuasivo das boas fundamentações, a que se pretende atribuir o efeito de desencorajar a interposição de recursos, tem sido freqüentemente desmentido na prática”⁶⁰, com o que concordamos. Realmente, a finalidade persuasiva da motivação encontra-se desacreditada, pois na maioria dos casos a decisão judicial, mesmo que bem fundamentada, não tem o efeito de persuadir as partes a não recorrerem da decisão nem a de terem como correta a solução encontrada pelo julgador. A persuasão como objetivo é nobre, porém, a própria essência do Direito, que remete os intérpretes à incessante dialética, permite que a discussão jurídica seja controvertida, dando lugar a diversas interpretações sobre uma mesma matéria. Em última análise, o importante é demonstrar que, por meio da motivação, a decisão é fruto da convicção formada pelo julgador, numa relação lógica com o juízo de fato e de direito por ele estabelecidos.

No sentido de servir a motivação como um discurso persuasivo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior tece as seguintes considerações a respeito:

O discurso dogmático sobre a decisão não é só um discurso informativo sobre como a decisão deve ocorrer, mas um discurso persuasivo sobre como se faz para que a decisão seja acreditada pelos destinatários. Visa a despertar uma atitude de crença. Intenta motivar condutas, embora não se confunda com a eficácia das próprias normas. Por isso a verdade decisória acaba se reduzindo, muitas vezes, à decisão prevalecente, com base na motivação que lhe dá suporte.⁶¹

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, A motivação..., p. 86.

⁶¹ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 344.

Dessa forma, tem sentido a justificação interna da motivação na medida em que se possa visualizar o processo, na perspectiva de seus principais atores, como um desenvolver dialético entre teses opostas, que são verificadas em juízo. Tanto na apresentação das peças principais (inicial e contestação) quanto na produção das provas, as partes participam dialeticamente na formação da decisão judicial, fornecendo considerável material argumentativo para que seja firmado um determinado entendimento para a questão litigiosa. O contraditório judicial produzido pelas partes nas interpretações próprias sobre as questões de fato e de direito é bastante visível. Daí por que se torna importante destacar a cooperação do órgão julgador e os interessados na causa (partes no processo) e vice-versa, temperada pela colaboração e diálogo, pois tanto não serve o juiz ditador nem o juiz escravo das partes, mas, sim, deve privilegiar-se o exercício democrático dentro do processo⁶².

Concebida apenas a função endoprocessual da motivação no discurso justificativo, possibilitando-se com isso o controle burocrático da decisão judicial, a finalidade daquela é tão-somente justificar, no sentido de persuadir, perante os atores do processo, que determinada interpretação e aplicação do direito está correta. Trata-se, assim, de um discurso tendente a equacionar a controvérsia por meio da análise do problema com vistas à valoração dos debates, das afirmações e das provas que foram ingressando no desenrolar da relação processual, para, ao final, sintetizar uma justificativa capaz de demonstrar que a decisão é juridicamente válida, de conformidade com o ordenamento jurídico, e fundada sobre a veracidade dos fatos.

Todavia, a função de discurso judicial não se realiza num único plano, ou seja, no plano interno, de interesse exclusivo das partes. Assentado o entendimento de que a

⁶² OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 221.

motivação é uma garantia constitucional capaz de assegurar ao público em geral o controle democrático sobre a atuação judicial, os destinatários da justificação judicial restam ampliados. Como garantia política, pois, a motivação da decisão judicial, potencialmente, é pronunciada para todos os membros de uma comunidade, aos quais é assegurado o controle amplo sobre a o modo como está sendo realizada, na prática, uma das principais atividades no Estado Democrático de Direito.

4 A motivação como atividade crítico-intelectual

A garantia da motivação, tanto para as partes do processo quanto para a comunidade em nome da qual a atividade jurisdicional é exercida, apresenta-se como instrumento justificativo e exteriorizador das razões que embasaram a elaboração da norma jurídica disciplinadora do caso concreto. Para o julgador, a motivação da decisão é fruto de uma atividade crítico-intelectual, cuja complexidade é revelada tanto na interpretação e aplicação do direito quanto na valoração das provas, muito embora em relação à apreciação fática a complexidade se revele menor, pois o cuidado que o julgador deve ter consiste em assegurar a ampla defesa, garantia inafastável irradiada do devido processo legal, bem como garantir o contraditório e revelar, por meio de fundamentação clara, as razões de seu convencimento acerca dos diversos elementos de prova que são objeto de análise. Já na apreciação do direito, a atividade do juiz é um tanto mais tormentosa, pois dada a peculiar cultura inflacionária de elaboração de leis instalada em nosso país, resta evidente a dificuldade do trabalho do intérprete, pelo menos quando adota uma postura não de completa submissão às leis, vivenciado na velha máxima de que *o juiz é a viva vox iuris*, mas, sim, de compromisso com

realização dos direitos fundamentais, compreendendo o sistema jurídico como um universo formado de princípios, regras e valores, numa constante e mutante valoração axiológica.

Em continuidade, o sentido que se dá à atividade crítico-intelectual realça a idéia de que o julgador, para chegar à decisão judicial, labuta com diversas questões, de ordem fática e jurídica, relacionadas à interpretação do direito, para a descoberta da norma que irá disciplinar a tutela da situação concreta levada a juízo. Também, para interpretar o sistema jurídico, necessariamente o julgador terá que ser um observador cuidadoso da vivência diuturna, do momento político econômico, pois sua decisão inegavelmente trará alguma espécie de consequência no mundo fático. Somente com essa postura poderá superar a vontade do legislador na valoração do direito para poder realizar o que se chama vontade axiológica do sistema⁶³.

Dessa forma, na busca da decisão justa para o caso concreto, a atividade de interpretação e aplicação do Direito a ser desempenhada pelo juiz será mais qualificada e crítica. Isso ocorre, pelo menos no momento da valoração ou apreciação do sistema jurídico, se na motivação da decisão o juiz procurar demonstrar justificadamente que encontrou determinada solução ao caso não apenas por meio da utilização de um único instrumento, no caso a lei como posta pelo legislador, como se fosse o material exclusivo de apreciação jurídica, mas, sim, e fundamentalmente, se compreender como indispensável socorrer-se do

⁶³ A expressão vontade axiológica do sistema é apresentada pelo jurista Juarez Freitas, que de forma singela explicita que essa vontade é reconhecida somente após a interação dialética entre ordenamento e intérprete, consubstanciando insofismável ultrapassagem do paradigma da subsunção formal, adotando, com sérias e fundas implicações, o modelo da ponderação ou da axiológica hierarquização. É evidente a crítica do autor quanto aos modelos de raciocínio jurídico que privilegiam a subsunção mecânica e da visão excessivamente formalista de sistema jurídico, sempre incapazes de se adaptar à insuprimível conexão entre o Direito posto e a realidade social. E finaliza sentenciando que “não se deve pressupor um mundo jurídico acabado fora do pensamento, tampouco pretender constituir ou formular um conceito de sistema fechado à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos. O direito positivo é aberto, vale dizer, a idéia de um suposto conjunto auto-suficiente de normas não apresenta a menor plausibilidade, seja no plano teórico, seja no plano empírico”.(FREITAS, *A interpretação...*, p. 26-32).

sistema jurídico como um *corpus* integrado por normas jurídicas, princípios e valores que, sopesados de acordo com as vicissitudes do cotidiano social, seja capaz de auxiliar o juiz para a realização de uma interpretação conforme a Constituição. Como decorrência, em face da inquestionável posição de supremacia da Constituição, os direitos fundamentais nela consagrados devem preponderar em relação às leis infraconstitucionais, quando detectada alguma espécie de antinomia entre eles.

Esse modo de compreender o problema torna a atividade de “dizer o direito” muito mais complexa, uma vez que direcionada a solucionar as complexas relações sociais. Em lado oposto, a atividade judicial de aplicar o direito apresenta-se como menos complexa quando o intérprete ainda se identifica com um modelo de sistema conceptual-abstrato de raciocinar o Direito. De acordo com essa postura, visualiza-se o juiz como alguém submetido exclusivamente às leis, que decide como ordena a lei, transformando-se em mero executor e não criador do Direito. Nessa linha de pensamento, o papel da interpretação resume-se à descoberta do sentido objetivo do texto jurídico, sem se preocupar, portanto, com as particularidades do caso *sub judice*. Como bem observado por Larenz, o único mister da Ciência Dogmática do Direito seria “facilitar a missão do juiz, de sorte a que a investigação tanto da lei como das relações da vida prepare a decisão objetivamente adequada”⁶⁴.

Em vista do significado apontado, a motivação pressupõe um labor intelectual, de conteúdo crítico, lógico, metodológico e intuitivo (este devendo ser, em seguida, transformado em conhecimento racional, ou seja, não discrepante do sistema jurídico), que engloba um conjunto de reflexões de fato e de direito do qual o juiz extrai o julgamento⁶⁵.

⁶⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 57.

⁶⁵ CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 14.

A motivação encerra, pois, um trabalho complexo, no qual são analisadas questões de ordem racional, histórica e crítica que se entrecruzam nas sucessivas etapas de sua elaboração. Eduardo Couture, ao visualizar a sentença como fato jurídico, expôs que o ato decisório contém (mais precisamente, que a motivação contém) um juízo, formado por um raciocínio crítico, mediante o qual o órgão do Poder Judiciário elege, entre as razões constantes dos autos, e de acordo com as provas existentes, a solução que parecer mais ajustada ao direito e à justiça. E chega-se a este momento culminante, segundo o mesmo autor, mediante um processo intelectual, de elaboração progressiva, denominado de formação lógica da sentença⁶⁶. A lógica aqui referida diz respeito à estrutura interna da decisão, ou seja, à forma como a motivação se apresenta para o leitor, para facilidade de compreensão. Por isso, diz-se que a norma jurídica concreta formulada por meio da interpretação do Direito deve logicamente corresponder às premissas que antecederam sua escolha⁶⁷.

Lançadas essas premissas, compreende-se que a motivação não consiste em uma simples atividade de aplicação dedutiva e silogística das normas legais. Portanto, pelo que foi dito até aqui, fácil é concluir que na motivação encontramos a justificação crítico-intelectual por meio da qual o juiz avalia a prova dos autos e procura demonstrar de que forma ocorreu no mundo dos fatos a situação litigiosa. Uma vez explanada a justificação quanto às escolhas na apreciação fática, operacionaliza o julgador a construção da norma jurídica que deverá disciplinar a questão posta em juízo, atividade essa que desempenha por meio de métodos de raciocínio jurídico, vinculados intimamente à noção que o juiz tem sobre o conceito de

⁶⁶ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 279.

⁶⁷ Dessa forma, não se trata de visualização da lógica como modelo de raciocínio jurídico, representativa do modelo formal-dedutivo do Direito. A lógica apontada tem vinculação com a estrutura interna da motivação, para facilitar sua compreensão. Ou seja, para diferenciar os pontos de vista, podemos definir que a racionalidade da decisão e a maneira como o Judiciário exerce a atividade jurisdicional diz respeito ao raciocínio jurídico do julgamento, ou seja, a relação de justiça entre a decisão obtida e o sistema jurídico, enquanto que o raciocínio justificativo da decisão judicial diz respeito à lógica enquanto instrumento de vinculação, elo de ligação, entre a motivação e a decisão produto daquela. É em relação a este segundo aspecto que a motivação, com relação à sua funcionalidade interna, deve ser expressa, clara, coerente e *lógica*.

sistema jurídico, podendo este apresentar-se em sua mente como um conjunto ordenado de normas legais, com significado totalizante, aptas a servirem de instrumental formal-dedutivo de concreção, ou, então, como um conjunto axiológicos de princípios, normas e valores, apto a ser interpretado de acordo com uma hierarquização valorativo-constitucional.

Importante deixar claro que os diversos significados extraídos em decorrência do estudo da natureza jurídica da motivação não são excludentes entre si, de maneira que se pode concluir que todos fazem parte e compreendem a complexa estrutura da fundamentação das decisões judiciais.

IV A CONCEPÇÃO CONSTITUCIONAL DA MOTIVAÇÃO

1 Motivação e legitimidade dos atos jurisdicionais

Numa síntese apurada, por não ser o objeto principal do trabalho, pode-se compreender que, ao ser criado o Estado, o constituinte originário também disciplinou no âmbito do texto constitucional que o exercício do poder devesse ser repartido, distinguindo, assim, as três funções estatais – legislativa, executiva e judiciária, atribuindo-as a três grupos de órgãos estatais, reciprocamente autônomos. Sendo assim, já a partir de sua criação pelo chamado Poder Constituinte Originário⁶⁸, o Estado passa a atuar na forma e dentro dos fins para os quais foi instituído, por meio de órgãos aos quais se atribuiu determinada competência.

Todavia, o exercício do poder pelos órgãos constituídos não é absoluto ou ilimitado. O Estado de Direito é, antes de tudo, um sistema em que as estruturas do poder político estão definidas segundo a medida do direito⁶⁹, especialmente de acordo e por meio de uma lei fundamental. Em decorrência da limitação do exercício do poder, o Estado de Direito pressupõe, igualmente, um modelo de organização social em vista do qual certos direitos dos cidadãos são considerados indispensáveis à própria existência e ao desenvolvimento da personalidade humana e por esta razão representam verdadeiras fronteiras que não podem ser

⁶⁸ Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, “o Poder Constituinte Originário é o poder criador do Estado, pois é ele quem incorpora, numa Constituição – lei maior – uma organização de poder tendente a realizar uma idéia de direito, em dada comunidade” (FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 29).

⁶⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 358.

ultrapassadas no desempenho das funções estatais⁷⁰. Essa deve ser a primeira lição a respeito da concepção de Estado, ou seja, de que para a consecução dos objetivos traçados na Constituição o exercício do poder estatal não é ilimitado. Enfim, o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características essenciais a limitação do poder, para cujo exercício reclama-se transparência e publicidade, o que pressupõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal.

E vista a atuação do Estado de acordo com essa idéia, tem-se que para o processo judicial, considerado como o instrumento de realização da atividade jurisdicional, não seria adequada, para a consecução da pacificação social, uma decisão judicial elaborada autoritariamente, ou que fosse obtida mediante atividade decorrente do exclusivo interesse do juiz, sem levar em conta o conjunto das atividades desempenhadas no curso do processo, mormente no que se refere à produção das provas, e desconsiderando os elementos de argumentação apresentados pelos interessados no litígio. A limitação da atuação jurisdicional, na perspectiva da legitimidade desse exercício, significa que somente pela obediência às regras de um procedimento válido e justo é possível tornar efetiva a participação das partes e chegar, por assim dizer, a uma decisão justa e apta, portanto, a realizar os escopos políticos e sociais da função jurisdicional. Por isso, compreende-se que a motivação decorre do próprio conceito de devido processo legal, o que significa que o acesso à Justiça não pode ser realizado por meio de procedimento de qualquer natureza, mas, sim, por um processo que concretamente assegure às partes todos os meios necessários à efetiva realização judicial do direito.

⁷⁰ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 24.

No que se refere à atividade jurisdicional (já que para as demais atividades – executiva e legislativa – a forma de justificação do exercício do poder e a legitimação deste exercício possuem outros contornos), como decorrência da limitação do poder, não cabe ao juiz exercer a jurisdição e julgar de acordo com sua conveniência, pois o poder de que é investido constitui-se, na verdade, num poder-dever, sendo-lhe defeso negar-se a prestar jurisdição.

Diante do que foi exposto, e porque cada vez mais o processo é visto como instrumento de tutela de direitos, ou dito com outras palavras, consubstancia-se como mecanismo cujo objetivo é o de tornarem efetivos os direitos dos cidadãos, principalmente os fundamentais, previstos na Constituição Federal, a motivação tem significado de verdadeira garantia da sociedade, pois a sentença judicial, enquanto expressão do exercício de um poder, está, como num Estado Democrático de Direito sempre estará o exercício do poder, sujeita ao controle daquele povo do qual esse mesmo poder emana, e em cujo nome é exercido.

Em decorrência, porque decidir é um ato de exercício de poder, o controle da população sobre a administração da justiça se concretiza principalmente pela garantia da motivação, atribuindo legitimidade à atividade jurisdicional⁷¹. De fato, a legitimidade democrática da função jurisdicional, ao contrário do que ocorre com os parlamentares e administradores públicos, não decorre da investidura do cargo pelos magistrados, pois estes não são eleitos pelo voto popular. Por isso, nos regimes democráticos, a legitimação da função jurisdicional somente pode derivar do controle dispensado às partes e à sociedade como um todo para averiguar de que forma está sendo exercida essa específica função do Estado.

⁷¹ Não significa dizer que a motivação das decisões judiciais seja a única garantia da legitimidade do ato de julgar. Outras garantias, como o contraditório, a publicidade e a imparcialidade do juiz, também legitimam o exercício do poder e permitem o controle.

Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da política, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual esta sendo exercida a atividade jurisdicional⁷². Possibilita-se à sociedade em geral um controle sobre a decisão – não um controle técnico, consubstanciado na utilização do recurso -, ainda que indireto e difuso, com o fim de constatar se as garantias constitucionais do processo justo foram levadas em consideração no julgamento.

Para concluir, de acordo com a lição de Michele Taruffo, tantas vezes citado no desenvolvimento deste trabalho, a motivação representa uma forma especial de participação do povo na administração da Justiça, que se realiza pelo controle democrático *a posteriori* sobre os fundamentos do ato do juiz, e embora se trate de um controle exercido em poucos casos, o que importa não é exatamente a sua efetividade, mas antes a sua possibilidade⁷³.

2 A motivação como garantia constitucional

Considerando que todo poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, é absolutamente normal que a população possa acompanhar as decisões do Poder Judiciário, e constatar a idoneidade de sua atuação para atender aos postulados do Estado Democrático de Direito. Significa dizer que a jurisdição, incumbida da tarefa de realizar a justiça concretamente, por meio da interpretação e aplicação das regras jurídicas, princípios e valores que integram o sistema jurídico, resulta de um poder que a sociedade delega ao juiz. Isso

⁷² GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 80.

⁷³ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 409.

implica profunda transformação na concepção de poder. No Estado Absoluto, o poder era ilimitado e oculto. No Estado Democrático de Direito⁷⁴, o poder passa a ser relativo e transparente.

Michele Taruffo resume bem este aspecto ao mencionar que “o exercício do poder não é mais fundado pelo princípio da autoridade, mas sobre a legitimidade democrática. Ou seja, o Estado de Direito é legítimo enquanto justifica o modo pelo qual o poder é exercido”⁷⁵.

Por ser a função jurisdicional manifestação de um dos poderes do Estado, deve ser transparente, racional e controlável. A reunião desses três atributos está presente na garantia da motivação, pois por meio dessa “forma” de utilização do poder se torna possível evitar o arbítrio judicial. A arbitrariedade pode ser evitada quando a atividade do juiz não se legitima como exercício de autoridade absoluta, mas, sim, quando o julgador presta contas do modo pelo qual exercita o poder que lhe foi delegado pela sociedade. Nesse contexto, o significado da motivação como garantia constitucional apresenta-se como *justificação* “porque somente é válido o exercício da jurisdição onde houver motivação, ou seja, a administração da justiça se legitima quando houver exposição clara dos motivos das decisões jurisdicionais” e como *participação* “porque a motivação possibilita o controle externo e difuso sobre o exercício do poder jurisdicional por parte da sociedade”⁷⁶.

⁷⁴ O Estado Democrático de Direito caracteriza-se como algo a mais do que mera observância dos postulados da lei por parte dos poderes constituídos. Constitui-se, em verdade, em um Estado que busca a realização de determinados fins e a consecução de determinados valores previstos no texto de sua Constituição. Nesse aspecto se diferencia do formal Estado de Direito. No dizer de Celso Ribeiro Bastos, “diferentemente do Estado de Direito – que, no dizer de Otto Mayer, é o direito administrado bem ordenado -, no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e o próprio cidadão estão submetidos. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 147).

⁷⁵ TARUFFO, Il significato..., p. 41.

⁷⁶ TARUFFO, Il significato..., p. 42.

Por tudo isso, alçada à condição de garantia, a motivação das decisões judiciais não mais se justifica sob o ponto de vista apenas processual, ou técnico. A partir do momento em que a Constituição Federal de 1988 transformou o dever de motivar em norma explícita, prevendo-a em seu artigo 93, inciso IX, percebeu-se a relevância das discussões que parte da doutrina já vinha travando a respeito do significado político da fundamentação e acolheu-se a posição dos que viam no discurso judicial uma finalidade maior do que simplesmente emprestar validade à sentença. Com certeza, essa disposição específica inserida no texto da Lei Maior, inovadora na nossa tradição constitucional, no sentido de conferir dignidade constitucional às garantias do processo, vincula-se a uma transformação na concepção do papel do julgador nas últimas décadas, o qual, evidentemente, não pode mais ser confundido como agente incumbido da mera aplicação mecânica e automática da regra jurídica. Incabível, nos dias de hoje, sustentar a concepção iluminista que via no juiz “*a boca que pronunciava as palavras da lei*”⁷⁷. A vingar essa concepção, desnecessário seria impor-se ao juiz a obrigação de motivar a decisão judicial. Bastaria, simplesmente, apresentar como justificativa o pronunciamento da lei, ou seja, bastaria dizer na decisão judicial que para a resolução do caso em exame está sendo aplicado o ‘artigo “x” da Lei “y”, que assim reza.....

Evidentemente, se o julgador permanecesse rigorosamente preso à letra da lei, vinculado a um formalismo completo⁷⁸, como já se sustentou em outras épocas, a garantia da motivação seria irrelevante, uma vez que a razão de todas as decisões estaria descrita no texto normativo. O julgador seria um sujeito passivo, um simples aplicador de regras⁷⁹. Ao contrário disso, a tarefa de prestar jurisdição exige do julgador a valoração de juízos muito

⁷⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de Bréde e de. *L'esprit des lois*. Paris: Garnier, [s.d.]

⁷⁸ Com acerto, ressalta Maria Thereza Gonçalves Pero que “o Estado não pode permanecer preso a um rigoroso princípio da legalidade formal. Há uma série de contingências da vida real que precisam ser consideradas e não podem ser todas previstas, o que impõe a concessão, pelo próprio ordenamento, de um certo campo de liberdade para a atuação estatal, conferida a seus agentes” (PERO, *A motivação*, p. 170).

⁷⁹ *Ibidem*, p. 170.

mais complexos, que envolvem não somente a escolha da regra jurídica aplicável ao caso concreto, mas também uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, além da verificação da harmonia do conteúdo das normas jurídicas pertinentes na espécie com os preceitos maiores da Constituição Federal, numa intensa interpretação axiológica e hierarquizadora dos princípios, regras jurídicas e valores nela consagrados⁸⁰.

Esta exigência de nova postura do juiz como aplicador do Direito decorre, sobretudo, da notória incapacidade do legislador de regular todos os setores e aspectos multiformes da vida em uma sociedade complexa como a nossa, caracterizada, no plano político, pelo excesso de diplomas legislativos, e marcada sobremaneira pela flagrante inconstitucionalidade da atuação governamental ao editar medidas provisórias em desacordo com a previsão constitucional. Assim, a atividade do juiz, principalmente na sua missão de interpretar o ordenamento jurídico, tornou-se particularmente difícil, mesmo porque a concepção que se deve ter do sistema jurídico é de que seja aberto, já que compreendido não apenas como um conjunto de normas jurídicas postas pelo legislador, mas, sim, e, sobretudo, porque sustentado por princípios ordenadores, regras e valores constitucionais, eleitos pelo Constituinte Originário como parâmetros axiológicos para a realização dos direitos fundamentais da sociedade. Com isso, em vez de soluções unívocas dadas pelo ordenamento jurídico, apresentam-se para o juiz situações em que a resolução da controvérsia supõe o suprimento das omissões legislativas, a concreção de direitos fundamentais, a interpretação de princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, sempre em vista de uma hierarquização axiológica, bem como a superação das antinomias ou a integração do conteúdo da norma.

⁸⁰ Indispensável a leitura da obra do jurista Juarez de Freitas, intitulada “Interpretação Sistemática do Direito”, na qual são elaborados conceitos abrangentes e desafiadores sobre sistema jurídico e interpretação sistemática do direito, sempre realçando o enfoque da significação tópica e hierarquizada dos princípios e normas constitucionais em vista da busca da melhor solução aos casos sob apreciação.

Vista como garantia, a inclusão da motivação no texto constitucional revela a conscientização da sua importância como regra a ser observada em todas as manifestações jurisdicionais que constituem uma decisão judicial, como adiante será visto. O texto constitucional revela, ainda, o significado político da motivação, o que exige seja também valorizada a partir de uma perspectiva externa, ou seja, sua importância revela-se a partir da constatação de que seu conteúdo é formado por um discurso judicial emanado pela autoridade incumbida de prestar jurisdição, dentro dos limites e da competência estabelecidos constitucionalmente. Sua importância é tamanha que não pode ser desprezada ou diminuída para segundo plano, pois o texto constitucional é bastante claro: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Taruffo, inclusive, chegou a sustentar a ilegitimidade de eventual norma ordinária que estabelecesse ou consentisse que ao juiz não seria necessário motivar suas decisões⁸¹. De fato, o dever de motivar as decisões judiciais não encontra, nem mesmo na Constituição, nenhuma exceção, o que significa dizer que nenhuma norma pode, seja de que espécie for, segundo a atual sistemática jurídica brasileira, restringir o direito do cidadão de conhecer as razões da decisão encontrada pelo juiz. Isso não significa que, por razões de interesse público ou de natureza estritamente particular (íntima) do indivíduo não possa haver restrição com relação à publicidade dos atos processuais, situação esta que encontra, inclusive, previsão constitucional (artigo 93, inciso IX, *in fine*, e artigo 5º, inciso LX)⁸² e infraconstitucional

⁸¹ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 394.

⁸² CF, artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, *podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes*”. O artigo 5º, inciso LX, por sua vez, disciplina que “a lei somente poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

(artigo 155 do CPC)⁸³. Entretanto, deve ser bem compreendida essa limitação à publicização dos atos processuais, entre os quais se inclui a sentença, mormente por haver íntima conexão entre as garantias da motivação e da publicidade, já que esta consiste no mecanismo de comunicação e conhecimento entre a atividade judicial e o ambiente social. Nos casos em que houver restrição legal ou constitucional à publicidade dos atos processuais, resta evidente que a garantia da motivação permanece íntegra, ou seja, deve continuar a ser observada pelo magistrado.

A garantia da motivação é tão importante ao ponto de se reconhecer a impossibilidade de ser retirada do sistema jurídico, nem mesmo por emenda constitucional. Isto porque a garantia que tem o cidadão de conhecer os fundamentos que convenceram o juiz a julgar o caso concreto contempla o rol de garantias constitucionais, como cláusulas pétreas, na esteira das limitações de reforma previstas expressamente no texto constitucional (artigo 60, § 4º, inciso I a IV). Por traduzir-se em uma garantia da sociedade, como forma de controlar o exercício do poder (o jurisdicional), a motivação é inerente à natureza da função jurisdicional em um Estado Democrático de Direito. Desse entendimento compartilha Sérgio Nojiri, para quem:

o dever de fundamentar as decisões judiciais, como corolário inarredável do Estado Democrático de Direito, deverá estar a salvo de qualquer espécie de emenda ou revisão propugnada pelo poder constituinte derivado ou decorrente. Não se concebe que uma regra impositiva do dever de justificar atos advindos de um dos órgãos fundamentais do poder público, e que dá efetividade ao princípio da responsabilidade estatal, além de realçar a importância da participação popular no controle das decisões judiciais, possa estar à mercê de normas de natureza ordinária, complementar ou mesmo de revisão constitucional, capazes de retirar sua eficácia (normativa ou social)⁸⁴.

⁸³ CPC, artigo 155: “os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I – em que o exigir o interesse público; II – em que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores”.

⁸⁴ NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 71.

Em decorrência, a motivação como garantia constitucional impõe considerar que o tema da justificação das decisões judiciais possui uma dimensão jurídico-política, gerando a necessidade de controle extraprocessual⁸⁵ generalizado e difuso sobre o modo de operar do juiz no tocante à administração da justiça⁸⁶. Ou seja, muda o auditório, e a motivação, como instrumento de justificação racional, torna-se pública e acessível, possibilitando uma controlabilidade difusa por parte da população.

Sobre a questão, sustenta José Carlos Barbosa Moreira que a visão puramente técnica da garantia da motivação revela-se insuficiente para equacionar sua verdadeira importância e inidônea para atender aos postulados do Estado de Direito, pois a possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir privilégio dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade, visto que se a prestação jurisdicional se revelar falha, o defeito ameaça potencialmente a todos. Ainda de acordo com esse jurista, o controle por parte da comunidade é essencial para que se fortaleça a confiança na atividade judicial, fato essencial para a solidez das instituições⁸⁷.

Aliás, o jurista mineiro Alfredo de Araújo Lopes da Costa há muito tempo já havia observado que a motivação é garantia de controle público, portanto, de importância social, concluindo que, como preceito de ordem pública, constitui instrumento por meio do qual a administração da justiça se livra da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade⁸⁸. Ressalte-se, ainda, que essa finalidade pública da motivação

⁸⁵ Reconhecemos que o termo extraprocessual pode gerar confusão de significado, pois para alguns pode parecer que a motivação, como discurso justificativo que se dirige ao público “externo” do processo, tem sua estrutura observada apenas aos juristas, ou seja, aos conhecedores e operadores do direito. Todavia, na verdadeira concepção da motivação, sua importância é realçada porque significa uma garantia que possibilita a toda e qualquer pessoa o acesso ao discurso judicial implementado na sentença.

⁸⁶ CRUZ E TUCCI, *A motivação...*, p. 24.

⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, *A motivação...*, p. 20.

⁸⁸ COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1959, v. 3, p. 297.

reclama que todos os órgãos do Judiciário, independente de ser órgão singular ou coletivo, devam observar essa garantia.

Constatada que é uma garantia de ordem pública, é oportuno compreender de que forma se dá a participação popular no controle dos atos jurisdicionais, precisamente da sentença. Em outras palavras, de que forma a decisão judicial pode ser questionada pelas pessoas da comunidade onde é proferida? De início, é importante não confundir o aspecto da comunicação da decisão judicial para a opinião pública com outra coisa, absolutamente indesejável, que seria a submissão dos juízes a pressões resultantes de sondagens junto à população, com o propósito de fazer crer que a sociedade deseja determinada decisão, tampouco pode se esperar que o magistrado atue literalmente como juiz político, que busca uma ilusória aprovação popular por meio de exposição permanente na imprensa, protagonizando notícias, mantendo polêmicas com outros órgãos de poder, pois se assim agisse estaria comprometendo sua independência e imparcialidade, indispensáveis ao exercício da jurisdição.

Não se trata disso. A garantia da motivação propicia, na verdade, uma forma de apreciação geral da sociedade sobre a forma pela qual é aplicado concretamente o Direito. Trata-se da submissão daqueles que desempenham a relevante missão de aplicar o Direito à crítica da opinião pública. Ou seja, a concepção política atribuída à motivação dos provimentos jurisdicionais tem como consequência reforçar no espírito do julgador a consciência de que a legitimidade dos atos que pratica é indissociável do seu dever de fundamentar as decisões, para conhecimento das partes e da sociedade, bem como revelar a aceitação da legitimidade de eventuais críticas ao seu trabalho.

A incompreensão do significado da participação popular na administração da justiça, deflagrada pela função extraprocessual da obrigatoriedade da motivação, leva alguns estudiosos do direito a não aceitar essa nova roupagem da garantia, sob o argumento de que a motivação, seja pela linguagem utilizada pelo juiz, excessivamente técnica, seja pelo distanciamento do Judiciário em relação à sociedade em geral, são incompreensíveis pelo cidadão comum. A crítica ao significado extraprocessual da garantia da motivação estabelece que a participação da sociedade no controle das decisões judiciais pode se dar de outra forma que não necessariamente tomando-se por base o conhecimento das razões da decisão, sendo suficiente que, a partir do conhecimento do comando prático da decisão e sua implicação social, sejam concretizadas reações contra ou a favor de determinada posição jurisprudencial, o que pode ocorrer por intermédio dos meios de comunicação ou com oportuna solicitação junto ao Poder Legislativo.

Nesse sentido, Elio Fazzalari sustenta que:

quando se propugna a exigência de que a sentença seja clara, para que a obra do julgador possa ser externamente controlada, não se pode querer que todo o povo seja posto em grau de aplaudir o juiz: seria pretensão demagógica e vã. O controle das decisões está agora e sempre no contraditório: os 'externos', em relação ao magistrado, são os litigantes, no singular momento do juízo que os aguarda.⁸⁹

Entretanto, entendemos que a afirmação do jurista citado exterioriza a compreensão da motivação tão-somente como garantia técnico-processual. Conforme já mencionado em diversas passagens do trabalho, a faceta constitucional da motivação revela seu significado de garantia não apenas das partes, mas de toda a sociedade, em relação a qual abre-se a possibilidade de examinar o conteúdo da motivação, no sentido de compreender a razão que

⁸⁹ FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. In: LA SENTENZA in Europa. Padova: CEDAM, 1988, p. 316.

levou o juiz a decidir de tal ou qual maneira. Esta é a concepção extraprocessual do dever de motivar. Isso não significa que a população possa impor suas convicções ou razões ao juiz para que este decida de forma vinculada a esse elemento exterior, pois do contrário haveria violação do princípio da imparcialidade do julgador, sem o qual o desempenho da atividade jurisdicional estaria comprometido. De fato, a sociedade não quer um juiz que não seja independente ou imparcial, ou um juiz que esteja comprometido, na sua função, com ideologias político-partidárias ou com determinado poder econômico. Não quer, ainda, um juiz que decida levando em consideração, preponderantemente, determinada classe social ou decida com discriminação. Enfim, não quer o juiz submisso às pressões políticas dos demais poderes. Significa então dizer que a condição objetiva de imparcialidade é essencial ao exercício da atividade jurisdicional.

O que se propaga não é o controle demagógico e vão da sociedade em relação às decisões judiciais. Também não se trata de controle técnico, de forma que incabível a possibilidade de qualquer pessoa do povo apresentar recurso contra determinada decisão, sem ser parte ou interessado (juridicamente) no processo, sob o argumento de que as razões que levaram o juiz a decidir de uma determinada forma violam os valores presentes na comunidade. Entende-se, pois, que o verdadeiro controle difuso não é da decisão, mas sim sobre a decisão. Dessa forma, o controle pode ser realizado por meio da utilização de diversos instrumentos, entre eles por meio de acesso à informação e à participação junto aos meios de comunicação de que dispõe nossa sociedade⁹⁰. Podemos afirmar, inclusive, que esse controle diariamente é exercido, pois vemos seguidamente decisões judiciais de maior interesse social, político e econômico sendo debatidas pela imprensa e pela população.

⁹⁰ PERO, *A motivação...*, p. 66.

Inúmeros exemplos desse controle poderiam ser citados. Todavia, basta mencionar o caso ocorrido na cidade de Bagé/RS, envolvendo o tema do aborto, onde ingressou no Judiciário uma pretensão ajuizada pela família da gestante, menor de 14 anos de idade, por meio da qual foi solicitada autorização judicial para o aborto, sob o argumento de que a menor teria sido abusada sexualmente por um capataz da fazenda de sua família. Sob a alegação, ainda, de que o caso era de estupro, seja pela relação violenta, seja pela ocorrência do estupro que decorre de presunção legal quando o crime é praticado contra menor de 14 anos de idade, foi solicitada autorização para o aborto legal, nos termos do artigo 128, inciso II, do Código Penal, o qual prevê o chamado “aborto necessário” no caso de a gravidez ser resultante de estupro. Ao analisar o pedido da família da vítima, o magistrado autorizou o procedimento, cuja motivação da decisão baseou-se justamente na existência do estupro presumido, hipótese autorizativa do aborto, decisão que acabou sendo cassada por liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em hábeas corpus impetrado pela Promotoria de Justiça da comarca de origem, cuja fundamentação se baseou, em síntese, no direito à vida do nascituro⁹¹.

Independentemente do resultado final da controvérsia, o que não é de interesse para o presente trabalho, ganhou evidência a questão justamente por ter se deparado o julgador singular, e, após, o Tribunal de Justiça, com a necessidade de uma interpretação sistemática e axiológica do ordenamento jurídico, por meio da qual, inevitavelmente, confrontaram-se disposições jurídico-legais (normas do Código Penal) com princípios e valores consagrados na Constituição Federal. Até por desconhecimento da inteireza da motivação das decisões envolvendo o caso, a do juiz singular (da comarca de Bagé), que autorizou o aborto, e a do Tribunal de Justiça, que cassou a decisão de primeiro grau, não é possível valorar a espécie de

⁹¹ Os dados foram obtidos nas reportagens veiculadas pelo Jornal Zero Hora nas edições dos dias 20, 21, 22 e 25 de abril do ano de 2005.

raciocínio jurídico utilizado pelos julgadores para justificar suas decisões. Todavia, ao que consta, a controvérsia resumiu-se na questão da legalidade da realização do aborto nos casos em que há o reconhecimento do estupro em razão da violência presumida, que ocorre quando a vítima é menor de 14 anos de idade, nos termos do artigo 213 c/c o artigo 224, alínea “a”, ambos do Código Penal. Em síntese, tratava-se da hipótese de estupro presumido em razão da inexistência de violência real contra a vítima, sendo que para o dispositivo penal em comento, para a caracterização do crime, é indiferente tenha havido consentimento da vítima. Nesse caso, levantaram-se vozes contra o aborto, sob o argumento de que a lei penal que o autoriza no caso de estupro não se aplicaria à situação vivenciada pela menor, pois as relações sexuais mantidas pela vítima teriam sido fruto do amor ou, ao menos, da paixão momentânea, e por essa razão o direito à vida deveria prevalecer.

Não nos interessa, nesse espaço, tecer considerações sobre a problemática eleita como exemplo, nem considerar qual seria, no caso, a melhor solução para a controvérsia. Importa registrar que o tema despertou o interesse de boa parte da população gaúcha, ocupando espaço na mídia por diversas semanas. Sem dúvida, inúmeras indagações foram feitas pela população ao tomar conhecimento da notícia, principalmente sobre quais teriam sido as razões que levaram o juiz a autorizar o aborto nessas circunstâncias. Num primeiro momento, para a população, que no geral é leiga em assuntos jurídicos, principalmente quando são utilizados pelo julgador termos técnicos pouco conhecidos, como a questão do “estupro presumido”, a decisão judicial causou impacto não apenas porque um caso de aborto teria sido autorizado, o que sedimentada a discussão por se tratar de um tema de amplo interesse da população, discussão que também é alimentada por questões religiosas, mas também porque o aborto teria sido autorizado mesmo num caso em que o crime de estupro estaria caracterizado em virtude de uma ficção legal.

No caso, não se diga que ao povo seria interessante apenas saber literalmente o comando final da decisão, ou seja, se ao final foi ou não autorizado o aborto, mas com certeza todas as pessoas que ouviram ou leram a notícia veiculada na imprensa tiveram curiosidade de saber os motivos da decisão, e, em suas indagações, com ingenuidade, questionariam: “por que motivos o juiz autorizou o aborto se no caso a menor consentiu com a relação sexual?”; ou, “não tendo havido violência, mas sendo fruto de uma relação consentida, não deveria o julgador ter dado primazia ao direito à vida?”, ou, ainda: “se o aborto é legal, porque motivos e em quais circunstâncias se apegou o Tribunal em negar a realização do aborto?”.

A repercussão foi tanta que um jornal de grande circulação divulgou a opinião de inúmeros leitores, entre as quais destacamos⁹²:

“A lei está correta em presumir a violência quando se trata de sexo com crianças. Manter a gravidez prolonga o abuso” (M. B., Santa Rosa/RS);
“Somente Deus pode tirar uma vida” (J. G. R., Bagé/RS);
“Neste caso o aborto é permitido por lei, não deveria nem entrar em discussão” (C. M., Porto Alegre/RS);
“A criança que está para nascer não tem culpa de nada” (R. B., Porto Alegre/RS).

Conclui-se disso tudo que independentemente da aceitação ou não da decisão judicial pela sociedade, mormente em tema tão controvertido, as razões da decisão judicial acerca da questão da autorização ou não do aborto nos casos de estupro, presumido ou não, são responsáveis pela incessante indagação das pessoas do povo sobre a forma de atuar do Judiciário em temas dessa natureza.

⁹² Dados obtidos no Jornal Zero Hora, veiculado no dia 25 abr. 2005.

Sem pretensão de fazer alguma vinculação com o exemplo citado, em inúmeras outras situações em que as decisões judiciais causam impactos de ordem social, política ou econômica, se não existissem as razões do julgamento da causa que despertou interesse na sociedade, ou se existissem, mas deixassem transparecer uma flagrante ilegalidade, ou arbitrariedade, ferindo o sentimento geral do povo, certamente o clamor da sociedade seria intenso, o que por consequência geraria críticas severas em relação à maneira como o Judiciário estaria aplicando o Direito. Dependendo da situação, a insatisfação do povo poderia guiá-lo ao encontro dos legisladores com a finalidade de ser modificada a regulação legal do fato objeto da decisão. Por tudo isso, inegável que a sociedade como um todo tem interesse, em tese, de conhecer a motivação das decisões judiciais.

3 A motivação no quadro do devido processo legal

Inserida no contexto das garantias constitucionais do processo, a motivação exerce papel de destaque nos quadros do devido processo legal. Na definição de Frederico Marques, o devido processo legal “é o direito ao processo, como *actus trium personarum* e suas diversas implicações essenciais à garantia do direito de ação de par com a garantia da defesa; a adoção do contraditório processual; a equidistância do juiz no tocante aos interesses em conflito, como órgão estatal desinteressado, justo e imparcial⁹³. Já para Dinamarco, Grinover e Cintra, o devido processo legal constitui-se

num conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem

⁹³ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1, p. 368.

apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.⁹⁴

Afirma-se, de uma maneira geral, que o devido processo legal é um processo disciplinado por normas legais; um processo que se orienta em conformidade com o que dispõe a lei; ou que o *due process of law* reclama a observância do sistema legal. Na tônica dessa compreensão está a correlação do devido processo legal com a observância de um procedimento legal e ordenado para a consecução de um fim. Todavia, a essência desse princípio não se resume à avaliação de ter sido observado corretamente um determinado procedimento previsto em lei⁹⁵. Daí se dizer que o devido processo legal, em sua concepção substancial, constitui-se num princípio finalístico, ou seja, por meio de sua atuação busca-se um estado ideal de coisas a ser atingido, qual seja o ideal de protetividade dos direitos⁹⁶.

E segundo os esclarecimentos de Sérgio Luís Wetzel de Mattos, o ideal de protetividade dos direitos, ou proteção jurídica efetiva, abrange, a título de exemplo, os ideais de participação, igualdade e imparcialidade, já dispostos nos princípios ou subprincípios do contraditório, da igualdade de armas e do juiz natural, respectivamente⁹⁷. No mesmo sentido, ao ingressar no tema em questão, adverte o jurista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que:

como o processo não se resume a uma simples seqüência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do

⁹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

⁹⁵ A propósito, esse entendimento já foi esposado pelo Supremo Tribunal Federal: “[...] o princípio do *due process of law* se desenvolve em múltiplos contornos, isto é, na garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia da imparcialidade do magistrado processante” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extraordinário n. 633/ República da China. Relator: Ministro Celso de Melo Julgamento em: 29 ago. 1996).

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 70-72 e 113.

⁹⁷ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 265-290, mar. 2005.

contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa.⁹⁸

Sem a pretensão de ingressarmos concretamente no estudo do devido processo legal, já que não é o tema principal do trabalho, qualquer exame que se faça desse princípio nos remete à constatação de que ele reúne, a um só tempo, todas as garantias constitucionais do processo, entre elas, por certo, inclui-se a garantia da motivação. Já esta se apresenta como garantia instrumental, pois assegura, de forma conexa, a efetividade de vários princípios organizados de forma a assegurar que o processo seja materialmente concebido como instrumento para a obtenção de uma decisão justa.

Sendo assim, considera-se que há uma relação fundamental entre a garantia da motivação e o princípio do devido processo legal, ou seja, uma interdependência entre esses fenômenos, que se cruzam na medida em que um pode ser encarado como a justificativa do outro. Explica-se: a partir do momento em que a Constituição Federal estabeleceu o dever de o juiz motivar todas as decisões judiciais, pode-se afirmar, com segurança, que o processo como instrumento de prestação jurisdicional somente será qualificado como legítimo e regular de acordo com o princípio do devido processo legal enquanto motivadas todas as decisões que forem proferidas durante seu trajeto até o cumprimento daquela atividade. Somente haverá, pois, procedimento legítimo, de acordo com o devido processo legal, quando observado o dever de motivar. A par disso, todas as garantias inerentes ao devido processo legal (imparcialidade, juiz natural, duplo grau de jurisdição, contraditório, ampla defesa) somente estarão à salvo dos subjetivismos, ou das arbitrariedades, do juiz se a este é direcionada a regra que determina o dever de motivar. Nesse caso, a motivação resguarda a efetividade das demais garantias constitucionais que identificam o devido processo legal. Vale lembrar que a

⁹⁸ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 85-86.

observância do direito das partes à valoração das provas, por exemplo, somente se torna possível se àquelas for possibilitado o acesso às razões de decidir do julgador.

Em razão dessa interdependência entre motivação e *due process of law* é possível compreender o dever de fundamentação como uma garantia instrumental ou de encerramento, uma vez que atua como verdadeira guardiã de um sistema completo de garantias processuais tendentes a assegurar, por meio do processo, uma prestação jurisdicional correta e eficaz dos direitos⁹⁹. Necessário, pois, seja a motivação observada como um instrumento capaz de garantir a efetividade do direito de ação, na medida em que podem as partes aferir, de seu exame, a imparcialidade do juiz, a aplicação do direito conforme a idéia de sistema jurídico já abordada, e, principalmente, no que diz mais respeito com a apreciação dos fatos da causa, a efetividade da garantia do contraditório e da ampla defesa, vistos como instrumentos que oportunizam às partes participar, no sentido de influenciar, na convicção do julgador quanto à escolha das premissas básicas para a formação da decisão judicial.

Portanto, como norma dirigida ao juiz, a motivação é correlata ao direito das partes de influenciar sobre as decisões e em condições de igualdade, dando-lhes a oportunidade de poder verificar “se” e “de que modo” essa influência terá ocorrido, assim como as razões pelas quais deixou de acontecer, na medida em que também tenham tido a concreta possibilidade de valerem-se de todos os instrumentos fornecidos pelo ordenamento processual para o idôneo exercício do contraditório. Exemplificando, para a efetividade da garantia da ampla defesa não basta somente se possa pela motivação demonstrar que às partes foi assegurado, no decorrer do processo, o contraditório. Este princípio, na sua concepção atual, não se exaure na oportunidade de pronunciamento das partes. Irrenunciável essa função

⁹⁹ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 51.

quando da manifestação da parte em respeito ao contraditório, este é transposto ao momento da valoração das provas, de modo a exigir que o juiz, antes de encontrar a solução para o caso, faça uma adequada consideração das alegações e solicitações das partes, bem como se manifeste sobre todo o conjunto probatório.

Nesta perspectiva, concluímos que o princípio do devido processo legal constitui-se em gênero do qual fazem parte diversos outros princípios, que no seu conjunto poder-se-ia denominá-lo de *sistema de garantias constitucionais do processo*¹⁰⁰. Esse fenômeno tem sido acompanhado pela progressiva constitucionalização do direito processual, ou seja, com a explicitação, cada vez mais completa, das garantias do processo nos textos constitucionais¹⁰¹.

Cabe novamente ressaltar que entre as diversas garantias processuais, a motivação exerce uma função de garantia das garantias, na medida em que cumpre um papel muito especial, que é de controle da efetividade e observância pelo órgão judicial do sistema de garantias, entre as quais acentuam-se como as mais importantes a do contraditório, a da imparcialidade do juiz e a do duplo grau de jurisdição, cujos significados serão abordados.

3.1 O Princípio do contraditório

¹⁰⁰ Essa denominação foi apresentada por Antônio Magalhães Gomes Filho, que afirma haver correlação entre as diversas garantias do processo, de tal modo que umas conferem efetividade às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados a proteção do indivíduo por meio do processo (GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 33).

¹⁰¹ Nossa Constituição de 1988 prevê as diversas garantias processuais no seu artigo 5º, incisos LIII, LIV, LV, LVI, LVII etc.

A motivação na apreciação dos fatos exerce um papel justificativo, pois por meio do conhecimento das razões da decisão se torna possível verificar se a incorporação dos elementos probatórios ao processo resultou de procedimentos realizados em contraditório. O dever de motivar, nessa perspectiva, assume uma condição de garantia de concretização efetiva do princípio do contraditório. Poder-se-á explicitar, inclusive, como nota inicial, que o contraditório é elemento essencial do próprio conceito de processo como instrumento de realização da prestação jurisdicional, na medida em que somente é digno de ser chamado de processo aquele procedimento regulado de forma a assegurar que dele participem, em simetria de paridade, aqueles em cuja esfera jurídica o provimento final produzirá seus efeitos¹⁰².

Numa visão diretamente relacionada à proteção das partes, sem desprezar o seu valor para aferir a imparcialidade do julgador, a mais abrangente e uma das mais importantes garantias processuais é a do contraditório. Como princípio de participação, o contraditório não tem como principal objetivo possibilitar uma oposição ou resistência entre as posições processuais dos litigantes, mas, sim, esse princípio encontra razão de ser quando reconhecida sua finalidade instrumental, qual seja, a de influenciar no resultado do processo.

Assim, com a observância do princípio do contraditório possibilita-se a participação ativa no desenvolvimento do processo, com efetiva cooperação das partes seja na demonstração dos fatos e na produção das provas, seja na elaboração e na formação do convencimento do juiz. Conforme esclarece Taruffo, se a liberdade de escolha dos elementos de prova relevantes para a decisão pode e deve ser exercitada de modo racional e controlável (isto somente ocorre se para o juiz há o dever de motivar a decisão), será sensato falar-se na garantia do contraditório para as partes com relação às escolhas efetuadas pelo julgador¹⁰³.

¹⁰² GOMES FILHO, *A motivação...*, p 38.

¹⁰³ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 375-376.

Portanto, seria ilusório falar-se no princípio do contraditório se efetivamente não houvesse a valoração das provas legitimamente introduzidas no processo. O contraditório, no momento da valoração das provas, traduz-se no direito das partes de influenciar, com críticas e fundamentos relacionados às provas produzidas, na formação judicial quanto à apreciação dos fatos. Vale aqui ressaltar que por meio da cooperação das partes, o juiz, ao tomar conhecimento das opiniões contrapostas dos litigantes, amplia os horizontes da cognição judicial, o que importa a diminuição da possibilidade de erro judiciário, principalmente na questão da apreciação dos fatos que impulsionaram o surgimento da causa.

Conforme assinala o Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “o juiz e as partes nunca estão sós no processo; o processo não é um monólogo, é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”. Em vista disso, estimula-se o recíproco condicionamento e controle entre a atividade das partes e a do órgão judicial, do qual decorre “a dupla função assumida pelo contraditório: por um lado, garantir a igualdade das partes; por outro lado, satisfazer o interesse público na descoberta da verdade e realização da justiça”¹⁰⁴.

O conceito tradicional dado ao princípio do contraditório torna-se, por isso, insuficiente, não podendo ser considerado apenas como a mera ciência bilateral dos atos do processo e a possibilidade de contraditá-los. Tampouco constitui-se apenas numa expressão da paridade de armas, ou igualdade de condições para o fornecimento do material probatório a ser valorado. O contraditório deve ser compreendido de maneira renovada, significando o concreto exercício do direito de defesa, com a finalidade de formação do convencimento do

¹⁰⁴ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 114.

juiz¹⁰⁵. Por meio desse princípio, assegura-se às partes não somente a disponibilidade dos meios de provas; mas, principalmente, estabelece-se, pela relação dialética do processo, uma participação mais ativa dos envolvidos no andamento do processo, de forma que todas as oportunidades e iniciativas dos litigantes se configurem aptas a influir no convencimento do juiz¹⁰⁶. Nesse sentido, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório faz também depender a própria formação dos provimentos jurisdicionais da efetiva participação das partes¹⁰⁷. Imprescindível, portanto, abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação das provas quanto na formação e na sua produção, e, principalmente, no momento da valoração do material probatório pelo juiz, de forma a garantir que este analise, efetivamente, as provas trazidas por ambas as partes a juízo, o que pode ser controlado por meio da garantia constitucional da motivação das decisões judiciais, criando-se um liame entre essa garantia e o princípio da ampla defesa.

Mas para a efetiva realização da principal finalidade do contraditório, considerando-o como instrumento capaz de influenciar na formação do convencimento judicial, necessário que se disponibilize às partes a ciência a respeito de tudo o que se passa no processo¹⁰⁸. Por isso o contraditório é totalmente dependente de uma outra garantia processual, qual seja a da publicidade dos atos processuais, também caracterizada como garantia instrumental. Enfim, de grande relevância para a essência do contraditório são os atos de comunicação processual,

¹⁰⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do contraditório. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 74, p. 103-120, 1998.

¹⁰⁶ Sobre o assunto, ver artigo de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, A garantia..., p...

¹⁰⁸ Nesse sentido a decisão da Quinta Câmara Cível do TJRS, em julgamento de recurso de agravo: “Nos termos do artigo 431-A CPC, impunha-se dar ciência às partes acerca do dia, hora e local de realização da perícia, especialmente, no caso, para que o assistente técnico da recorrente participasse do ato [...]” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70010252716. Julgamento em: 16.11.2004). Este também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o princípio da ampla defesa, de magnitude constitucional, tem como um dos seus principais campos de projeção a publicidade dos atos processuais e a conseqüente intimação da defesa para os mesmos, em especial para as sessões de julgamento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. H.C. n. 11.687/PE. Julgamento em: 7 nov. 2000)

por meio dos quais se propicia o completo e adequado conhecimento dos atos praticados, das provas produzidas, dos argumentos apresentados pelo adversário, das decisões proferidas etc¹⁰⁹.

Ensina a doutrina, ainda, que o princípio do contraditório possui como corolário lógico o subprincípio do direito à prova, por meio do qual assegura-se às partes o direito de informação, o direito de participação e o direito de consideração de seus argumentos pelo órgão judicial¹¹⁰. Como consideração inicial, estará assegurado o direito à prova, de acordo com o disposto no artigo 332 do Código de Processo Civil, quando facultada às partes, de forma igualitária e ampla, a produção de todas as provas de que possam dispor. Pode-se dizer, então, que toda restrição a essa possibilidade somente é legítima quando prevista expressamente em lei, ou quando for considerada irrelevante¹¹¹ ou desnecessária¹¹² porque o fato que seria objeto da prova já se encontra comprovado nos autos. No primeiro caso, diz-se que as partes têm direito à *prova legítima*; já no segundo, configura-se o direito à *prova relevante*.

Para finalizar a respeito do contraditório, sua conexão com a garantia da motivação é evidente na medida em que há a exigência, para o julgador, de fundamentação das decisões acerca das diversas postulações dos interessados no curso do procedimento. Essa circunstância assume particular significado quando se tem em conta que somente mediante

¹⁰⁹ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 41.

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. Significado do direito de defesa. In: DIREITOS fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: C. Bastos-IBDC, 1998, p. 94.

¹¹¹ Nesse sentido a seguinte decisão do TJRS: “Existindo, no feito, elementos de prova suficientes para formar o convencimento do magistrado, ou sendo as questões predominantemente de direito, não há razão para realização de prova pericial, cuja pretensão vincula-se à abusividade das parcelas negociais. Assim, o seu indeferimento não caracteriza violação ao princípio basilar da ampla defesa”. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70007013626. Julgamento em: 27 ago. 2003).

¹¹² Nos termos da seguinte decisão, “não apontada razão consistente na impugnação do laudo, mostra-se descabido submeter-se os litigantes a nova perícia, ausentes quaisquer outros elementos que tragam dúvidas

decisão fundamentada poderá o juiz, por exemplo, indeferir a produção de alguma prova solicitada pelas partes¹¹³. Ou seja, de acordo com a concepção dialética do processo, não cabe ao juiz simplesmente ignorar as postulações das partes, embora possa desatendê-las, desde que o faça com a devida fundamentação. Da mesma forma, de nada adiantaria outorgar às partes um conjunto de prerrogativas, poderes e faculdades que objetivam influenciar na decisão final, se as atividades realizadas pudessem simplesmente ser desprezadas, sem qualquer valoração pelo juiz no momento da sentença. Por esta razão afasta-se o reconhecimento de legitimidade da motivação implícita, que ocorre, por exemplo, no caso em que a valoração das provas centrou-se unicamente sobre o material probatório trazido por uma das partes, e que consistem na base da decisão, entendendo-se que a valoração das provas da parte contrária é desnecessária e foram implicitamente afastadas porque não serviram à convicção do julgador. Ora, cabe ao juiz expor as razões porque tais provas não prestaram para formação do seu convencimento.

3.2 O princípio da imparcialidade

A independência e imparcialidade do juiz também fazem parte do sistema de princípios que decorre do devido processo legal. Num Estado Democrático de Direito, somente a Constituição pode determinar as regras de investidura dos juízes e Tribunais, sendo

sobre a conclusão do primeiro laudo” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70009312786. Julgamento em: 11 nov. 2004).

¹¹³ Nesse sentido a seguinte decisão do TJRS: “A produção de prova oral tempestivamente e necessária ao deslinde do feito, não pode ser indeferida sem fundamentação adequada, sob pena de caracterizar-se cerceamento do direito de defesa” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70009781220. Julgamento em: 22 set. 2004). Ainda, nessa esteira, o seguinte julgado: “Embora o art. 131 do CPC consagre o princípio do livre convencimento do juiz, o qual autoriza a decidir a lide com base nos elementos que julgue suficientes à compreensão da controvérsia, o referido preceito não pode violar o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, que estão previstos na Constituição. O julgador não pode impedir o demandante de fazer prova do fato constitutivo do seu direito (art. 333, inciso I, do CPC) e tampouco ignorar pedido de produção de provas. Desprezar a pretensão probatória sem justificativa plausível significa desprezar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, além de ferir preceitos do Código de Processo Civil” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70010214856. Julgamento em: 07 abr. 2005).

que no caso brasileiro a regra é a do concurso público. E como garantia de que a jurisdição será prestada de forma confiável e independente, vale dizer sem subordinação a determinações ou orientações provenientes de outros poderes (independência externa) ou mesmo de outros órgãos do próprio Poder Judiciário (independência interna), destaca-se que um dos atributos mais relevantes para a consecução da atividade de julgar é a imparcialidade do juiz. A independência¹¹⁴ e imparcialidade permitem ao juiz exercer suas funções sem temer sanções, sujeitando-se somente à lei e decidindo segundo as próprias convicções pessoais, ainda que em oposição aos desejos dos detentores do poder político¹¹⁵.

A imparcialidade é uma garantia para as partes e para a sociedade, pois somente com a existência de um juiz imparcial é possível assegurar a indispensável objetividade do julgamento, consistente na correta apreciação dos fatos da causa e na aplicação da norma por meio de uma interpretação sistemática do direito que privilegie os princípios, regras jurídicas e valores consagrados no texto constitucional. Trata-se de garantia reconhecida, inclusive, pelo direito público internacional, posto que a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, estabelece que “toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal”.

Todavia, imparcialidade não se confunde com neutralidade, sendo que esta inexistente em qualquer atividade que se possa considerar. Pode-se dizer que não existe neutralidade

¹¹⁴ No dizer de Carlos Magalhães Gomes Filho, “embora sejam atributos da função jurisdicional axiologicamente relacionados e que se implicam reciprocamente – constituindo instrumentos para a realização do valor objetividade do julgamento -, as idéias de *independência e imparcialidade* não se confundem, revelando elementos distintos inerentes à concepção de *juiz*” (GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 36).

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A independência do juiz brasileiro. In: O PROCESSO em sua unidade II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 46.

ideológica, salvo na forma de irracionalismo ou decadência do pensamento, que não são virtudes dignas de ninguém, muito menos de um juiz. De acordo com a lição de José Carlos Barbosa Moreira, dizer que o juiz deva ser imparcial não significa:

pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz ‘tanto faz’ que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro...Ao juiz não apenas é lícito preferir a vitória da parte que esteja com razão, seja qual for, senão que lhe cumpre fazer tudo que puder para que a isso realmente se chegue – inclusive, se houver necessidade, pondo mãos à obra para descobrir elementos que lhe permitam reconstituir, com maior exatidão possível, os fatos que deram nascimento ao litígio, pouco importando que, afinal, sua descoberta aproveite a um ou a outro litigante.¹¹⁶

Em síntese, a imparcialidade, como garantia processual, significa que no exercício da sua atividade o juiz deverá processar e julgar a causa como um terceiro não envolvido no litígio e que não tenha interesse próprio, pessoal, no resultado da demanda, nem comprometimento pessoal que a vitória sorria para uma ou outra parte.

De acordo com essa convicção, merece seja destacada a idéia de que a iniciativa probatória do juiz não é incompatível com a preservação de sua imparcialidade¹¹⁷, mesmo porque trata-se de atividade autorizada por norma processual (artigo 130 do Código de Processo Civil)¹¹⁸. Como bem observa Barbosa Moreira, “não há neutralidade possível. Ao

¹¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 19-30.

¹¹⁷ Sobre o tema a obra de MATTOS, *Da iniciativa...*

¹¹⁸ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70005897798, da Sexta Câmara Cível, cujo relator, Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, destacou que “não é demais lembrar que o Código de Processo Civil atribui amplos poderes instrutórios ao juiz....Com efeito, a iniciativa oficial na atividade de instrução, inerente ao exercício da função jurisdicional, tem por objeto única e exclusivamente a formação do convencimento judicial”. (RIO GRANDE DO SUL.

juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra ao dever de imparcialidade”¹¹⁹.

Com efeito, o reconhecimento de poderes instrutórios do juiz, na verdade, não favorece qualquer das partes, mas apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo seja encontrada uma solução mais justa para a causa. A participação do juiz na formação do conjunto probatório, determinando a realização das provas que entender necessárias ao estabelecimento dos fatos deduzidos pelas partes de forma alguma afeta sua imparcialidade. Assim agindo, demonstra o juiz estar comprometido aos fins sociais do processo. Por isso, pode o magistrado, a qualquer momento e de ofício, determinar sejam produzidas provas necessárias para a formação de seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento jurídico, mas desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa¹²⁰.

Sem dúvida, a melhor forma para que seja preservada a imparcialidade do juiz é submeter todas as suas decisões proferidas nos transcorrer do procedimento processual ao crivo do contraditório e impondo-lhe o dever de motivar as decisões, de forma a não significar sua participação na instrução da causa uma conduta que viole o princípio da imparcialidade. Aliás, não se ignora que o respeito ao contraditório é condição necessária à validade da produção de qualquer prova. Nesses termos, como bem pondera Carlos Alberto Alvaro de

Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70005897798. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira)

¹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, O juiz..., p. 178-184.

¹²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 111.

Oliveira, eventuais desvios decorrentes dessa conduta ativa do juiz são perfeitamente passíveis de correção pelo contraditório, dever de motivação e duplo grau de jurisdição¹²¹.

Em outros termos, a motivação das decisões judiciais representa um forte estímulo à efetiva imparcialidade do juiz, de forma a impedir que a decisão judicial seja fruto de suas escolhas subjetivas, no sentido de interesse pessoal no resultado da demanda, ou que constitua resultado de eventuais pressões externas. E ainda que muitas vezes a real atitude do julgador possa estar dissimulada pela apresentação de motivos diversos daqueles que efetivamente levaram a uma determinada opção, isso não diminuiu a importância da motivação para o objetivo apontado, até porque a própria obscuridade ou incoerência reveladas na descrição do processo intelectual que conduziu à decisão também podem ser indicações reveladoras de uma eventual parcialidade¹²².

Sobre a importância da motivação como garantia instrumental de efetividade da imparcialidade do juiz, sublinha Michele Taruffo que a decisão é imparcial enquanto fique demonstrado que o juiz decidiu imparcialmente; então, se uma decisão não motivada pode ser parcial ou imparcial, é somente por meio da motivação que pode ser manifestada a parcialidade e, portanto, garantida a imparcialidade¹²³.

Pode-se concluir, ainda, que por ser a motivação um mecanismo de controle da efetividade do princípio da imparcialidade, reforça-se a convicção de que aquela garantia serve de instrumento de legitimidade da atividade jurisdicional, na medida em que interessa a toda a sociedade que a atividade do Poder Judiciário seja desempenhada por juizes comprometidos tão-somente com a aplicação do direito, o que não significa que sejam seres

¹²¹ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 151.

¹²² GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 99.

neutros, conforme já salientado, para que possa ser preservada a garantia dos direitos do cidadão – já à mercê de uma justiça morosa, ainda que em boa parte por circunstâncias alheias à vontade da administração da Justiça, porquanto resultante, sobretudo, da anacrônica legislação processual. Deve a sociedade perceber, que para preservar seus direitos precisa muito mais de um Judiciário forte e independente (a imparcialidade pressupõe a independência), ou seja, que não fique submisso à força dos demais poderes ou das soluções defendidas pelos agentes das forças políticas. Em outras palavras, nada mais pior para a cidadania do que um Poder Judiciário tutelado que se amolde aos poderosos. Ao contrário, a existência de um Poder Judiciário independente em face do poder político e econômico também é uma garantia da manutenção do Estado Democrático de Direito, sem o qual o cidadão estará órfão.

Por fim, o princípio da imparcialidade judicial passou a ser entendido como abrangendo também a garantia do *juiz natural*. Significa entender que há proibição da instituição de órgãos jurisdicionais *ad hoc*, para julgamento de fatos ocorridos antes de sua criação, bem como a proibição de fixação ou alteração da competência do órgão judicial após a existência do fato gerador do processo. Entre nós a garantia do juiz natural está prevista no texto constitucional¹²⁴.

3.3 O princípio do duplo grau de jurisdição

¹²³ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 399.

¹²⁴ Diz o inciso XXXVII da Constituição que “não haverá júízo ou tribunal de exceção”.

Conforme já visto no capítulo dos significados da garantia da motivação, uma das finalidades do dever de fundamentar as decisões judiciais é a de persuadir as partes sobre o acerto da decisão judicial, o que é feito pela apresentação de fundamentos convincentes. Propõe-se, dessa forma, dissuadir a parte que perdeu a demanda (ou ambas, quando há sucumbência recíproca) do propósito de utilizar as vias recursais. Assim, a exteriorização das boas razões de decidir seria um meio apto a assegurar a mais rápida solução da causa. Embora não se desconheça essa função da motivação, é preciso reconhecer que na prática judiciária, com muita frequência, ela é desmentida, pois o que se apresenta é a indiscriminada interposição de recursos, independentemente de serem boas ou más as razões oferecidas nas decisões impugnadas¹²⁵. Basta lembrar, independentemente de ser aprofundada a investigação sobre as concretas razões ou vantagens, que o poder público, quando vencido na demanda, sempre utiliza a via recursal, mesmo que a matéria já se encontre pacificada na jurisprudência.

Mesmo entre particulares, sob a ótica do interesse dos destinatários da decisão judicial, sempre há a expectativa para a parte vencida que sua causa será revertida no Tribunal. Já para o vencedor, o reexame da causa significa mais demora na realização prática do seu direito, além do receio de que o Tribunal dê provimento ao recurso interposto, revertendo-se as posições dos litigantes. Portanto, se para o vencedor há o risco de reversão e para o vencido o recurso é visto como uma nova oportunidade de fazer valer suas razões, tem-se que na prática o trânsito em julgado de uma decisão judicial já em primeiro grau de jurisdição está se tornando uma exceção¹²⁶.

¹²⁵ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 136.

¹²⁶ Como forma de propiciar uma jurisdição mais rápida e efetiva, mudanças substanciais foram introduzidas no Código de Processo Civil. Uma delas, a Lei n. 11.276, mais próxima ao princípio do duplo grau de jurisdição, instituiu a súmula impeditiva de recursos. A partir de sua vigência, não caberá mais recurso contra a decisão do juiz que estiver em conformidade com matéria sumulada no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal e com isso propõe-se reduzir o número de recursos propostos junto aos tribunais.

E é em razão das inúmeras objeções, dúvidas e inconvenientes suscitadas pela doutrina que o duplo grau de jurisdição não tem sido pacificamente enquadrado como uma garantia inerente ao devido processo legal. Do ponto de vista técnico e prático, a principal objeção quanto ao reconhecimento do duplo grau de jurisdição como um pressuposto essencial à realização de um processo justo, lembrada pela doutrina, tem sido o inconveniente da procrastinação das demandas, além de ser questionável se uma segunda decisão pode ser efetivamente melhor que a primeira, dada pelo juiz que teve contato direto com as partes e as provas, o que é correto esse raciocínio principalmente em se tratando de valoração probatória. Todavia, as objeções dirigidas contra o duplo grau de jurisdição revelam mais o caráter problemático desse princípio, porquanto há um evidente excesso de instrumentos de impugnações disponíveis na legislação processual, do que necessariamente um caráter negativo do princípio.

Entendemos, mesmo não ignorando o desejo de todos de que o término de um processo se dê em prazo razoável, que o duplo grau de jurisdição deva, sim, ser reconhecido como um princípio que faz parte do devido processo legal. Para tanto, avulta em importância o aspecto político desse princípio, pois serve de instrumento de controle sobre o exercício do poder jurisdicional, assegurando a correção dos provimentos e, concomitantemente, tutela os direitos controvertidos no processo, sobretudo aqueles direitos fundamentais¹²⁷. É evidente que em determinadas demandas, seja pela singeleza ou pelo pacífico posicionamento da jurisprudência sobre a matéria, o recurso contra a decisão judicial mostra-se procrastinatório; todavia, em muitas outras causas submetidas ao crivo do Judiciário, a matéria pode apresentar-se extremamente complexa e seu interesse igualmente extrapola o interesse

¹²⁷ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 45.

particular para ter significado e importância para considerável parcela da sociedade¹²⁸. É nesse caso que se revela de fundamental importância o princípio do duplo grau de jurisdição, pois possibilita que as manifestações concretas do poder jurisdicional sejam reapreciadas por outros órgãos legitimamente investidos de um poder de controle.

Ainda que de um lado nada assegure que uma segunda decisão sobre a causa seja a mais justa, não se pode negar que, por outro lado, a possibilidade de reexame aumenta efetivamente a chance de que isso ocorra, o que não deixa de ser significativo para a qualidade do pronunciamento jurisdicional. Com efeito, por ser falível a apreciação feita pelo juiz no que se refere à compreensão do fato e sua prova, ou à interpretação e aplicação do direito, é que o reexame da decisão cresce de importância, com maior possibilidade de ser assegurada uma mais perfeita “justiça”¹²⁹. Merece destaque, nessa questão, a observação de José Carlos Barbosa Moreira, para quem o duplo grau de jurisdição é uma garantia “de maior probabilidade de acerto decorrente da sujeição dos pronunciamentos judiciais ao crivo da revisão”¹³⁰.

¹²⁸ Cita-se, por exemplo, a controvertida decisão de um juiz do Estado de Goiás que determinou, liminarmente, a apreensão de todos os exemplares de um livro de escritor conhecido nacionalmente, porque segundo o autor da demanda de busca e apreensão, que é deputado federal, em alguns trechos do livro havia declarações falsas contra sua pessoa. A decisão foi duramente criticada por vários segmentos sociais, principalmente a imprensa, a qual questionou dizendo que a decisão judicial retratava uma censura prévia, nos moldes existentes durante o período militar (dados obtidos em reportagem veiculada pelo Jornal Zero Hora, ano 42, edição n. 14.499, de 06 de maio de 2005, p 55). Vê-se, pois, que essa decisão, não se questionando seu acerto ou não, mas principalmente em razão da importância da causa, por envolver choque de direitos fundamentais (a inviolabilidade do honra e a livre expressão da atividade intelectual), não deve, *a priori*, ser excluída da possibilidade de revisão, por meio da interposição de recurso pelo interessado, pois se mostra salutar o aprofundamento da análise sobre o acerto de uma primeira solução encontrada.

¹²⁹ ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. *Recurso no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 14. Segundo esse autor “no sistema brasileiro, em que o segundo grau de jurisdição é coletivo, como de resto na quase unanimidade dos Estados modernos, a possibilidade de erro é diminuta, dado o exame acurado que se faz, coletivamente, do fato e do direito”.

¹³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 237.

Em termos de reconhecimento expresso no ordenamento jurídico, conquanto a legislação processual nem a Constituição tenham contemplado *expressis verbis* o duplo grau de jurisdição, costume-se afirmar que o princípio em questão está previsto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal¹³¹, ou emerge mesmo do sistema constitucional, que na parte de seu texto referente ao Poder Judiciário atribui aos tribunais competência precipuamente recursal.

Em conclusão sobre este tópico, ao se considerar que o princípio do duplo grau de jurisdição propicia maiores oportunidades para que a solução da causa seja a mais correta, nada mais importante a considerar para a eficiência do reexame da causa que a garantia da motivação das decisões judiciais atue como instrumento necessário ao bom funcionamento daquele princípio. Ou seja, é pela completa exteriorização do raciocínio decisório que se possibilita às partes oferecer com precisão os argumentos do recurso, bem como ao Tribunal aferir o acerto ou não da decisão impugnada.

¹³¹ Estabelece a norma constitucional em questão que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, *com os meios e recursos a ela inerentes*”.

SEGUNDA PARTE – ESTRUTURA DA MOTIVAÇÃO

V A ELABORAÇÃO DA MOTIVAÇÃO

1 Sentença, motivação e silogismo

O significado da sentença judicial está intimamente ligado à concepção que o juiz possa ter do sistema jurídico. Em consequência, surgem ponderações sobre ser a decisão judicial concretizada na sentença uma atividade que encerra uma declaração do direito ou uma espécie de criação do direito para o caso concreto. Ainda, indaga-se se a sentença caracterizar-se-ia como a síntese de uma valoração, ou aplicação, lógico-dedutiva do ordenamento jurídico ou se representa um ato complexo qualificado como um discurso cujo objetivo é justificar, como forma de preservar a legitimidade da decisão, ou em outros termos um discurso cuja finalidade é prestar contas às partes do processo e à sociedade em geral sobre a forma como está sendo realizada a interpretação e aplicação do direito.

De uma forma ou de outra, por meio da motivação da sentença é possível compreender qual a visão do magistrado acerca do sistema jurídico, o que pode retratar a figura de um magistrado ortodoxo, submetido exclusivamente aos ditames da lei, revelando no raciocínio jurídico o mais puro silogismo, conforme preconizavam os iluministas, ou, de outra forma, pode revelar um julgador com aptidão de reconhecer o sistema jurídico como um universo mais amplo, não apenas preenchido pela lei, como ato positivado pelo legislador, mas também

composto por princípios jurídicos (estritos) e fundamentais (consagrados no texto constitucional), regras jurídicas e valores¹³².

Muito difundida, ainda, a compreensão de que a sentença tem por finalidade “declarar o direito aplicável à espécie¹³³”, cuja conceituação poderia ser sintetizada da seguinte forma: “sentença é o ato culminante do processo. Proferindo-a, o juiz dá cumprimento à obrigação jurisdicional do Estado. Por ela se esgota a função do juiz”¹³⁴. A idéia, pois, de que a sentença seja um ato de encerramento da relação processual, por meio da qual o juiz encerra o que se chama de um juízo de concreção ou juízo de subsunção da norma legal ao caso concreto é universalmente aceita no direito moderno. Assim, o comando da sentença, ao compor a lide, traduz a vontade da lei, o imperativo da lei, na sua aplicação à espécie decidida. Por ele se declara a vontade da lei reguladora do caso concreto. O direito preexistente se manifesta e se concretiza com a declaração jurisdicional¹³⁵.

Em decorrência desse entendimento surgiram debates sobre a natureza jurídica da sentença, ou seja, apenas um ato de inteligência, ou, além deste, também um ato de vontade.

Seguem-se as linhas desse enfrentamento, que, resumidamente, expõem a teoria da sentença como um fato jurídico, porquanto como resultado de um ato humano (ainda são os homens que interpretam e aplicam o direito) a sentença é um comando do Poder Judiciário

¹³² Para alguns doutrinadores, a motivação também teria importância para a Administração do Poder Judiciário, visto que para proferirem julgamentos justos os magistrados precisam ter uma visão global do momento histórico e do contexto sócio-econômico-cultural em que atuam, o que necessariamente requer preparação e atualização. Dessa forma, pelo exame da motivação constante na sentença poderá o Judiciário avaliar o nível de preparação de seus juízes.

¹³³ REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: [s.n.], 1959, n. 809.

¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, III, n. 699.

¹³⁵ *Ibidem*, III, n. 646.

que produz efeitos jurídicos. Dessa forma, para alguns, a sentença não passa de um ato lógico ou de inteligência, negando-se ao juiz qualquer discricionariedade que tenha por fim integrar o ordenamento jurídico, pois este representaria um conjunto de regras postas que prevê e regula, pela sua completude, todos os fatos sociais. Na prática, essa teoria assenta-se na concepção de que o juiz não pode tornar prevalente sua opinião contra a exarada de modo claro no texto legal, pena de impor sua vontade em detrimento da norma legal. Ou seja, os Códigos nada deixam ao arbítrio do intérprete, de forma que este não estará mais à frente de uma incerteza quando realiza a atividade de aplicação do direito, porque o Direito todo está escrito nos textos.

Alfredo Rocco exprimiu bem esse sentimento ao mencionar que:

a norma jurídica é essencialmente um ato de vontade, e, precisamente, um comando dirigido pelo Estado aos particulares. Este comando, sendo expresso de forma abstrata, necessita ser concretizado, ou seja, a vontade do Estado, manifestada de forma abstrata ou geral na lei, precisa ser traduzida em uma forma concreta, o que faz o juiz na sentença. Mas, evidentemente, nesta operação, o juiz não acrescenta nenhuma vontade própria à vontade manifestada pelo órgão legislativo. A operação pela qual, dada uma norma geral, se determina qual é a conduta que deve seguir num caso concreto o particular sujeito a ela, é uma operação lógica; é um silogismo, onde, tomada como premissa maior a norma geral, como menor o caso concreto, se deduz a norma de conduta a seguir no caso singular.¹³⁶

Mais adiante enfatiza seu entendimento ao proferir que:

o juiz não exprime, nessa operação, nenhuma vontade própria, manifesta simplesmente o próprio juízo sobre a vontade do órgão legislativo no caso concreto. O Estado já afirmou sua vontade no exercício da função legislativa; não há necessidade de afirmá-la uma segunda vez no exercício da função jurisdicional. A sentença não contém, portanto, outra vontade que não seja a vontade da lei, traduzida de forma concreta por obra do juiz¹³⁷.

¹³⁶ ROCCO, *La sentenza...*, p. 30.

¹³⁷ ROCCO, *La sentenza...*, p. 30. Esse autor é categórico ao afirmar que “la sentenza non contiene dunque altra volontà che quella legge tradotta in forma concreta per opera del giudice. In cio non si há certo opera della volontà, ma solo dell’intelligenza del giudice” (Ibidem, p. 30). Como crítica a essa concepção da atividade de julgar, adverte Tércio Sampaio Ferraz Júnior que “o processo decisório não se constitui num fato tão simples como pode parecer quando se encara o problema da decidibilidade como resultante da incidência contínua do

Esse entendimento, ao passar do tempo, foi duramente criticado porque se passou a compreender que a missão do aplicador do direito não se restringe a simplesmente fazer com que, na prática, prevaleça a regra abstrata traçada pelo legislador. Passou-se a conceber a sentença também como um ato jurídico fruto da vontade, embora num primeiro momento como ato de vontade não do juiz, mas, sim, do estado-jurisdição, na medida em que a sentença contém uma ordem, um comando, com a característica da imperatividade, afastando-se de sua seara, portanto, a criação judicial do direito.

De fato, a decisão judicial é, sem dúvida, um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais. Na sentença encontramos um elemento volitivo que, mesmo embasado na lei, é fruto de um juízo crítico que busca a convicção da verdade, a fim de aplicar o direito e fazer justiça. É, pois, a vontade do Estado declarada pelo juiz, enquanto este é reconhecido como a autoridade pública incumbida de prestar jurisdição. Não há que se negar, portanto, que os atributos morais do julgador bem como suas opções pessoais, filosóficas ou ideológicas, influenciam no ato de julgar, ainda que inconscientemente, levando-se a crer que a sentença também revela, sim, um ato de vontade.

No estudo da sentença surgem outros questionamentos ligados a sua estrutura, esta muitas vezes confundida com a estrutura da motivação, quando se sabe que o significado de ambas não coincide, embora estejam intimamente entrelaçados, na medida em que, na visão técnica, a motivação é considerada um dos requisitos da sentença, sendo esta um todo maior do qual faz parte a fundamentação, juntamente com o relatório e o dispositivo. Assim, é necessário se faça a devida distinção entre sentença e motivação. Aquela, quando surge no

direito na convivência, esta própria vista como um sistema de conflitos intermitentes” (FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 309).

mundo jurídico, é vista como um comando já definido, cuja estrutura é composta de três requisitos, quais sejam: o relatório, a motivação e o dispositivo. Embora muitas vezes possamos confundir a sentença como sendo o comando final do julgador, reduzindo-lhe o significado, não há como descartar o formalismo processual que estabelece ser aquela composta de três organismos. A sentença, ao ser encarada em seu significado técnico, tem por finalidade demonstrar de forma lógica e coerente como foi prestada a jurisdição em determinado caso. Não se confunde, pois, com a motivação, por meio da qual o julgador desenvolve uma atividade de interpretação e aplicação do direito, além da valoração da situação fática e do conjunto probatório. A motivação, sob este aspecto, é um elemento que compõe a sentença. Esta, visualizada externamente, apresenta-se integrada logicamente por seus três elementos, cumprindo exigência técnico-processual. Por outro lado, embora no mundo dos fatos geralmente o que mais importa para as partes do processo seja o dispositivo, pois é o elemento que sintetiza a solução da causa, são os motivos da decisão que realmente interessam quando se estabelece que a legitimidade da atividade jurisdicional neles encontra justificação.

Nessa linha de raciocínio, a sentença representa o conjunto final da obra do julgador, formalmente concatenada em seus elementos estruturais, em relação aos quais se exige haja coerência e lógica. Vale dizer, tudo o quanto for valorado pelo julgador em termos de interpretação e aplicação do direito, seja qual for o raciocínio jurídico que tenha utilizado para fundamentar sua decisão, ao final de tudo, uma escolha prevalecerá; um conteúdo normativo único irá prevalecer em relação a cada um dos pedidos formulados pelas partes. Daí se compreender que o relatório de uma sentença deva necessariamente retratar o histórico dos atos processuais da causa que está sendo julgada, não de outra. Contendo o relatório uma síntese dos pedidos das partes, bem como um relato das espécies de provas produzidas, a

motivação somente pode ter relação a estes elementos identificadores da causa. Ainda, mesmo se compreendendo a motivação como uma atividade complexa a ser desempenhada pelo juiz, as conclusões que nela estão contidas necessariamente devem guardar relação com o dispositivo da sentença¹³⁸. Basta lembrar, como exemplo, que não poderia o julgador valorar os elementos de prova em uma ação de investigação de paternidade, concluindo ao final de suas exposições, ou de seu discurso justificativo, que o demandado é o pai da criança, para ao final, ao exteriorizar o comando da sentença, declarar que a ação é improcedente. Por isso, entre os requisitos da sentença a racionalidade exige a presença da lógica e da coerência.

Finalizando essa parte, define-se que a sentença é o produto acabado da motivação, sendo essa considerada como um discurso justificativo das múltiplas escolhas que influenciaram o juiz na apreciação fática e jurídica da causa submetida em juízo.

Sobre o silogismo e sua relação com a estrutura da motivação, a teoria que descreve a sentença como um esquema silogístico foi a que melhor aceitação obteve, tornando-se uma assertiva extremamente difundida. Vale relembrar que para os adeptos dessa teoria, a sentença constitui-se apenas num juízo de sentido lógico, e, portanto, o juiz ao proferi-la realiza um silogismo, em que a premissa maior é a norma legal, a premissa menor é o fato ou a relação controvertida, e a conclusão, a aplicação da norma legal ao fato¹³⁹.

¹³⁸ Como referência a exigência de coerência lógica entre a motivação e a decisão (comando), cita-se o julgado da Sexta Câmara Cível do TJRS, por meio do qual foi cassada a decisão de primeiro grau, em razão desta ter julgado o mérito da demanda, com apreciação, portanto, do pedido do autor, mas ao mesmo tempo, no dispositivo, tenha a julgadora indeferido a inicial, com base no artigo 295, I, c/c parágrafo único, II, do CPC. Portanto, a extinção do feito, de acordo com o dispositivo da sentença, foi sem julgamento do mérito, todavia, de acordo com a motivação do decisório, a magistrada julgou improcedente a demanda. Em vista do caso, o Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, relator do acórdão, proferiu voto, seguido pelo colegiado, no sentido de cassar a decisão porque materialmente nula, pois apreciado o mérito sem que estivesse estabelecida a lide; e porque formalmente nula, *por ausência de silogismo*, visto que da fundamentação não se extrai a decisão proferida. (RIO GRANDE DO Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70008228033).

¹³⁹ COUTURE, *Fundamentos...*, p. 280. Vinculado à conclusão de que a natureza jurídica da sentença também encerra um ato lógico, além de conter um ato de inteligência, Humberto Theodoro Júnior explica que a doutrina dominante inclina-se em considerar a sentença como um ato de vontade, no caso caracterizada por um silogismo, o qual contem a lei como premissa maior; os fatos como premissa menor e a conclusão, que é o

Essa concepção do significado e funcionalidade da sentença continua sendo muito criticada. Sobre o ponto, Ovídio A. Baptista da Silva alerta que:

a idéia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. Poder-se-ia mesmo dizer que a figura lógica de um silogismo jamais terá lugar no período de formação mental da sentença; ou se realmente houver um silogismo, antes de ser ele a formar a sentença, será esta – depois de formada no espírito do julgador – que dará ensejo a um silogismo, montado apenas com o fim de justificar e fundamentar a concreção da norma legal.¹⁴⁰

Nessa linha de pensamento, esclarece Juarez Freitas que uma vez superadas as ilusões do positivismo, somos conduzidos à constatação de que uma lógica jurídica dialética, apenas no normativismo dialógico, ao contrário do normativismo tradicional e ortodoxo, é que abre incomensuráveis e criativas possibilidades para que o intérprete jurídico transcenda a opressiva e inegável descontinuidade entre norma e realidade, legalidade e legitimidade, Direito e vida. Em continuidade, conclui que se deve aceitar o fato de que toda e qualquer decisão jurídica não é silogística, tampouco uma mera subsunção, porque o juiz, ao aplicar a norma, faz sempre por revivê-la, estando certo, neste particular, Ortega y Casset, ao sustentar a concepção de norma jurídica como pedaço de vida humana objetivada. Entende o consagrado jurista que “não deve o juiz se esquivar da responsabilidade ética de, ao aplicar a lei, assumir todas as especificidades do caso concreto, evitando esconder-se atrás de uma estrita legalidade ou de fórmulas não-situacionais, respeitando os princípios fundamentais de Justiça, alojados na Carta Constitucional, os quais, de certo modo, a transcendem”¹⁴¹.

acolhimento ou rejeição do pedido (THEODORO JÚNIOR, Curso de direito processual civil. 41 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 458).

¹⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre; Fabris, 1996, p. 342.

¹⁴¹ FREITAS, Juarez. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Rio de Janeiro: Vozes, 1989, p. 29-30.

Em suma, firmou-se o entendimento de que a sentença representa um silogismo lógico. Todavia, na prática, o discurso judicial comumente exposto nas decisões judiciais evidencia que a lógica-dedutiva desempenha um papel muito modesto no trabalho dos juízes, visto que a argumentação judicial está preocupada em demonstrar o acerto na escolha das premissas, o que não significa que aquela espécie de raciocínio jurídico não mais se faz presente na atividade judicial. Quanto a essa ressalva, interessante a fundamentação encontrada em recente acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara Cível do TJRS, no qual encontra-se explicitado o entendimento de que “a decisão, como a sentença, na sua formação, se apresenta como um silogismo. Vejamos então: Premissa maior: a exigência de valores indevidos e ilegais afasta a mora: Premissa menor: estão sendo exigidos valores indevidos e ilegais. Conclusão: o apontado devedor não está em mora.”¹⁴² Entendemos, entretanto, que a decisão judicial somente se apresenta como um silogismo na sua roupagem, ou seja, quando concluído o ato decisório, para manter coerência lógica entre seus elementos. Nesse sentido apenas se pode compreender a sentença como um silogismo. Nesse está presente, como uma das premissas, sem qualificá-la de ‘maior’ ou ‘menor’, a situação litigiosa, o caso concreto, que deverá ser valorado de acordo com os elementos de prova, e de outra parte a premissa consubstanciada na interpretação e aplicação do direito, da forma como compreendemos essa atividade, ou seja, como sendo uma incessante valoração axiológica de princípios jurídicos, princípios fundamentais, regras jurídicas e valores, hierarquizados em função dos fundamentos que são extraídos do texto constitucional. Por último, a conclusão estampa o produto final, qual seja, a criação da norma jurídica que irá solucionar o caso concreto¹⁴³.

¹⁴² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 700066811506. Julgamento em: 14 set. 2004.

¹⁴³ Mesmo nos casos em que se denomina que a questão de mérito é exclusivamente de direito e, por esta razão, ao julgador apenas incumbiria aplicar o texto legal, tem-se que na motivação deverá ser valorada a situação fática apresentada como verdadeira pelo demandante. Vale dizer, antes de aplicar o direito ao caso concreto deverá o juiz verificar se a situação à qual se pretende seja tutelada realmente se apresenta nos contornos que

Sobre o silogismo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior destaca que “se é realmente fácil identificar a premissa maior – o princípio ético vinculante para o comportamento: a justiça deve ser respeitada -, era extremamente difícil justificar e aceitar que o conflito descrito na premissa menor (*a ação x é injusta*) constituísse um caso particular contido na generalidade da premissa maior. Ou seja, a aceitação geral de que *a justiça deve ser feita nos leva*, por si, à premissa de que *a ação x é injusta* e, portanto, *deve ser rejeitada*. É preciso dizer o que é a *justiça* e provar *que a ação x é um caso de ação injusta*. Eis o problema da *subsunção*”¹⁴⁴. No acórdão citado, é imprescindível que o discurso judicial apresente as justificativas sobre os enunciados das premissas indicadas na decisão. Ou seja, na valoração da situação fática, principalmente, antes de qualquer coisa, deverá o juiz apreciar o conteúdo da própria premissa indicada como sendo a segunda, ou seja, deverá dizer, explicar, valorando as escolhas, porque entende que *os valores são indevidos e injustos*, e porque, nesse caso, constituem-se em óbices ao reconhecimento da mora do contratante (justificação da consequência jurídica que decorre da qualificação jurídica do fato). Como se percebe, o ato de julgar não possui nada de tão lógico, a não ser na aparência.

Portanto, é possível falar de silogismo somente depois de concluído o juízo, cujo esquema serve de racionalização na apresentação da sentença, para sua melhor compreensão

foi apresentada na inicial. Essa observação é importante porque não se trata de situação incomum, principalmente nas demandas de revisão de contratos bancários, muitas vezes porque o próprio advogado não verifica as peculiaridades do caso e se limita a apresentar uma inicial do tipo padrão, a parte solicitar a revisão de determinada cláusula contratual, quando a mesma já se encontra estabelecida no contrato dentro dos padrões que a própria parte quer que seja enquadrada judicialmente. Cita-se, como exemplo, o julgamento da apelação cível n. 70010120186, da Décima Sétima Câmara Cível do TJRS, no qual o relator entendeu que há falta de interesse de agir porque “em considerando que a multa contratual foi pactuada em 2% e os juros moratórios no patamar de 1% ao mês, não se verifica a necessidade e utilidade do recurso (*recitu*: da prestação jurisdicional) nesses aspectos, *já que as pactuações ocorreram no sentido pretendido pela parte*”. Portanto, na motivação, o juiz, ao afirmar que não há interesse processual em razão de as cláusulas contratuais já preverem os índices e as taxas que o contratante quer que sejam declarados como corretos, está, na verdade, analisando a situação fática (o contrato) que qualifica o litígio. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70010120186)

¹⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, *Introdução...*, p. 315.

como ato jurídico-processual. O que não significa compreender a motivação como atividade que seja produto de um raciocínio lógico-dedutivo. Por isso afirma-se que o juiz chega primeiro à solução do caso e depois reveste a decisão com uma logicidade fictícia, ou seja, o julgamento viria primeiro que a própria decisão¹⁴⁵. Todavia, o que menos importa é a ordem cronológica entre a decisão e a motivação daquela na mente do julgador. Aliás, não é incomum que o juiz já tenha sobre determinada matéria uma solução sobre o caso, em linhas gerais, e, após, justifique a decisão que já era um dado antecedente em sua mente, adequando-a às especificidades do caso concreto.

Concluindo, entendemos que a sentença possui, de fato, uma estrutura silogística independentemente do raciocínio jurídico desenvolvido pelo julgador para encontrar a decisão no caso concreto, uma vez que o convencimento judicial está retratado na motivação. Trata-se de um silogismo que é necessário para a própria racionalização da sentença, a qual, na sua estrutura interna, deve ser clara, expressa, coerente e *lógica*.

2 Conteúdo mínimo da motivação

A motivação como garantia constitucional e obrigação imposta ao juiz foi concebida como instrumento necessário para o válido exercício do poder jurisdicional. Vale dizer, a motivação constitui-se em instrumento de legitimidade de uma das funções do Estado Democrático de Direito, que não mais permite o exercício arbitrário da jurisdição nem admite a possibilidade de ser o processo julgado de acordo com critérios arbitrários e irracionais¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Nesse sentido, COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 100.

¹⁴⁶ TARUFFO, La motivazione, p. 259.

Todavia, ainda que a importância da motivação se apresente como uma questão já assimilada em nível doutrinário e jurisprudencial, o que mais preocupa é que na prática judiciária não se desenvolve um sentido uniforme sobre o conteúdo da motivação, sendo comum as afirmações genéricas de que a fundamentação, embora concisa, cumpriu seu papel de garantia¹⁴⁷. Ocorre que não é esclarecido o que seria uma fundamentação concisa, deficiência que faz surgir inúmeras dúvidas sobre a definição completa do fenômeno. Ou seja, não é ainda de domínio comum o conhecimento e uma definição sobre o que seja o conteúdo mínimo da motivação, ou sobre quais os requisitos substanciais que devem estar presentes na motivação para que sejam satisfeitas as suas exigências técnicas, de controle das partes, e de garantia, de interesse da coletividade.

A própria escassez normativa se encarrega de dificultar o estudo sobre aquilo que poderia ser definido como a essência da motivação. De fato, as regras processuais do nosso ordenamento jurídico pouco esclarecem a respeito da estrutura da motivação. O Código de Processo Civil limita-se a disciplinar o modelo de sentença e apresenta os requisitos mínimos para se ter como válido esse ato processual. Todavia, em nenhum momento estabelece qual deveria ser o conteúdo mínimo da motivação para que esta possa ser considerada como suficientemente motivada. Já a Constituição Federal impõe que todas as decisões devam ser motivadas sob pena de nulidade, nada esclarecendo sobre o conteúdo da motivação. Todavia, uma ressalva deve ser feita, pois ao mesmo tempo em que se acusa a dificuldade, ou a quase impossibilidade, de se adotar o modelo lógico-dedutivo como raciocínio jurídico na atividade

¹⁴⁷ Exemplo desta indefinição encontramos no julgamento da Apelação Cível n.70009844507 da Décima Terceira Câmara Cível do TJRS, ocasião em que o órgão colegiado, ao analisar a preliminar de nulidade da sentença por falta de fundamentação, singelamente declarou que “*a sentença prolatada foi suficientemente fundamentada, incorrendo qualquer nulidade*”, sem explicitar por que entendeu que a sentença estava suficientemente fundamentada e por que razão estaria afastado o vício que a comprometeria. Conforme se observa, o Tribunal nada disse sobre a preliminar, estando sua própria decisão sem motivação.

de aplicação do direito, considerando-se a complexidade da vida social, e em decorrência a impossibilidade de o legislador prever todas as realidades fáticas da vida em sociedade, também não se poderia esperar que o Código de Processo, ou a Constituição Federal - muito menos esta, para não ser prolixa - pudessem estabelecer regras precisas sobre o conteúdo mínimo da motivação e esclarecer em que consistiria a suficiência de fundamentação de uma decisão judicial. A complexidade inerente à atividade de julgar, muitas vezes ampliada por situações dramáticas da vida social, impede que o legislador ingresse nesse terreno. Entendemos, pois, que fez bem o legislador ao não impor regulamentação sobre o conteúdo da motivação, pois não se imaginam quais critérios poderiam ser utilizados para classificar o que seria uma sentença com motivação concisa, ou seja, quais critérios seriam eleitos para estabelecer a diferença entre insuficiência e concisão da fundamentação¹⁴⁸.

Entretanto, algumas considerações poderão ser feitas para se identificar o que constitui o objeto do dever de motivar. Não se trata de examinar a forma lingüística de que se reveste a motivação nem o seu estilo literário, para se conhecer o *estilo* da sentença, dados esses que são de menor importância no estudo da garantia, embora não se desconheça que a linguagem utilizada pelo julgador tenha importância para o âmbito do processo e para possibilitar uma melhor compreensão do conjunto da “obra”, visto que é inegável a exigência de que a motivação esteja transcrita de forma clara na sentença. O que importa para o estudo da motivação é estabelecer pressupostos concretos de extensão, adequação, correção lógica e correspondência do conteúdo justificativo com os dados do processo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ De acordo com esse raciocínio, Maria Thereza Gonçalves Pero esclarece que “o pensamento humano é muito complexo, para não dizer a coisa mais complexa que se possa imaginar, e qualquer conclusão dificilmente é obtida a partir de um único juízo” (PERO, *A motivação...*, p.74).

¹⁴⁹ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 174.

No dizer de Antônio Magalhães Gomes Filho, para a identificação da estrutura da motivação, impõe-se uma abordagem prescritiva e sucessivamente teórica, na medida em que se pretende estabelecer o que deve ser a motivação, e, como consequência, delinear um modelo de fundamentação que possa atender, de forma mais completa, ao sentido de exigência constitucional¹⁵⁰.

A consideração inicial necessária quando se trata de abordar o tema da obrigação de motivar as decisões judiciais diz respeito ao comando expresso na Constituição Federal. Quando o artigo 93, IX, da CF, estabelece que *todas as decisões devem ser fundamentadas*, não apenas expressa um sentido de extensão desse dever; mais do que isso reconhece apenas um único modelo de decisão judicial – a decisão fundamentada. Logo, para se compreender a estrutura da motivação, ou qual seu conteúdo, imperioso se compreenda o sentido que lhe foi dado no texto constitucional. Dessa forma, não basta uma sentença cuja fundamentação apenas indique que a melhor solução para a causa é a aplicação da norma *x*. É necessário que o julgador apresente as razões pelas quais entendeu que a norma *x* é a que melhor soluciona a causa. Do contrário, motivação verdadeiramente não existirá.

A par disso, para fazer valer sua essência de garantia, a motivação deve conter alguns requisitos substanciais, entre os quais citamos:

A *inteireza*: quando a Constituição Federal estabelece que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade, não apenas quer deixar claro que qualquer decisão deve ser motivada, mas, também, no espírito da norma, prescreve que “todo” o provimento deve ser justificado. Ou seja, deve haver integridade de motivação. E assim se

¹⁵⁰ Ibidem, p. 108.

entende porque inquestionável que a atividade de julgar é complexa, como muitas vezes salientado neste trabalho, e por esta razão apresentam-se para o julgador diversas questões particulares, ou por alguns classificadas como pontos prejudiciais, de acordo com a espécie de demanda apresentada e os pedidos formulados, as quais exigem particular definição, ou particulares decisões no âmbito do raciocínio jurídico. As particulares decisões sobre estas questões, por certo, devem ser fundamentadas.

Sobre esse requisito, afirma Taruffo que “há inteireza (*completezza*) da motivação em relação a uma questão decidida quando o juiz enuncia, além das premissas e dados relevantes para a decisão, as regras de escolha com base nas quais a decisão mesma pode considerar-se uma consequência válida de tais premissas ou do critério de decisão”¹⁵¹. Dessa forma, a cada deliberação parcial do julgador, haverá necessidade de justificação. Assim, para que seja considerada *completa*, a motivação deve cobrir toda a área decisória, devendo ser objeto de justificação todos os elementos estruturais de cada particular decisão, como a escolha e interpretação das normas, os diversos estágios de averiguação dos fatos, a qualificação jurídica dos fatos, a valoração das provas produzidas e as consequências jurídicas que derivam da decisão¹⁵².

A *dialética*: “o processo, instrumento da jurisdição que é, é eminentemente dialético e fundado no princípio do contraditório, um dos pilares do devido processo legal”¹⁵³. Por meio do contraditório assegura-se às partes “o direito à consideração das razões deduzidas em juízo, compreendido na pretensão à tutela jurídica.”¹⁵⁴. Por seu turno, conforme ensina

¹⁵¹ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 451

¹⁵² *Ibidem*, p. 450.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 11.760/DF. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 11 maio 1993.

¹⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163.301/AM. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 21 out.1997.

Taruffo, o direito à prova compreende o direito à utilização de todas as provas disponíveis, o direito à aquisição de provas já admitidas, o direito ao contraditório sobre as provas produzidas e o direito à valoração das provas realizadas¹⁵⁵. Com essas assertivas, quer-se demonstrar claramente que o processo civil se realiza, com o objetivo da busca da solução justa ao caso concreto, não apenas com a atividade monóloga do magistrado, mas, sim, e principalmente, por meio da participação das partes¹⁵⁶. Dessa forma, na motivação encontra-se o mecanismo de verificação acerca da intensidade da estrutura dialética do processo, o que significa dizer que o juiz, no ato de decidir, deverá levar em consideração (valorar) todos os elementos potencialmente úteis à decisão, entre os quais se incluem os introduzidos pelas partes. Ou seja, todos os dados trazidos à discussão pelos interessados na causa, com a finalidade de influenciar no convencimento judicial, deverão ser considerados pelo juiz, revelando-se no discurso justificativo o caráter dialógico do procedimento.

Em sua potencialidade prática, o requisito da dialeticidade tem importância na apreciação dos fatos, principalmente no que diz respeito à atividade probatória, quando deverão ser levadas em conta pelo julgador todas as provas e alegações fornecidas pelas partes. Em consequência, não é possível simplesmente ignorar as eventuais provas que foram produzidas e que servem de sustentáculo à tese contraditória de uma das partes. O juiz deverá, sim, apresentar as razões pelas quais entendeu que tais provas não foram aceitas para comprovar as afirmações sobre a causa em julgamento.

De acordo com os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira,

¹⁵⁵ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 77-106, 1984.

¹⁵⁶ Sobre a dialética no processo e a participação ativa das partes e do juiz na condução do processo, ver o excelente artigo de OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 59, p. 309-318, 1993.

a lei quer que nós analisemos as questões de fato, isto é, procedamos ao exame discriminado, específico, das várias provas que foram colhidas e expliquemos o motivo do maior ou menor peso que acabamos de atribuir a cada uma delas. Não basta dizer: 'Fiquei convencido de que tal fato ocorreu', ou 'Não fiquei convencido de que tal fato ocorreu'. Para cumprir a lei, e para ser fiel à nossa missão, é necessário dizer algo mais: porque me convenci, ou porque não me convenci, de que o fato ocorreu, ou de que o fato não ocorreu. Isto só podemos fazer analisando a prova.¹⁵⁷

A *racionalidade*: a racionalidade que aqui importa é a interna, ou seja, a racionalidade lógica da motivação. Exige-se, pois, que na atividade complexa do ato de julgar a justificação das diversas escolhas operadas pelo juiz se apresente em forma de um discurso sem contradições. Quanto ao requisito da racionalidade interna da motivação, em primeiro lugar, exige-se que não haja contradição entre as várias proposições feitas ao longo do discurso justificativo, pois esta é a forma mais elementar de racionalidade lógica. Também é possível falar em uma coerência contextual, por meio da qual a motivação, globalmente considerada, não deve conter argumentos ou afirmações incompatíveis ou contraditórias a respeito do mesmo objeto, ainda se apresentadas em lugares distintos do discurso¹⁵⁸.

Considerando que tais requisitos são substanciais, ou seja, devem ser observados pelo juiz no momento de decidir sobre as diversas questões compreendidas na causa posta em julgamento, sem os quais poder-se-á sustentar alguma forma de vício da motivação, ainda resta definir o conteúdo mínimo da garantia em questão. Para tanto, valhamos-nos mais uma vez dos ensinamentos de Taruffo, para quem o conteúdo mínimo da motivação compreende, em síntese: **a)** a enunciação das escolhas realizadas pelo órgão judicial para: a1) individualizar as normas aplicáveis; a2) realizar o accertamento dos fatos; a3) qualificar juridicamente o suporte fático; a4) determinar as conseqüências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica

¹⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abril/junho 1984.

¹⁵⁸ TARUFFO, *La motivazione...*, p. 272 e 566.

dos fatos; **b)** a explicitação dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; **c)** a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz sido racionalmente correta¹⁵⁹.

Desde que atendidos os requisitos substanciais e presentes os elementos mínimos que compõem o dever de motivar as decisões judiciais, pode-se afirmar que a motivação é completa, vale dizer, sem a presença de vícios que possam levar à nulidade do ato decisório. Todavia, ao se alertar sobre os vícios da motivação, novamente nos deparamos com o núcleo do problema suscitado, qual seja, a questão de se poder identificar quando e como uma decisão judicial está devida ou suficientemente motivada. Em outras palavras, há ausência de uma base teórica, voltada para a resolução de situações práticas, que possa identificar quando uma determinada motivação é suficiente e completa. E embora a doutrina mais autorizada no assunto possa apresentar os elementos que constituem a base teórica, que são necessários para identificar uma decisão suficientemente motivada, fica difícil na prática realizar as infinitas inferências para atestar que a decisão exteriorizada, fruto do convencimento judicial acerca do acerto dos fatos e da aplicação do direito, observou o conteúdo mínimo da motivação.

Portanto, embora se possa teoricamente relacionar os elementos que constituem o conteúdo mínimo da motivação de uma decisão, conforme acima transcritos, na esteira dos ensinamentos de Taruffo, a questão é que o problema é de difícil definição, razão pela qual tanto doutrina quanto a jurisprudência contentam-se em identificar os vícios da motivação por meio de uma aferição negativa. Em outros termos, o problema dos vícios da motivação costuma ser abordado quando: a) a decisão não está fundamentada, o que equivale a inexistência total de motivação; b) uma questão prejudicial ou um dos pedidos não foram

¹⁵⁹ Ibidem, p. 467.

fundamentados, ou seja, há uma falta parcial de motivação, ou também vista como motivação insuficiente; c) a motivação decorre da adoção das razões de decidir expendidas pelo Ministério Público ou por uma das partes, também conhecida como motivação *per relationem*¹⁶⁰.

Enfim, a prática demonstra que determinados vícios da motivação não têm merecido a adequada reprovação dos tribunais superiores, os quais consagram uma forma menos ortodoxa de atendimento da garantia constitucional, quiçá por uma questão de política judiciária que visa impedir a avalanche de recursos nos quais se alega a nulidade da decisão. O exemplo típico da motivação *per relationem* consagra essa opinião e alimenta a prática do “empenho justificativo significativamente reduzido”, o que é perigoso sob o ponto de vista da necessidade de racionalização das decisões judiciais, pois conforme já escrito em diversas passagens do trabalho, a exigência da motivação é garantia que circunscreve o arbítrio judicial.

Assim, do ponto de vista prático, a lacuna justificativa contida na decisão, embora resolvidas todas as questões submetidas a julgamento, pode conter um vício de motivação grave, porquanto não observado em relação a esta o seu conteúdo mínimo. Citam-se os casos de pseudo motivação ou de motivação fictícia, caracterizadas, no exame dos fatos, pela mera referência às provas, não examinadas nem valoradas de modo específico e em respeito ao contraditório, do qual decorre o direito das partes à valoração das provas pelas quais

¹⁶⁰ Vale ressaltar que a jurisprudência brasileira é tolerante com relação a esta espécie de motivação, pelo menos no que se refere à adoção, pelo tribunal, das razões do ato judicial precedente. Assim, para o magistrado de primeiro grau é acertadamente reconhecida a nulidade da sentença quando adota, como motivação da decisão, as razões do Ministério Público ou de uma das partes. Todavia, o entendimento da jurisprudência admite que o órgão judiciário de grau superior possa adotar, como razões de decidir, os fundamentos do órgão inferior, o que não é correto uma vez que nessa espécie de decisão verdadeiramente não há uma resposta às argumentações invocadas pelo recorrente, violando-se o direito do apelante de ver solucionadas suas teses posta na apelação (nesse sentido o julgamento da apelação n. 70006828552, do Tribunal de Justiça do RGS, ocorrida em 10.09.2003).

fundamentam suas teses; e no exame dos aspectos jurídicos pela mera indicação de princípios gerais ou precedentes jurisprudenciais, sem que sejam examinados e discutidos para o caso concreto. Também sob o aspecto da omissão relevante no discurso jurídico, o vício pode consistir na falta de indicações das premissas em que se esteia o argumento que tem como conclusão a decisão sobre um ponto decisivo no litígio. Ou ainda, pode consistir o vício na falta de fundamentação quanto à decisão acerca das conseqüências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato, embora essa esteja devidamente fundamentada.

Compreendemos, pois, que os vícios mencionados não constituem uma mera questão de estilo ou técnica de redação, mas, sim, envolvem um problema relacionado com a validade da decisão. Importa registrar, em conclusão, que, de forma genérica e teórica, é possível indicar os elementos que identificam o conteúdo mínimo da motivação, mas na prática, dada a diversidade de situações, associada à complexidade do ato de julgar, há uma notória dificuldade de identificar os vícios da motivação.

3 Motivação dos enunciados fáticos e jurídicos.

Delineadas as notas essenciais acerca do conteúdo mínimo da motivação, cabe então apresentar os enunciados essenciais que exigem justificação. Fundamental estabelecer que na motivação de toda decisão judicial¹⁶¹ há um conteúdo mínimo de enunciados e escolhas que

¹⁶¹ Significa dizer que em qualquer provimento judicial é necessário que o juiz exponha as razões que o levaram a tomar determinada decisão, o que inclui o dever de motivar as decisões interlocutórias, muito presentes na atividade jurisdicional, haja vista a inovação substancial no processo de conhecimento com a inclusão legislativa da chamada antecipação de tutela. O mesmo ocorre com as sentenças que extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que impõe ao magistrado que apresente as razões para ter chegado a essa espécie

deverão ser observados no discurso judicial de justificação, no qual compreende-se a tarefa de apreciação dos fatos e a atividade de interpretação e aplicação do direito, para os quais serão dedicados os capítulos VI e VII, respectivamente. Sobre o tema, vale retomar a lição de que a atividade de valoração dos fatos e aplicação do direito não é mais qualquer coisa de mecânico e objetivamente determinado¹⁶²; pelo contrário, resulta de um conjunto complexo de escolhas e valorações, atividade esta que somente pode ser qualitativamente apta a encontrar uma solução justa para o caso se o juiz realizar a tarefa de interpretar o sistema jurídico visualizando-o como um sistema aberto, não se limitando a extrair dele passivamente a decisão, mas, sim, criando a norma para o caso concreto valendo-se, para tanto, de uma interpretação axiológica dos princípios, regras jurídicas e valores, num incessante balanceamento hierárquico e de aplicação ao caso concreto.

Equivale a dizer que no Estado Democrático de Direito não há mais espaço para a concepção de sistema jurídico caracterizado na idéia de que o direito posto, por ser fruto da representação legislativa, e, por proclamar formalmente direitos e garantias individuais, seria suficiente para a solução dos conflitos. Por isso, a necessidade de uma nova metodologia, de um novo pensar jurídico, voltados para solucionar os conflitos complexos de uma sociedade pluralista, exigiu, também, a consideração na interpretação e aplicação do direito de fatores que até então eram considerados como ajurídicos¹⁶³.

No âmbito da aplicação do direito, o juiz não pode ficar preso a um modelo rígido de interpretação. Esta, na linguagem de Juarez Freitas, “deve ser entendida como uma operação

de decisão. Todavia, o tema sobre as classificações dos provimentos jurisdicionais que exigem motivação não será objeto de estudo.

¹⁶² TARUFFO, Il significato..., p. 43.

¹⁶³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação jurídica: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhe o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação”. Como consequência, permitir-se-á evidenciar que há hierarquia (não inteiramente *a priori*) entre os princípios, avultando os que servem de fundamento da Constituição. Por outro lado, impõe-se ver, desde logo, que toda interpretação sistemática é, de certo modo, interpretação constitucional, subordinada qualquer norma aos direitos fundamentais e aos princípios superiores da igualdade e da justiça, entre outros de mesma estatura. Nessa linha de pensamento, a postura jurídico-interpretativa do juiz não pode ser outra a não ser aquela em que seja respeitada a noção de que os valores normativos da Constituição têm de servir como critério de permanente avaliação, estando à base de toda aplicação judicial e fundamentando-a, consciente ou inconscientemente¹⁶⁴.

Já no âmbito da valoração probatória, a motivação tem especial importância na atividade do juiz quando determina a existência dos fatos da causa (decisão de prova) e as consequências dos fatos provados na causa (decisão de escolha das consequências). A atenção que será dada no trabalho diz respeito, também, sobre a noção da motivação como garantia dirigida ao juiz, no sentido do dever que lhe é imposto pelo sistema de garantias diretamente relacionadas com o devido processo legal, entre as quais avulta o direito à valoração das provas. Por meio da motivação é possível identificar se foram asseguradas, tanto no que se refere à participação das partes na produção das provas, como quando o julgador avalia o conjunto probatório, a efetiva consideração pelo julgador de todas as questões de fato que dizem respeito à causa em exame. Para que seja encontrada uma solução justa para o caso, deverá o julgador, antes de tudo, conhecer o material probatório trazido ao processo.

¹⁶⁴ FREITAS, *A interpretação...*, p. 80-82.

Conforme ensinamento de Kazuo Watanabe, a cognição “é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*”¹⁶⁵.

Ainda em relação à apreciação dos fatos, importa considerar a função instrumental da motivação em relação às demais garantias processuais, o que ocorre no âmbito interno do processo. Nessa perspectiva, a motivação pode ser encarada como a garantia das garantias, uma vez que é por meio dela que, na prática, poderá ser investigado se as demais garantias processuais foram observadas pelo julgador na sua atividade de valorar todas as questões de fato suscitadas.

Para os fins desta exposição, parece útil a distinção realizada pela doutrina, como forma de explicar a estrutura da motivação, entre *motivação dos fatos* e a *motivação do direito* como os dois importantes momentos da atividade do discurso judicial que compõem o dever de fundamentar as decisões judiciais. Todavia, desde já deve restar esclarecido ser impossível desprezar a circunstância de que existem mútuas interferências entre as diversas etapas da atividade decisória, ocasionadas pela ingerência de valores e regras jurídicas no ato de apreciação fática, pois de forma alguma quando da valoração das provas o juiz fica alheio às regras que disciplinam o procedimento probatório.

Visto o fenômeno dessa forma, para melhor compreendê-lo, a motivação das decisões judiciais constitui-se na parte do julgado que deve conter a exposição das razões referentes à valoração dos fatos relevantes para a solução da causa, o que importa revelar a forma pela

¹⁶⁵ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 36.

qual foi valorado o material probatório (primeiro momento), e, ainda, a exposição das razões jurídicas do julgamento (segundo momento)¹⁶⁶. Nessa perspectiva, a motivação pode ser compreendida como um discurso de justificação acerca das valorações fáticas e jurídicas que determinaram a formulação da norma jurídica concreta a disciplinar o “problema” submetido à apreciação judicial. Ou, como prefere Antônio Magalhães Gomes Filho, na motivação de direito cuida-se da apresentação dos argumentos que procuram demonstrar a justiça, correção, validade etc. das prescrições que o juiz extrai do ordenamento jurídico para a solução da hipótese submetida a julgamento (escolha da norma, interpretação, superação das lacunas e antinomias); na motivação de fato trata-se de aduzir razões sobre a verdade, probabilidade, verossimilhança etc. de uma afirmação sobre cada um dos acontecimentos históricos postos como base da decisão¹⁶⁷.

Embora no trabalho a valoração fática e jurídica tenham sido estudadas separadamente, não quer isso significar que sejam questões efetivamente independentes, que não haja entrelaçamento de uma com outra, na dinâmica de interpretação e aplicação do direito, como preconizava o modelo silogístico de subsunção do fato à regra jurídica. Conforme esclarece o Prof. Danilo Knijnik “a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, em que se circula das premissas menores às maiores, diversas vezes e sucessivamente, até se conformarem fato e direito naquilo que, apenas descritivamente, ou seja, em sua forma ou aparência externa será um silogismo. Aqui, a formulação do juízo de fato e do direito a aplicar são conjunta e reciprocamente elaborados, um exercendo grande

¹⁶⁶ Anota Humberto Theodoro Júnior que “não há uma seqüência obrigatória entre o exame do fato e do direito. Dada a complexidade e a interpenetração de temas que comumente se notam nas questões judiciais, muitas vezes, para a elucidação dos fatos, opera-se a resolução dos pontos controversos sobre a norma aplicável e seu devido entendimento. Por isso, em alguns casos, o juiz faz preceder a *quaestio júris* à *quaestio facti*, enquanto em outros é o inverso que se dá. Hipóteses ainda surgem em que se opera concomitantemente a resolução das questões de fato e de direito, tal o entrelaçamento íntimo que apresentam”. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 463).

¹⁶⁷ GOMES FILHO, A *motivação...*, p. 129-130.

influência sobre o outro, num intenso movimento da norma ao fato, do fato á norma, até chegar-se ao produto final”¹⁶⁸.

O estudo separado da valoração dos fatos e do direito segue, pois, uma opção meramente metodológica, para facilitar a compreensão e os objetivos do trabalho.

¹⁶⁸ KNIJNIK, Danilo. *Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível o controle*. Rio de Janeiro: Revista Forense, , v. 353, p. 14-52.

VI A MOTIVAÇÃO NA APRECIÇÃO DOS FATOS

1 Notas introdutórias

De acordo com Michele Taruffo, o devido processo legal constitui-se em um dos três elementos ou requisitos básicos e necessários para que se possa chegar a uma *decisão justa*. Os demais referem-se à correção na escolha e na interpretação da norma jurídica aplicável ao caso concreto e a “reconstrução, tão quanto possível, dos fatos relevantes do caso”¹⁶⁹, embora se possa compreender perfeitamente que o devido processo legal manifesta-se inteiramente nestas duas atividades judiciais. Assim, no que diz respeito à apreciação dos fatos, realiza-se durante o trâmite processual uma atividade que podemos denominá-la de procedimento probatório, por meio do qual tanto as partes como o juiz exercem iniciativas próprias no campo das provas, cujo objetivo em comum é a formação do convencimento judicial acerca da fixação dos fatos da causa, possibilitando uma correta qualificação jurídica da situação fática, fator necessário para se chegar à *decisão justa* para o caso.

Diante das inúmeras decisões judiciais proferidas durante o curso de um processo, a funcionalidade da motivação não se limita apenas em servir de garantia para o efetivo respeito dos princípios inerentes ao devido processo legal, entre os quais se destaca o princípio do contraditório. Sem desprezar a importância da motivação como instrumento para assegurar a funcionalidade das garantias do devido processo legal, é na relação interna do processo, protagonizada entre as partes e o julgador, que tem relevância o chamado princípio do direito

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 2, p. 315-328, 1997, p. 319.

à prova, o qual compreende: a) o direito à utilização de todas as provas disponíveis e legítimas; b) o direito ao conhecimento das razões que limitam a eficácia desse princípio; c) o direito à aquisição das provas já admitidas; d) o direito ao contraditório sobre as provas produzidas e; e) o direito à valoração das provas realizadas. Todas essas manifestações do direito à prova ocorrem no chamado procedimento probatório, cujo ato culminante no processo se dá com a valoração das provas produzidas, atividade de competência exclusiva do juiz. E é para assegurar o efetivo direito à prova que a motivação se mostra indispensável, uma vez que funciona como antídoto contra o puro subjetivismo do julgador. Ou seja, é por meio da exteriorização das particulares decisões proferidas no curso do procedimento probatório que se pode conhecer o raciocínio desenvolvido que orientou a conclusão a respeito da situação fática, permitindo-se o controle sobre a correção das escolhas realizadas.

Considerando que na experiência judiciária é muito pequeno o número das causas que podem ser julgadas à luz da solução de puras questões de Direito, a grande dificuldade do julgador consiste na apreciação das questões de fato. Isto porque, em razão de não poder valorar seu conhecimento pessoal e direto dos acontecimentos (não sendo possível admitir seu agir como testemunha e julgador da causa), o juiz somente tem acesso aos acontecimentos fáticos relatados no processo por meio da prova. Justifica-se, assim, a advertência de José Carlos Barbosa Moreira, para quem, em tema de procedimento probatório, a maior dificuldade consiste, as mais das vezes, na reconstituição dos fatos, de forma que se pode muito bem compreender que a prova seja a encruzilhada decisiva do processo. Ainda segundo o jurista citado, é essencialmente através de três momentos sucessivos que se desenvolve, na sua substância, a atividade do juiz em matéria de prova: o concernente à determinação da prova, à realização da prova e à valoração da prova¹⁷⁰.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, O juiz..., p. 178-179.

Cabe ressaltar, portanto, que no concernente à estrutura da motivação na apreciação dos fatos da causa o discurso justificativo judicial é extremamente complicado. Por um lado, porque ainda permanecem vivas as restrições quanto à possibilidade de se reconhecer ao juiz poderes instrutórios, sob o argumento de que o princípio dispositivo¹⁷¹ o impede de determinar provas de ofício, além de que essa tarefa pode comprometer sua imparcialidade¹⁷². Por outro, porque os juízes, não raramente, têm certa predileção pela análise das questões de direito, as quais se apresentam mais sedutoras para a construção de uma tese jurídica, como se a parte mais significativa do julgado fosse a apreciação da causa sob o aspecto exclusivamente jurídico e que ao final de tudo o que mais importa é a interpretação e aplicação do Direito. De fato, é inegável que, geralmente, o juiz demonstra um apetite menor pela análise e valoração das questões de fato, o que se explica de certa forma pelo significado mais aceito entre os operadores do direito de que a atividade jurisdicional consiste na aplicação da norma legal ao caso concreto. Por isso, constata-se a relativa indiferença da doutrina e dos aplicadores do direito em relação ao julgamento sobre os fatos. Essa realidade, porém, não se justifica, pois se reconhece que a atividade de apreciação dos fatos seja não somente tão importante quanto à apreciação das questões de direito, como também porque é justamente na apreciação das questões de fato que se apresenta com maior amplitude a discricionariedade do julgador, razão pela qual devemos realçar a importância da motivação nessa atividade, para possibilitar um efetivo controle sobre as decisões tomadas pelo juiz no que se refere à apreciação fática.

¹⁷¹ Explica José Carlos Barbosa Moreira que a expressão “princípio dispositivo” é, muitas vezes, utilizada de forma equivocada, em razão de historicamente estar vinculada à idéia da disponibilidade das relações jurídicas que se discutem no processo. Adverte, entretanto, que se a parte tem o poder de dispor de seu direito, no sentido de ser livre na decisão de iniciar ou não um processo para postula-lo, não significa necessariamente que possa dispor da relação jurídica processual, que vive sob o signo publicístico, de forma que não possuem as partes o monopólio na produção das provas, não possuindo, dessa forma, nenhum poder de disposição sobre o poder do juiz de averiguar o fato (Ibidem, p.180).

¹⁷² A questão sobre os poderes instrutórios do juiz e o princípio da imparcialidade foi tratada no item “3.2” do capítulo IV deste trabalho.

Em decorrência, a problemática da apreciação dos fatos, numa síntese que sugere correções, revela-se mais acentuada se observarmos que no curso do procedimento processual, em vários momentos, será testada a cooperação entre as partes e o juiz com a finalidade de se chegar a uma conclusão sobre a verdade factual, embora a verdade que realmente se possa atingir seja reduzida, não porque os operadores do direito se satisfazem simplesmente em atingir uma reduzida parcela da verdade sobre os fatos, mas, sim, porque o próprio sistema jurídico e a falibilidade humana impedem se atinja a verdade absoluta (dita *real* por alguns processualistas). E a efetiva relação dos sujeitos do processo na busca da verdade será aferida por meio da motivação de todas as particulares opções assumidas pelo juiz no curso do procedimento probatório, o que implica a necessidade de justificação das decisões sobre a admissibilidade, pertinência ou relevância das provas e, principalmente, aquelas relacionadas ao momento final de valoração do material probatório reunido no processo¹⁷³. Basta lembrar que embora o artigo 332 do nosso Código de Processo Civil estabeleça que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, sejam hábeis para provar a verdade dos fatos, não é incomum que no curso do processo o juiz haja de decidir sobre o pedido de provas feito pelas partes. E tal decisão exige fundamentação, não só porque a parte requerente tem o direito de saber por que razão a prova foi indeferida, mas também porque, em contrapartida, a parte contrária necessita saber por que foi deferida determinada prova solicitada por seu adversário, pois a prova buscada poderá se mostrar, no caso concreto, completamente desnecessária, protelatória ou irrelevante, o que poderia configurar violação ao princípio da celeridade processual pelo não impedimento de dilações indevidas, com violação ao artigo 131 do Código de Processo Civil.

¹⁷³ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 150

Ainda no aspecto da valoração da prova, que é a fase final do procedimento probatório, incumbe ao juiz demonstrar as razões pelas quais não somente levou em conta determinadas provas para a formação do seu convencimento, mas também porque motivos as demais provas não serviram para tal fim, uma vez que o direito à prova significa, também, o direito de que todas as provas produzidas sejam valoradas. E esse direito articula-se com a regra do livre convencimento judicial no plano probatório, exigindo exteriorize o juiz as razões que determinaram a escolha do material probatório considerado na decisão. Trata-se da motivação do juízo de fato, porquanto livre convencimento não se confunde com a regra da convicção íntima, sem parâmetros de razoabilidade, nem significa em absoluto liberdade de prova, mas, sim, respeito à ausência de vínculos quanto à valoração do conjunto probatório obtido e introduzido no processo segundo critérios de legalidade e racionalidade¹⁷⁴.

Em conclusão, o significado do livre convencimento no campo da apreciação dos fatos pressupõe uma efetiva liberdade do juiz na valoração das provas, porém racionalizada, devendo ser exercida de acordo com certos parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras da experiência comum e por regras jurídicas. Sobretudo, deve haver nexo entre convencimento judicial e as provas produzidas, pois livre convencimento significa, antes de tudo, convicção fundamentada e sujeita a controle¹⁷⁵.

2 Motivação e valoração das provas

¹⁷⁴ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 150.

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 163.

2.1 O procedimento probatório

O procedimento probatório vem a ser a seqüência dos atos processuais relativos à prova, na forma prevista em lei e de maneira coordenada e concatenada.

Segundo João de Castro Mendes, a atividade probatória que se desenvolve no processo pode ser dividida em fases, alertando que não é possível uma divisão de fases em sentido cronológico, estanque e válida para todo e qualquer processo. São as fases da fixação do objeto da atividade probatória (o que se deve provar), a fixação dos meios de prova e a produção da prova¹⁷⁶. No mesmo sentido, o processualista gaúcho Ovídio Baptista da Silva destaca que são três os momentos da atividade probatória: aquele em que a prova é proposta, aquele em que é admitida pelo juiz e aquele em que é produzida¹⁷⁷.

Todavia, considerando que o procedimento probatório, na sua fase de intensa atividade das partes e do juiz, constitui-se em mecanismo de introdução das provas no processo para demonstração da convicção da verdade sobre a situação fática, assegurando-se às partes o concreto exercício de direitos, faculdades e prerrogativas tendentes a influenciar de modo positivo no convencimento judicial, há que se falar, necessariamente, de uma quarta fase. É a fase da fase da valoração das provas. Portanto, o procedimento probatório, formado pelas fases da proposição, admissão, produção e valoração das provas, tem por objetivo fornecer o material necessário à formação da convicção do juiz na apreciação dos fatos.

¹⁷⁶ MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. São Paulo: Ática, 1961, p. 193.

¹⁷⁷ SILVA, *Curso de...*, v. 1, p. 292.

Cabe registrar, no que interessa à delimitação do estudo sobre o procedimento probatório, que somente as três principais fases serão analisadas, quais sejam: a iniciativa probatória, a admissibilidade das provas e a valoração das provas¹⁷⁸. Outras questões, como o objeto da prova, se relacionado aos fatos ou a afirmação sobre estes¹⁷⁹, e a forma como são produzidas as provas, atividade regradada precisamente no Código de Processo Civil, não serão objetos de estudo, sob pena de extravasarmos os limites do trabalho.

2.2 A iniciativa probatória

Quando se fala em iniciativa probatória quer-se inegavelmente referir aos poderes de instrução probatória, ou seja, se a atividade de introdução da prova no processo é de exclusiva responsabilidade das partes, ou, se além da atividade destas, cabe atribuir ao juiz poderes instrutórios. É importante definir essa questão porque ainda há entre os operadores do direito os que entendem que “a proposição da prova consiste numa iniciativa *eminente das partes*, por meio da qual elas indicam os meios por que pretendem provar o alegado para obter a prestação jurisdicional desejada”¹⁸⁰. Aliás, no campo da jurisprudência ainda se percebe o entendimento de que a possibilidade de o juiz determinar, de ofício, a produção de provas é limitada à espécie de interesse veiculado na demanda¹⁸¹.

¹⁷⁸ Para José Carlos Barbosa Moreira, três são as fases pelas quais o juiz se relaciona com a prova ao longo do processo: fase da determinação da prova; fase da realização da prova e a fase da valoração da prova (BARBOSA MOREIRA, O juiz..., p. 178).

¹⁷⁹ É conhecida a polêmica sobre a definição do objeto da prova. Sentis Melendo, por exemplo, afirma que “os fatos não se provam; os fatos existem. O que se prova são as afirmações que poderão referir-se a fatos” (SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas de derecho probatorio*. Buenos Aires: [s.n.] 1978, p. 12).

¹⁸⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 34.

¹⁸¹ Nesse particular “tem o julgador iniciativa probatória quando presentes *razões de ordem pública* e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto *direito indisponível* (ações de

A objeção principal contra a iniciativa do juiz no campo probatório, que por muito tempo foi destacada por processualistas, refere-se ao princípio dispositivo, entendido como a conveniência de postular o direito por meio do processo. O princípio sempre esteve ligado, portanto, à disponibilidade das relações jurídicas que podem ser discutidas em processo judicial. Sendo reconhecida essa disponibilidade de pôr em juízo o fato litigioso, dispondo a parte de seu direito, então nada mais natural que a ela também se lhe atribua o exclusivo interesse de trazer para o procedimento as provas dos fatos. Essa concepção, claramente equivocada, conforme observa Barbosa Moreira, justifica-se em razão de que até bem pouco tempo atrás vivia o direito processual mergulhado numa atmosfera cultural marcada pelo individualismo¹⁸². Todavia, a consagração do individualismo em épocas passadas já não mais encontra razão de ser na atualidade, pois se é verdade que a parte pode dispor da relação jurídica de direito material, não menos verdade que a função jurisdicional é manifestação de uma das atividades típicas do Estado, portanto, manifestação de poder; logo, possui caráter público e por isso é indisponível. Com razão, portanto, Jose Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que “o princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos”. E ao defender o reconhecimento de poderes instrutórios ao juiz ensina que “a participação do juiz na produção da prova, ao contrário do que se acostuma afirmar, contribui sobremaneira para proporcionar uma real igualdade entre as partes do processo” e “desde que se preserve o contraditório efetivo e equilibrado, nenhum risco apresenta, para a imparcialidade do julgador, essa participação mais ativa”¹⁸³.

estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica e sócio-cultural entre as partes” (STJ-RT 729/155)

¹⁸² BARBOSA MOREIRA, O juiz..., p.179.

¹⁸³ BEDAQUE, *Poderes instrutórios...*, p. 158.

Na mesma linha de raciocínio, ensina Carlos Alberto Alvaro de Oliveira que “a aplicação do princípio do dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçando a contentar-se passivamente com a versão trazida pelas partes”¹⁸⁴.

Sobre o risco da parcialidade, José Carlos Barbosa Moreira esclarece:

que os verdadeiros modos de exorcizar o fantasma da parcialidade consistem, sobretudo, em submeter a atividade do juiz à observância do princípio do contraditório, em impor ao juiz o dever de realizar a atividade de instrução sob a égide do contraditório, e proibi-lo de levar em conta na sua decisão qualquer elemento probatório colhido sem que as partes tivessem a oportunidade de participar, tanto quanto possível, da colheita, ou pelo menos, de manifestar-se sobre os resultados obtidos. E também, e principalmente, o dever da motivação.¹⁸⁵

Outro obstáculo ao reconhecimento da participação do juiz quanto à iniciativa probatória, sugerido pela doutrina, diz respeito às regras do ônus da prova. Sustenta-se que a lei atribui às partes o ônus de provar os fatos que lhes possam aproveitar, e se porventura não produzem as provas de suas alegações, não resta ao juiz outra alternativa senão a aplicação das regras do artigo 333 do Código de Processo Civil. A tese, embora sedutora, não retrata a verdadeira funcionalidade do chamado ônus da prova, cujas regras são aplicadas pelo juiz por ocasião da sentença e são destinadas a suprir a chamada ausência de comprovação dos fatos. Ou seja, as regras do ônus da prova não podem ser invocadas em momento anterior ao julgamento da causa, uma vez que destinadas para serem aplicadas em relação aos fatos que não resultaram provados. Sendo assim, não impedem o poder de o juiz determinar *ex officio* a realização de quaisquer provas, e considerando que ao julgador é proibido adotar a regra do

¹⁸⁴ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p.135.

¹⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, *O juiz...*, p. 181.

non liquet, como ocorria no velho Direito Romano, o ônus da prova constitui-se na última solução para a causa, a tábua de salvação que a lei atira ao juiz, quando este se depara com a inexistência de elementos de prova para formação do juízo de convencimento sobre os fatos da causa¹⁸⁶.

Disso tudo resulta inquestionável que para ser atingido o propósito do processo como instrumento da prestação jurisdicional, qual seja, a obtenção de uma decisão justa, necessário é o reconhecimento da ampla participação do juiz na construção do conjunto probatório, atividade que pressupõe seja observada uma relação dialética com as partes, de modo a ampliar o quadro de análise na apreciação dos fatos, favorecendo a formação de um juízo mais aberto e ponderado.¹⁸⁷ O próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 130, prevê expressamente a iniciativa do juiz na produção das provas ao estabelecer que “caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis e meramente protelatórias”. Tais poderes são amplos, devendo os artigos 342, 343, 355 e 418, todos do Código de Processo Civil, ser interpretados como hipóteses exemplificativas de iniciativa probatória do juiz.

Concebida, pois, a natureza pública do processo, a investigação dos fatos por meio da prova também pode ser fruto da iniciativa do juiz, pois sua preocupação é com a justa composição do litígio estabelecido, não sendo mais tolerável a figura do juiz passivo e que encarava o processo como fenômeno exclusivo das partes. Em outros termos, de acordo com o Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no plano do direito processual, vinculado de modo inextricável ao próprio exercício da atividade jurisdicional, o interesse público exige seja prolatada a decisão apenas quando formada a convicção do juiz, assentada esta o mais

¹⁸⁶ BARBOSA MOREIRA, O juiz..., p. 181.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 139.

possível na verdade dos fatos, porque em exercício de tarefa própria de seu ofício, devendo o legislador estabelecer como se processará tal investigação, disciplinando do mesmo passo os poderes instrutórios do juiz¹⁸⁸. Além disso, em decorrência do entendimento de que o processo é instrumento do Estado para realização da prestação jurisdicional, sendo inquestionável o interesse público que justifica essa atividade, não há razão para se sustentar que a iniciativa probatória do juiz somente teria espaço quando no processo há discussão de interesse puramente privado, quando na verdade não há por que alterar a estrutura do processo, sempre de natureza pública, em função da natureza disponível ou indisponível da relação jurídica litigiosa. Oportuna, pois, nesse aspecto, a observação de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem

o problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso a um interesse seu”, e conclui dizendo que “uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzida em juízo, mais satisfatório será.¹⁸⁹

Cabe ressaltar que a iniciativa probatória do juiz não está sujeita a preclusão, pela simples razão de que a última etapa do procedimento probatório é o da valoração das provas,

¹⁸⁸ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 151.

¹⁸⁹ Jose Roberto dos Santos Bedaque. Poderes Instrutórios do Juiz, ob. cit., p. 129 e 132. Saliente-se que na jurisprudência, embora o entendimento seja de que no processo moderno o juiz não ocupe uma posição passiva, os poderes instrutórios do juiz são reconhecidos em casos excepcionais. Nessa linha, cita-se o julgamento da Apelação Cível n. 70005810296, da Nona Câmara Cível do TJRS, j. em 29.09.2004, ocasião em que o colegiado definiu que “a ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo não autoriza iniciativa probatória para suprir omissão das partes quando se cuida de direitos disponíveis”. Mais aproximada com a concepção da natureza pública do processo, que reconhece a iniciativa probatória do juiz em casos de revelia, foi a decisão tomada, em outra oportunidade, pela mesma Nona Câmara Cível do TJRS quando restou assentado que “quanto à revelia, creio que a mesma não tem o caráter de transformar alegações em verdades, quando estas não vêm comprovadas nos autos. O art. 131 do Diploma Processual é claro quando alega que o juiz apreciará livremente a prova, mas deverá indicar os motivos que formaram o convencimento, ainda mais quando o apelante, apesar de intempestivamente, veio ao processo e apresentou defesa. A busca da verdade deve basear-se na verdade real, não devendo o magistrado fechar os olhos para os fatos do processo pela simples perda de um prazo, sob risco de ignorarmos elementos reais, contidos na lide” (RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. Apelação n. 70006097661. Julgamento em: 18 fev. 2004). Em sentido contrário entendeu a Sexta Câmara Cível do TJRS, para a qual “com o reconhecimento da revelia prescindem de provas os fatos alegados” (RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. Apelação n. 70009655051. Julgamento em: 20 out. 2004).

o que pressupõe que foram disponibilizados às partes todos os meios lícitos para a comprovação das alegações de fato¹⁹⁰. Nesse sentido, adverte Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sobre “a inexistência de preclusão no tocante à iniciativa judicial *ex officio* para a realização da prova, cuja única finalidade deve consistir em melhor formar a convicção do órgão julgador, matéria de ordem pública concernente à própria atividade jurisdicional”.

Para encerrar essa parte do trabalho e retomar o curso do seu objeto de estudo, já que o exame aprofundado sobre os poderes instrutórios do juiz extravasa seus limites, é importante deixar claro que a iniciativa probatória do juiz encontra limites tanto nos contornos fáticos extremados pelas partes na causa como na observância do contraditório, quanto, principalmente, na necessidade de fundamentação de todas as decisões que levaram o juiz a determinar a realização de determinada prova, uma vez que o direito à prova garante às partes a realização do processo sem dilações indevidas.

2.3 Admissibilidade da prova

Todos os poderes, deveres e faculdades reconhecidas às partes no campo probatório incorporam o chamado direito à prova, que consiste não somente na possibilidade abstrata de participarem das atividades processuais, mas, sobretudo, na concreta garantia de que tais prerrogativas servirão para influenciar de modo positivo no convencimento judicial. Tal atividade é mais visível quando as partes, por meio da introdução das provas no processo,

¹⁹⁰ Nesse sentido, a decisão monocrática no Julgamento do Agravo de Instrumento n. 70005897798, ocasião em que o Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destacou que “não há que se falar na ocorrência de preclusão no caso dos autos. O poder de determinar de ofício a realização de provas subsiste íntegro, não

procuram demonstrar a veracidade de suas afirmações sobre as questões de fato. Mas isso não significa que a produção de toda e qualquer prova será admitida pelo juiz, pois necessariamente deverá este realizar uma espécie de avaliação de pertinência e relevância quanto à admissibilidade das provas, cujos parâmetros são ditados pela lei e pelas circunstâncias do caso concreto. No primeiro caso, tem-se, por exemplo, a questão das chamadas provas ilícitas, que encontram resistência para serem introduzidas no processo. Diz-se resistência, porque atualmente se observa alguma controvérsia entre processualistas sobre o aproveitamento das provas ilícitas no convencimento judicial, já que há pertinente choque entre dois valores: a garantia constitucional que não admite, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (artigo 5º, inciso LVI, da Constituição) e o princípio da utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da atividade jurisdicional, que prima pela construção, tão completa quanto possível, dos fatos relevantes para a solução da causa. Entendemos que, como regra, as provas ilícitas, entendidas como adquiridas com infração a uma norma jurídica, constitui-se em limitação ao direito à prova. Nesse caso, a existência de norma legal prevendo a proibição da produção dessa espécie de prova acarreta a sua inadmissibilidade e inutilidade no processo. Sobre o tema, os limites deste trabalho impedem uma análise mais aprofundada.

O que interessa destacar é que na atividade de iniciativa e produção das provas deverá o juiz sempre decidir, em pronunciamentos específicos, sobre a pertinência e relevância a respeito das propostas de produção do material probatório apresentadas pelas partes. A justificação das decisões que dizem respeito à seleção do material probatório que interessa à causa é mais problemática, pois nessa tarefa cabe ao juiz verificar se as provas solicitadas são efetivamente úteis ao julgamento ou, do contrário, representam perda de tempo ou fator de

ocorrendo, salvo em casos excepcionais, preclusão para o órgão judicial” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70005897798. Julgamento em: 26 fev. 2003).

confusão para o espírito do julgador¹⁹¹. Tem-se que o indeferimento da produção de provas tidas por impertinentes e irrelevantes para o julgamento da causa ocorre por motivos de interesse público, pois não apenas às partes interessa a celeridade do processo, mas também ao Estado, pois cumpre-lhe realizar suas atividades de maneira eficaz e sem atrasos injustificados. Já advertia Alfredo Buzaid que o processo civil deve ser estruturado de tal modo que se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça¹⁹².

Em conseqüência, torna-se necessária uma adequada fundamentação sempre que o juiz indeferir o pedido de produção de provas sob o argumento de que são inadmissíveis¹⁹³ e desnecessárias para a formação do convencimento judicial, por não serem relevantes e pertinentes para a causa. Vale ressaltar que essa espécie de indeferimento ocorre no curso do procedimento probatório, pois quando já produzidas, as provas pertencem ao processo (princípio da comunhão da prova), não importando quem as produziu, e servem ao momento final daquele procedimento, qual seja, a valoração das provas, ocasião em que o juiz deverá fundamentar todas as particulares escolhas e avaliações do material probatório, não apenas em relação às provas que serviram para a formação da decisão judicial, mas também deverá indicar as razões por que desconsiderou determinadas provas na formação do *juízo de fato*.

¹⁹¹ GOMES FILHO, *Direito à prova...*, p. 131.

¹⁹² BUZOID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. Brasília, 1972, capítulo III, item I, n. 5.

¹⁹³ Nesse sentido, as seguintes decisões judiciais, que indeferiram fundamentadamente a produção de provas: a primeira referente ao pedido de realização de prova pericial em ação indenizatória por acidente de trânsito - “Despicienda se mostra a prova técnica, se os fatos pode ser apurados através de depoimentos técnicos e de testemunhas presenciais, mormente considerando a impossibilidade de reprodução do quadro material em que se deu o evento, ocorrido há quase dois anos. Ademais, na qualidade de destinatário da prova, compete ao julgador decidir sobre a necessidade ou não da produção de prova pericial” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70008183360. Julgamento em: 25 fev. 2004); a segunda referente a pedido de perícia em ação condenatória para pagamento do adicional de insalubridade - “tenho que tal prova se revela desnecessária e mesmo inócua ao desate da lide, porquanto, conforme documentação acostada ao bojo deste instrumento de agravo, o autor da supracitada ação (aqui agravado) se acha jubilado desde novembro de 1995, sendo, até mesmo, inviável (no plano fático), já decorrido tão dilargado lapso temporal desde a data de sua inativação, saber se, anteriormente a esse fato, trabalhava em ambiente e condições insalubres” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70008032377, Julgamento em: 16 jun. 2004).

Nisso consiste o direito das partes à valoração das provas, exigindo do juiz ampla fundamentação quando realizar a avaliação do conjunto probatório.

2.4 Momento da avaliação da prova

Indiscutível que o princípio do direito à prova traduz-se, na sua manifestação de maior importância, no direito das partes em influenciar o juiz, por meio de argumentações, exposição de razões e críticas sobre o conjunto probatório, para a formação do convencimento acerca da apreciação fática. Como forma de garantir a eficácia desse direito é necessário reconhecer que existe uma estreita ligação entre a valoração das provas e a motivação, uma vez que, em não havendo esta, cair-se-ia na irracionalidade do resultado obtido na atividade de valoração das provas, pois de nada adiantaria o juiz ter seguido corretamente os critérios lógicos e jurídicos na atividade de seleção e crítica do material probatório se estivesse desobrigado de apresentar as razões de seu convencimento. Nesse caso, o resultado da avaliação das provas permaneceria no intelecto do juiz, o que sempre acabaria chancelando o caminho para o arbítrio judicial, e mesmo que na prática o julgador tivesse corretamente apreciado as provas, sempre haveria a desconfiança quanto ao seu agir. Por outro lado, para que a motivação seja operante e sirva como garantia de concretização dos princípios que se destacam no quadro do devido processo legal e de instrumento da legitimidade da atividade jurisdicional, torna-se necessário atribuir ao julgador liberdade na apreciação das provas, pois se estivéssemos diante do sistema da prova legal, a motivação serviria tão-somente para dar sustentação a uma confirmação do valor probatório de cada prova ou do conjunto desta, já

preestabelecido em lei, e não de justificativa do raciocínio judicial quanto à escolha e valoração das provas idôneas que resultaram na formação do convencimento judicial.

Em decorrência, superada a fase prévia de seleção dos elementos que podem servir de base à formação do convencimento judicial, e depois de efetivamente produzidas as provas admissíveis, sob o aspecto jurídico, e as provas relevantes e pertinentes, sob o aspecto lógico, o procedimento probatório chega ao seu momento final e mais importante: o momento da valoração das provas. De fato, compreendemos que a fase mais importante do procedimento probatório, sob o ponto de vista da atividade jurisdicional, é a da valoração do conjunto probatório, pois uma vez recolhido o material probatório, com a observância das regras legais respectivas e, principalmente, em contraditório, os atos de aquisição de provas não geram efeitos imediatos, mas, sim, postergam sua eficácia para o momento da valoração, quando cabe ao juiz analisar os elementos obtidos e deles extrair as suas conclusões quanto às afirmações sobre os fatos da causa.

Portanto, quando se fala que às partes é assegurado o direito à prova, deve-se entender que esse direito não se exaure quando da produção das provas pelos litigantes, mas deverá estar presente e ser observado pelo juiz no momento em que avalia o conjunto das provas. Realmente, em que pese nosso Código de Processo Civil ter adotado o sistema da persuasão racional, ou o princípio do livre convencimento motivado, isto não significa que só ao magistrado caiba a palavra final. Assim não é porque, num processo de estrutura contraditória como o nosso, é inegável encontrar-se o julgador vinculado à atividade probatória desenvolvida pelas partes, razão pela qual tem o dever de apreciar, efetivamente, todo o material introduzido no processo¹⁹⁴.

¹⁹⁴ GOMES FILHO, *Direito...*, p. 160.

A avaliação da prova é um ato eminentemente pessoal do juiz, de sua exclusiva competência, mediante o qual, examinando, pesando, criticando e estimando os elementos de prova introduzidos no processo, independentemente da fonte de iniciativa – se das partes ou do próprio juiz – chega a uma conclusão sobre a situação fática. Em consequência, embora as partes possam influenciar na apreciação dos fatos, fornecendo elementos para essa apreciação (por meio de alegações, razões, debates, ou memoriais), a única avaliação válida e eficaz no processo, no sentido de comando imperativo, é a do juiz. Certa ou errada, concludente ou duvidosa, só a avaliação final do juiz prevalece no processo. Isso não significa, porém, não possa ser questionada ou alterada a decisão sobre a apreciação fática, o que é possível ser feito por meio do conhecimento das razões de decidir - daí a importância fundamental da motivação - e pela garantia do duplo grau de jurisdição, fatores esses que impedem o juiz de apreciar os elementos de prova como bem lhe convir, ou seja, com arbitrariedade. Nesse sentido, segundo esclarece o processualista Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o controle da sociedade contra o abuso da liberdade do juiz na valoração das provas exerce-se por meio de princípios e garantias, entre os quais cita o dever de motivar a sentença, a observância das regras legais na realização da prova, a publicidade do procedimento e o duplo grau de jurisdição, todos capazes de limitar o caráter “pessoal” da decisão e melhorar sua objetividade¹⁹⁵.

Além disso, embora a existência de garantias constitua avanço significativo no controle da atividade extremamente sensível que é a valoração das provas, torna-se necessário realizar um controle incidente sobre o próprio raciocínio desenvolvido pelo juiz no momento de apreciar o conjunto probatório e saber de que forma realizou as escolhas dos elementos de

¹⁹⁵ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 161.

fato relevantes para a decisão. Assim, a garantia da motivação sobre a apreciação dos fatos requer explicitamente o juiz a forma com a qual avaliou isoladamente a aptidão de cada prova para servir de fundamento ao convencimento judicial; após, deverá esclarecer quais as provas foram consideradas idôneas e de que forma foi valorado o conjunto de provas que foram consideradas aptas para atingir o resultado da prova, qual seja, a reconstrução dos fatos sobre os quais incidirá a decisão judicial¹⁹⁶. Assim, a norma processual (artigo 131 do CPC) exige que o julgador analise as questões de fato, isto é, que proceda ao exame discriminado, específico, das várias provas que foram produzidas e, por fim, explique os motivos do maior ou menor peso que foram atribuídos a cada uma delas¹⁹⁷. Ainda, na avaliação das provas o juiz deve exteriorizar uma motivação expressa e completa, ainda que para demonstrar que determinados elementos de prova não foram idôneos para a formação do convencimento¹⁹⁸.

Em síntese, num primeiro momento o julgador deverá exteriorizar os motivos quanto à apreciação isolada de cada elemento de prova e sua aptidão para servir de fundamento para a formação do convencimento sobre o juízo de fato. Nessa tarefa, avaliará a idoneidade e credibilidade das provas isoladamente, com a finalidade de demonstrar qual o grau de credibilidade racional possuem para comprovarem a veracidade dos fatos discutidos na causa. Trata-se de uma tarefa de seleção das provas idôneas e capazes de demonstrar se os fatos da causa ocorreram (ou não) conforme relatado e afirmando pelas partes. Aqui é importante destacar que na avaliação isolada das provas, com o intuito de aferir a idoneidade de cada uma delas para a comprovação dos fatos da causa, o juiz também acabará por justificar que determinadas provas não são aptas, capazes ou adequadas para a formação do juízo de convencimento sobre os fatos da causa.

¹⁹⁶ GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 154.

¹⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, *O juiz...*, p. 183.

¹⁹⁸ TARUFFO, *Il diritto...*, p. 114.

Num segundo momento, para atingir o resultado da prova, a partir da constatação da idoneidade das provas aptas à formação do convencimento, o juiz valorará conjuntamente a seleção operada no momento inicial da avaliação, cujo objetivo é atingir o convencimento acerca da reconstrução dos fatos da causa sobre os quais incidirá a decisão. Nessa fase, logicamente sucessiva, em que o juiz parte dos elementos de prova individualmente considerados quanto à sua idoneidade, realiza-se uma valoração conjunta das provas idôneas com a finalidade de determinar-se o enunciado factual que será considerado como premissa do raciocínio decisório final. Nessa atividade, o julgador realiza uma apreciação conjunta dos elementos de prova com a finalidade de formar um convencimento sobre a situação fática, ou seja, considera no conjunto o valor de cada prova no que se refere à conexão que existe entre a informação que cada uma contém e a hipótese de fato a ser comprovada no processo.

Conforme se observa, não se trata de atividade simples, que possa ser reduzida a um esquema lógico ou único de justificação, até porque, muitas vezes, a valoração das provas inclui em sua estrutura a necessidade de o juiz demonstrar a idoneidade ou não de um elemento de prova a partir da constatação de certos comportamentos. Assim ocorre, por exemplo, na valoração da prova testemunhal, de cujo reconhecimento de idoneidade depende a verificação da espontaneidade e tempestividade das declarações da testemunha, sua reiteração em várias oportunidades, a notória presença do interesse no resultado do julgamento, a precisão e coerência nos relatos, etc. Além disso, em muitas situações o emprego do conhecimento científico, por meio da produção de provas periciais, eleva em alto grau de credibilidade e idoneidade essa espécie de prova. Novamente é importante esclarecer que cabe ao juiz o dever de motivar todas as escolhas valorativas realizadas na apreciação do conjunto probatório, exteriorizando o processo intelectual realizado, de forma a possibilitar o indispensável controle das partes e da opinião pública.

3 O livre convencimento motivado

Conforme visto, o procedimento probatório engloba, ao menos, quatro fases, quais sejam: o momento da postulação (iniciativa probatória); o momento da sua admissão pelo juiz, sempre fundamentando as razões dos possíveis indeferimentos das provas impertinentes e irrelevantes; o momento da produção da prova, de cuja atividade se destaca o princípio do contraditório e, finalmente, o momento da avaliação do conjunto probatório, que é sem dúvida o mais importante, uma vez que é nele que se concentra o resultado de toda a atividade probatória e em vista dele as demais fases se direcionam com a finalidade de formar o convencimento judicial acerca dos fatos relevantes da causa. Todavia, é importante observar como o ordenamento jurídico brasileiro trata do problema da investigação dos fatos e por consequência da valoração das provas produzidas em função desses mesmos fatos que interessam para o processo. A questão está intimamente vinculada à motivação da atividade desempenhada pelo juiz quando da valoração das provas. Em outras palavras, se a valoração das provas é o momento culminante do procedimento probatório, é preciso compreender de que forma essa atividade desempenhada pelo juiz é exteriorizada, possibilitando seu controle. A transparência na atividade de apreciação dos fatos também garante legitimidade às decisões judiciais.

Conhecendo os motivos que levaram o juiz a decidir desta ou daquela forma, o observador pode constatar sua consonância com o sistema jurídico e os fins por ele propostos, o que transforma a motivação no elemento chave que irá distinguir o legítimo exercício do poder da arbitrariedade. Assim, falar que o juiz tem liberdade na apreciação das provas para a formação de seu convencimento não significa liberdade plena e obscura, mas, sim, que essa

liberdade está condicionada ao dever de serem revelados todos os fundamentos utilizados na avaliação do conjunto probatório e que culminaram no accertamento dos fatos. Trata-se do livre convencimento motivado, que significa convencimento formado com liberdade intelectual, sempre apoiado na prova constante dos autos¹⁹⁹ e acompanhado do dever de apresentar a motivação em relação ao raciocínio que conduziu o juiz às conclusões sobre a apreciação dos fatos.

Mas nem sempre foi assim, pois no curso da história a matéria referente ao modelo de valoração das provas tem sido objeto de regulação ora mais ora menos rigorosa, de molde a restringir ou facilitar a liberdade do órgão judicial no desempenho dessa tarefa, em consonância quase sempre com a confiança nele depositada e os valores imperantes na época²⁰⁰. Assim, pelo menos três grandes sistemas de apreciação das provas podem ser citados: o sistema da prova legal; o sistema da livre apreciação da prova e o sistema do livre convencimento motivado, também conhecido como princípio da persuasão racional.

Sobre o sistema da prova legal, é preciso esclarecer que o primeiro método conhecido de apreciação das provas foi aquele em que ao juiz cabia valorá-las de acordo com as disposições e regras estabelecidas pela doutrina, e não pela lei. Taruffo apresentou essa diferenciação entre o valor da prova preestabelecido pela doutrina, como um primeiro

¹⁹⁹ Não significa adotar a regra de que “o que não está no processo não está no mundo”, pois o próprio Código de Processo Civil se ocupa em restringir o princípio que veda o juiz de utilizar o seu conhecimento privado na apreciação das provas (artigo 335), podendo fazer uso das regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece. Com relação à aplicação pelo juiz das “máximas de experiência”, adverte Antônio Magalhães Gomes Filho que, por serem noções aceitas sem restrições no ambiente social e cultural em que a decisão é proferida, que nessa condição não podem ser desmentidas ou contrariadas pelos conhecimentos científicos, necessário o controle, por meio da motivação, do ingresso no processo das máximas de experiência com o fim de formar a base do convencimento judicial, para que não sejam confundidas ou mascaradas com suposições equivocadas ou puramente subjetivas do juiz. Por isso, conclui o autor, sem uma completa justificação a respeito do procedimento intelectual realizado pelo juiz para chegar a essas opções será inviável controlar a correção e a racionalidade do juízo de fato fundado nesse tipo de regra (GOMES FILHO, *A motivação...*, p. 165-166).

²⁰⁰ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 156.

momento histórico de valoração probatória, e o sistema de avaliação da prova com valor tarifado pela lei. Argumenta que somente neste segundo momento se poderia falar rigorosamente de sistema da prova legal²⁰¹. A origem, pois, do sistema da prova legal remonta ao arcaico processo germânico, com seus ordálios, ou juízos de Deus, de uso comum em todos os povos da antiguidade, com suas variantes determinadas pelos regimes políticos e costumes dominantes em cada época.

A prova, segundo o sistema dos ordálios ou juízos de Deus, era vista como um benefício para o réu, que deveria demonstrar sua inocência se conseguisse triunfar diante de determinadas espécies de provas, como p. ex. caminhar sobre brasas ardentes. Submetia-se o pretense culpado a uma prova, sobre a falsa crença de que a divindade eterna interviesse nos julgamentos e, como num passe de mágica, deixaria demonstrado se o réu era culpado ou inocente. Não havia nenhuma espécie de apreciação de prova por parte do julgador, o qual se limitava a aguardar o resultado, sentenciando, a seguir, conforme o mesmo²⁰².

Com a evolução do homem e com ele do próprio processo, deu-se a aparição do sistema da “prova legal” por volta do século XIII, a qual teve por objetivo racionalizar a atividade de valoração das provas, com a nítida intenção de eliminar as provas irracionais fundadas no princípio do Juízo de Deus. As provas humanas passam a substituir as divinas. Procurando reduzir o arbítrio do juiz, o sistema da prova legal do direito comum é muito mais o fruto de elaboração doutrinária dos juristas medievais, que objeto de normatividade. Dessa forma, não é a lei escrita, mas a cultura judiciária a fonte primária e essencial do fenômeno da “prova legal”. O mais importante é que esse sistema procurava sistematizar a racionalidade geral da época em que sobreveio este fenômeno. E esta racionalidade funcional na valoração

²⁰¹ TARUFFO, *La prova...*, p. 362.

²⁰² ARONNE, *O princípio...*, p. 14.

das provas consistia justamente em excluir o arbítrio de um juiz que era objeto de um amplo e difuso fenômeno de desconfiança social²⁰³.

Com o surgimento das codificações, verificou-se uma mutação no sistema da prova legal, qual seja, ele deixa de ser um fenômeno doutrinário e passa a ser um fenômeno normativo²⁰⁴. As regras sobre a valoração das provas passam a serem formuladas pelo legislador. Outra importante transformação ocorreu em relação ao valor atribuído a cada prova. No direito comum atribuía-se um valor quantitativo, predeterminado, fixado em frações. A prova testemunhal, por exemplo, era rigorosamente quantificada pela lei, cuja credibilidade dos depoimentos era regrada legalmente, de modo que o juiz ficava adstrito a essa valoração objetiva. Assim, o depoimento de um servo jamais poderia ter o mesmo valor que o testemunho de um nobre; todavia o depoimento de dez servos poderia equivaler a de um nobre²⁰⁵. Já no sistema da prova legal dos códigos, não se conheciam mais as gradações ou frações de cada prova. A técnica passou a ser mais rígida e formalista. Determinado tipo de prova produzia um resultado vinculante e incontestável.

A prova legal dos códigos produzia uma “verdade total”, sendo, de certa forma, destrutiva, pois se existissem outros elementos de prova em sentido contrário o seu valor vinha reduzido a zero. Nesse sistema a causa é decidida automaticamente, sem relação alguma com a situação probatória complexa que poderia se verificar no caso concreto. Cada prova possuía um valor inalterável, previamente estabelecido pela lei, não sendo lícito ao juiz valorar as provas segundo critérios pessoais e subjetivos de conhecimento, de modo diverso

²⁰³ TARUFFO, *La prova...*, p. 363.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 364.

²⁰⁵ SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 297.

daquele que lhe tinha sido determinado pela lei, embora sua convicção sobre aquilo que fora provado nos autos indicasse que a prova produzida não retratava a verdade²⁰⁶.

Nesse sistema, ainda, havia uma enorme quantidade de regras legais declarando inidôneos os depoimentos de determinadas pessoas. Sobre o tema, sustenta-se que nosso código de processo civil conteria seqüelas do sistema da prova legal, uma vez que ele estatui, por exemplo, restrições quanto ao depoimento de menores e das pessoas que a lei considera suspeitas ou impedidas, ou, ainda, no caso da revelia, em que são tidos como verdadeiros os fatos mencionados pelo autor por não ter havido controvérsia processual em razão do silêncio do acusado (artigos 319 e 405). Também há a previsão de serem tidos por verdadeiros os fatos alegados por uma das partes quando a outra não comparece para prestar depoimento pessoal (artigo 343, § 1º). Porém, não nos parece correto ligar tais restrições ao sistema da prova legal. De acordo com o atual modelo de valoração das provas, denominado de livre convencimento motivado, o juiz está livre de qualquer valor preestabelecido legalmente em relação às provas obtidas. As restrições antes citadas referem-se mais ao momento da produção da prova, impedindo em certos casos seu ingresso no processo (artigo 405 do CPC), ou implicam ônus para o réu que não contesta ou para a parte que não presta declarações, quando seu depoimento é solicitado pelo juiz ou pela parte adversa. Tais restrições podem, sem dúvida, limitar a busca de uma correspondência entre a convicção formada e a realidade dos fatos, mas não significam que a prova é tarifada, até porque, mesmo no caso de revelia é possível ao juiz determinar a realização de determinadas provas e, ainda, julgar improcedente o pedido. Ou seja, não está completamente preso a essas restrições. Mesmo no depoimento de menores, que não prestam compromisso de dizer a verdade, o juiz atribuirá o valor que merecer essa espécie de prova, e não um valor que a lei previamente estabelecesse.

²⁰⁶ SILVA, *Curso de...*, v. 1., p. 294.

Cabe concluir, portanto, que o sistema da prova legal é essencialmente irracional, pois a racionalidade implica saber em que medida a valoração das provas se aproxima da realidade dos fatos da causa. Além disso, restringe o direito das partes à valoração de todas as provas com as quais pretendem auxiliar o juiz na formação do convencimento sobre a situação fática. Todavia, conforme observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira “impossível negar o grande aperfeiçoamento na administração da justiça conquistado com a adoção do novo sistema de apreciação da prova, especialmente em face do processo primitivo germânico, repleto de arbitrariedades e prejuízos, por largamente contribuir para substituir a superstição pelo formalismo rigoroso e permitir o controle formal do procedimento. No lugar da força e do acaso, do duelo e dos juízos de Deus, passam a ser considerados elementos bem mais racionais e humanos”²⁰⁷.

Para ocupar o outro extremo, no decorrer da evolução do processo civil, surge o sistema da livre apreciação das provas, consubstanciado no entendimento de que a valoração fática por meio da prova constitui uma atividade do sujeito ao qual a lei incumbe a tarefa de decidir sobre as questões de fato e de direito. Oposto ao sistema da prova legal, o livre convencimento propugnava pela soberania do juiz na formação de sua convicção a respeito dos fatos da causa. Pela livre apreciação, o julgador valora a prova e decide “*secundum conscientiam*”, ou seja, decide de acordo com sua livre vontade, podendo julgar, inclusive, contra a prova dos autos, pois a verdade está em sua consciência²⁰⁸.

De acordo com este sistema, a valoração das provas era feita única e exclusivamente de acordo com a consciência do juiz, que poderia decidir exclusivamente com base na

²⁰⁷ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 158.

²⁰⁸ ARONNE, *O princípio...*, p. 15.

impressão recolhida por meio do processo, ainda que essa impressão não fosse para ele próprio racional²⁰⁹. A base desse sistema justificava-se pela negação do direito em prol do arbítrio. Isto porque não havia qualquer limitação quanto aos meios de prova que o juiz podia se valer nem restrições especiais quanto à origem ou qualidade de certos elementos de prova. O absurdo desse sistema chegava ao ponto de, em havendo provas conflitantes, poder o juiz deixar a lide sem solução²¹⁰.

Num primeiro momento, imaginava-se que a passagem do sistema da prova legal para o sistema do livre convencimento significava também a passagem de uma forma de racionalidade para outra forma de racionalidade diversa. Justificava-se esse entendimento afirmando que o livre convencimento trouxe um tipo de racionalidade negativa, no sentido de que ele não está vinculado à existência de regras preestabelecidas para a valoração das provas. De fato, enquanto que no sistema da prova legal tinha-se como pressuposto a existência de regras que estabeleciam, de forma genérica e abstrata, o valor da cada prova, o sistema do livre convencimento pressupunha a inexistência de tais regras, pois a eficácia das provas era estabelecida caso a caso, segundo critérios não determinados e discriminados pela lei²¹¹.

Todavia, tratava-se de uma falsa percepção, uma vez que o sistema da prova legal era irracional por caracterizar-se como um modelo no qual ao juiz não era permitido o exercício da crítica do material probatório a fim de atingir um convencimento sobre as alegações sustentadas pelas partes. Portanto, não houve passagem de uma racionalidade à outra, até porque o próprio sistema do livre convencimento era irracional, pois o resultado da valoração das provas vinculava-se a um aspecto negativo, ou seja, não havia um conjunto de critérios

²⁰⁹ MENDES, *Do conceito...*, p. 305.

²¹⁰ ARONNE, *op. cit.*, p. 15.

²¹¹ TARUFFO, *La prova...*, p. 361.

racionais elaborados para controlar o exercício dessa atividade²¹². E a inexistência de elementos racionais abria caminho ao subjetivismo e à discricionariedade incontrolável.

Conforme esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, se o reconhecimento da inafastável liberdade da decisão foi o fruto mais precioso do novo sistema da *intime conviction*, esse mesmo elemento oferece também aspectos negativos, exatamente porque pode conduzir a se considerar o momento da valoração da prova como um fenômeno misterioso e indizível, não sujeito à análise e controle, impenetrável assim a qualquer tipo de investigação²¹³. E segundo João de Castro Mendes, caracterizava também esse sistema a dispensa de motivação das decisões tomadas pelo juiz na atividade de valoração das provas, uma vez que estas teriam uma base intuitiva e irracionalista e, por conseguinte, com resultado indemonstrável²¹⁴.

Para finalizar, no que se refere ao sistema da livre apreciação das provas, a argumentação de que por meio desse sistema, por não haver limites na formação da convicção, o juiz estaria mais apto a descobrir a verdade sobre os fatos da causa, é falha. Primeiro porque a verdade não é para o processo um fim em si mesmo²¹⁵ e segundo porque a

²¹² TARUFFO, *La prova...*, p. 370

²¹³ OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 162.

²¹⁴ MENDES, *Do conceito...*, p. 304.

²¹⁵ Michele Taruffo afirma que não tem fundamento a objeção segundo a qual o processo não é e não pode ser um lugar de procura da verdade, pois embora o processo não tenha por finalidade última a descoberta da *verdade absoluta*, até porque há normas processuais que limitam a procura da verdade, em vista das mais variadas exigências inerentes à administração da justiça (defesa de valores fundamentais, rapidez do processo, proibição de ingresso de provas ilícitas, etc.), isso não significa que se deva excluir a procura da verdade como um dos objetivos do processo (TARUFFO, Michele. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 23, p. 237-292, 1986, p. 248-249). Compreende-se que, no terreno do processo civil, mormente quando são disponíveis os direitos em jogo, aceitam-se mais facilmente as presunções e os ônus, bem como a limitação dos meios de prova, que servem de superação do proibido *non liquet*, o que implica flagrante “formalização” da verdade a ser buscada por meio do processo. Não se pode, pois, atribuir ao processo a função de buscar, com expressões exageradas, a verdade material, no sentido de indiscutível, perene, certeza plena e outros adjetivos semelhantes. A verdade a ser buscada no processo liga-se ao conceito de suficiência, de verossimilhança e de plausibilidade sobre o conhecimento dos fatos da causa, ou da forma como estes ocorreram na ótica de cada observador. E sendo dialética a atividade de demonstração dos fatos da causa, como esclarece Ovídio Baptista da Silva, diante do confronto das versões, geralmente incompatíveis,

íntima convicção vai de encontro ao princípio da publicidade e não pressupõe o dever de motivar as decisões que culminaram no accertamento (conhecimento) dos fatos, impedindo dessa forma que se conheça a atividade desempenhada pelo juiz na formação da convicção da verdade sobre a apreciação dos fatos.

Dessa forma, a busca da racionalidade como elemento indispensável na atividade de apreciação dos fatos fez com que os ordenamentos processuais modernos abandonassem a adoção dos sistemas da prova legal e do livre convencimento na valoração das provas. E nesse ponto o atual Código de Processo Civil claramente não seguiu nenhum dos sistemas mencionados. A opção foi pelo sistema do livre convencimento motivado, estabelecendo que a racionalidade na atividade de valoração das provas reside justamente na possibilidade de seu controle, o que é possível diante do dever imposto ao juiz de justificar as razões que lhe formaram o convencimento na apreciação dos fatos. Essa é a compreensão que se estabelece diante do artigo 131 do CPC. De ressaltar que a possibilidade de controle da convicção judicial somente é possível quando num determinado sistema jurídico a motivação das

articuladas em contraditório, a verdade a ser atingida no processo é a verdade relativa, posto que é inatingível, por meio do procedimento probatório, a reconstrução dos fatos que corresponda efetivamente à realidade (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 212). Nesse sentido, expressa-se Santiago Sentis Melendo: “[...] qué se prueba? Aquí suele aumentarse confusión. Porque no es raro, y hasta es lo corriente, que se nos diga: se prueban hechos. No. Los hechos no se prueban; los hechos existen. Lo que se prueba son afirmaciones, que podrán referirse a ellos. La parte – siempre la parte; no el juez – formula afirmaciones” (SANTÍS MELENDO. *Naturaleza...*, p. 13). A confusão também ocorre quando nos deparamos com a afirmação de que o processo tem por escopo atingir um único fim, seja ele a busca da verdade ou a realização do direito. Todavia, o processo deve ser visto como instrumento de realização de tantos outros valores, entre eles a efetividade, a pacificação social, a segurança e a justiça, num constante balanceamento desses valores, sempre direcionados e subjugados de acordo com a vida histórica e os fatores culturais de uma dada comunidade. A propósito, Vittorio Denti esclarece que “o processo é somente em parte a busca da verdade histórica: é também, e não menos importante, um instrumento dirigido à finalidade de dar solução pacífica aos conflitos sociais” (DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Bamzahf. Buenos Aires: Europa-América, 1974, p. 3000). Na mesma direção, Humberto Theodoro Júnior comenta que “a finalidade mesma do processo não é a procura da verdade única e absoluta. O fim do processo, antes de tudo, é a realização da ordem jurídica nas situações litigiosas. Quem vê na procura da verdade o fim do processo comete o engano de confundir o meio com o fim” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 263, p. 39-47, 1978, p. 42). Em conclusão, toda convicção do juiz na apreciação dos fatos é aquela necessária para justificar a decisão a ser tomada. Toda prova, portanto, é uma prova bastante. Todo convencimento, por conseqüência, é o suficiente, ou seja, capaz de persuadir e estabelecer que por meio da

decisões judiciais adquire significado de garantia, obrigando o juiz a justificar as escolhas adotadas para valorar as provas. Por isso, dentre os sistemas, o livre convencimento motivado é o que melhor traduz a racionalidade que se espera na atividade de valoração das provas.

Nesse sistema, também conhecido como sistema de persuasão racional, o juiz tem o dever de fundamentar a decisão tomada, indicando os motivos e circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade ou não das afirmações sobre os fatos da causa. Cumpre-lhe indicar na decisão os elementos de prova por meio dos quais formou sua convicção, de tal modo que a decisão judicial guarde coerência lógica com a prova constante nos autos. Essa exigência limita a completa liberdade que o sistema da livre apreciação da prova conferia ao julgador. Mas acrescentamos que a restrição é benéfica, pois afasta a discricionariedade absoluta e arbitrária na apreciação dos fatos da causa.

Portanto, é preciso compreender que o livre convencimento ingressa no reino da racionalidade não somente em razão da existência de parâmetros ditados pela lógica, pela psicologia, pelas regras de experiência comum, ou pelas regras jurídicas. Efetivamente, de nada adiantariam tais regras se o convencimento judicial não fosse transparente, não pudesse ser exteriorizado, justificado perante as partes e a sociedade. Somente a existência da garantia da motivação é que faz um sistema ser racional no momento da avaliação das provas. Isto porque o livre convencimento, por si só, não pressupõe uma liberdade racionalizada. Ao contrário, o livre convencimento pressupõe uma liberdade absoluta, privilegiando o fenômeno psicológico (convencimento), o que significa, segundo Ovídio Baptista da Silva, ser “ilegítima, por exemplo, uma convicção que o juiz haja formado exclusivamente com base

valoração das provas chegou-se à verdade dos fatos. Por isso se diz que no processo busca-se a verdade suficiente.

numa intuição pessoal, incapaz de ser demonstrada segundo regras lógicas e de senso comum”²¹⁶.

Dessa forma, para garantir a racionalidade no momento da valoração das provas a motivação deve acompanhar o livre convencimento²¹⁷, pois somente por meio daquela é possível avaliar se o direito à prova, entendido como o direito das partes de influenciar no accertamento judicial dos fatos por meio das provas legítimas e relevantes de que dispõem, foi efetivamente respeitado pelo juiz na fase de valoração das provas²¹⁸.

4. Controle do convencimento judicial na valoração dos fatos

Como visto, a racionalidade na valoração das provas exige que o livre convencimento seja motivado. A motivação constitui-se no diferencial que permite ao intérprete e observador realizar a crítica a partir da exteriorização do mérito acerca das escolhas valorativas eleitas pelo juiz no momento da apreciação dos fatos da causa. Não haveria, pois, possibilidade de ser realizado um efetivo controle não fosse a garantia da exteriorização do convencimento judicial. Mesmo com esse instrumental à disposição, discute-se se é possível, na prática, estabelecer parâmetros, ou *standards*, de controle do convencimento judicial na valoração fática.

²¹⁶ SILVA; GOMES, *Teoria geral...*, p.299.

²¹⁷ LOPES, João Baptista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 133 do CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 716, p. 41-47, 1995, p. 45.

²¹⁸ TARUFFO, *Il diritto...*, p. 106.

Esclarece Danilo Knijnik, ao defender a utilização de *standards* de controle do convencimento judicial, que, ao lado da renovação da avaliação probatória como forma de controle, é recomendável e altamente proveitoso que se recorra também a parâmetros lógicos, a partir dos diversos *standards* a esse título enunciados, para que também a apreciação da prova mereça todo um diálogo franco, aberto e possível, plenamente integrado pelo contraditório e pelo pensamento problemático²¹⁹. E como modelos de controle do convencimento judicial na apreciação da prova cita, entre outros, “a prova acima de toda dúvida razoável”, de aplicação mais clara na área criminal²²⁰; “a mínima atividade probatória”, que recomenda não seja a apreciação probatória realizada por meio de exclusivo critério pessoal e íntimo do julgador, mas, sim, que revele uma apreciação racional e lógica da prova²²¹; a “doutrina do absurdo ou da arbitrariedade”, que equivaleria não propriamente a um *standards*, mas a um instituto destinado à cassação da sentença arbitrária ou absurda, partindo-se da idéia de que a garantia de acesso ao Judiciário supõe uma análise ponderada e efetiva da prova, de forma que a desconsideração do material probatório representaria uma violação constitucional ao serviço da justiça²²²; “a congruência narrativa”, que, reconhecendo que a fundamentação é uma forma de manifestação lingüística, leva em consideração a coerência lógica do discurso judicial, o qual deve apresentar sentido lógico e coerente quando realizada a valoração fática e jurídica²²³.

Embora reconhecemos a importância para o aprofundamento do tema a tentativa de esquematização de regras sobre a valoração probatória, compreendemos que o controle da convicção judicial na apreciação dos fatos é estabelecido não por meio de modelos ou

²¹⁹ KNIJNIK, *Os standards*....p. 52.

²²⁰ *Ibidem*, p. 33-34.

²²¹ *Ibidem*, p. 35.

²²² *Ibidem*, p. 39.

²²³ *Ibidem*, p. 40-41.

standards pré-definidos, em relação aos quais não se indaga deva também existir uma justificação que os recomendem em determinado caso concreto, ou como possam ser controlados, mas, sim, por meio da motivação, que leva ao conhecimento dos operadores do direito e à sociedade como um todo as razões de decidir que foram eleitas pelo órgão julgador na apreciação dos fatos da causa. A motivação se apresenta como a forma mais eficaz de um controle possível do convencimento judicial, sem que seja necessário lançar mão de regras pré-concebidas que acabam por objetivar demasiadamente a atividade de ‘pesagem’ da prova. Por meio da análise e crítica da motivação na apreciação dos fatos já se torna possível estabelecer se foi observada, por exemplo, a necessária coerência lógica no desenvolvimento dessa atividade, evidenciando-se possíveis erros ou vícios na convicção judicial. Ou seja, a estrutura lógico-argumentativa do discurso justificativo acerca da valoração fática é facilmente observada pela análise da motivação que a exterioriza, sem necessidade de pretender disciplinar o controle da valoração fática, e porque não dizer da própria valoração como ato pessoal, por meio de *standards*, que mais se aproximam do subjetivismo inerente à convicção judicial, ingressando na dimensão do sentido e da compreensão da prova a ser valorada pelo juiz, do que propriamente na dimensão lógica da valoração probatória, pertinente aos vícios e incoerências argumentativas. Ou seja, como sustentar, por exemplo, que por meio da utilização do *standards* do “alto grau de verossimilhança” determinada convicção judicial de apreciação dos fatos não é legítima, e, portanto, a decisão deveria ser cassada. Percebe-se, de pronto, a falta de critérios de controle sobre o próprio modelo eleito como controlador.

Pretender disciplinar a formação do conteúdo do convencimento judicial, seja por regras normativas seja por *standards*, soa mais como pretensão de tarifar o princípio do livre convencimento, diga-se sempre motivado, por expressa determinação constitucional, ou como

forma de propiciar aspectos exclusivamente objetivos a uma atividade que não pode relegar a segundo plano o aspecto subjetivo. Por outro lado, se a finalidade de utilização de modelos de controle da convicção judicial na apreciação dos fatos não é a de efetivar um controle sobre a medida ou contagem da prova, ou seja, não deverão precisar estritamente o controle da convicção, é possível concluir que o controle lógico das inferências e escolhas valorativas na apreciação da prova pode e deve ser realizado pela análise da motivação, por meio da qual é possível extrair elementos que indicam a existência de vícios fragrantemente e manifestos.

Portanto, ao se indagar sobre a utilização de “standards” como critérios de controle (a serem operacionalizados pelas partes e pelo Tribunal), na verdade, estar-se-ia diante do mesmo dilema para o qual costuma-se justificar sua utilidade. Em outros termos, ao se indagar sobre um caso de valoração dos fatos pelo juiz que tenha contrariado, por exemplo, o “standard” da ‘preponderância da prova’, será necessário fundamentar: primeiro, o que se entende, para o caso concreto, por ‘preponderância da prova’, na medida em que a utilização genérica, para todos os casos, de determinado “Standard” poderia acarretar um exagerado formalismo em termos de valoração probatória, engessando a necessária liberdade, controlada, inerente ao convencimento judicial; e, segundo, a relação existente entre a valoração da prova dos autos com o “Standard” eleito para controlar a convicção judicial, o que exigiria, sem dúvida, uma renovação da atividade de valoração fática. Na prática, então, sempre haveria a renovação da avaliação das provas, pois somente com essa prévia análise seria possível concluir que a valoração, no caso, teria violado determinado “standard”. E nesse ponto, a indicação de um “standard” serviria apenas como um reforço retórico para reformar ou cassar a decisão judicial. Não basta, então, dizer que no caso o “standard” não foi observado pelo juiz; é necessário fundamentar porque não foi observado.

Concluindo, o controle possível da convicção judicial na apreciação dos fatos passa necessariamente pelo conhecimento das razões e escolhas eleitas pelo juiz quando realiza essa atividade. E esse conhecimento é possível porque toda e qualquer decisão judicial, mormente no que se refere à valoração das provas, deve ser motivada. A motivação, pois, é o instrumento de controle que está à disposição.

VII A MOTIVAÇÃO NA APRECIÇÃO DO DIREITO

1 Observações introdutórias

A motivação das decisões judiciais assume especial importância na atividade de apreciação do direito. É que nenhuma interpretação do direito é realizada de forma desvinculada do caso concreto, salvo se direcionada ao interesse puramente acadêmico. A interpretação tem razão de ser em vista da aplicação do direito a uma determinada problemática submetida à apreciação jurisdicional. A partir dessa premissa e sem a pretensão de esgotar o tema, ingressaremos neste último capítulo do trabalho com a preocupação de sublinhar a importância da motivação na atividade judicial de interpretação e aplicação dos textos normativos, uma vez que as expectativas da sociedade relativamente ao Poder Judiciário, mormente se a questão está voltada para a concretização dos direitos fundamentais, remete à avaliação crítica do modelo de raciocínio jurídico utilizado na busca da realização da justiça. Em termos compreensíveis, na linguagem comum, espera a sociedade que seus juízes pratiquem a justiça, pouco importando, para aquela, as teorias e sutilezas jurídicas.

Considerada a motivação da decisão como um discurso justificativo acerca das múltiplas escolhas, de valorações fáticas e jurídicas, por meio dela é revelada uma determinada concepção do Direito, traduzida na argumentação do julgador no momento em que decide o caso concreto. E a concepção do Direito que é exteriorizada por meio da motivação, mais que revelar uma determinada ideologia acerca do ordenamento jurídico ou da

idéia de sistema jurídico, aponta para uma questão seguidamente debatida no meio doutrinário: a da criação judicial do direito.

Segundo a concepção tradicional, dentre as teorias surgidas em torno da compreensão da atividade de aplicação do direito, a que descreve o juízo como um silogismo lógico foi a que melhor aceitação obteve. Para os seguidores dessa teoria, a interpretação jurídica constitui-se num vazio valorativo, posto que cabe ao julgador tão-somente conhecer e compreender as normas legais postas pelo legislador, sem apreciá-las quanto ao conteúdo valorativo de que são depositárias, tampouco é permitido falar-se em criação judicial do direito. A tarefa do julgador é simples: constitui-se puramente num juízo lógico de subsunção do fato à norma legal, sendo esta a premissa prevalente enquanto aquele é visto como a premissa menor. A conclusão, ou decisão judicial, é extraída da simples aplicação daquela ao fato. Chegou-se a dizer, significativamente, que “o Estado já afirmou sua vontade no exercício da função legislativa; não há necessidade de afirmá-la uma segunda vez no exercício da função jurisdicional. A sentença não contém, portanto, outra vontade que não seja a vontade da lei, traduzida de forma concreta por obra do juiz”²²⁴.

Herança do positivismo jurídico, essa concepção critica a postura inovadora da ordem jurídica por meio da decisão judicial, sob o argumento de que a ciência jurídica não deve preocupar-se com a questão da justiça, matéria que deve ser tratada pela filosofia do direito, já que a justiça na aplicação do direito não é suscetível nem de ser conhecida nem de ser demonstrada²²⁵. Privilegia-se, inequivocamente, a segurança jurídica em detrimento do

²²⁴ ROCCO, *La sentenza...*, p. 30.

²²⁵ A respeito, comentou Miguel Reale que o divórcio teórico, oriundo dos ensinamentos da Escola da Exegese, é insustentável, pois revelador de uma ciência jurídica pura que apresenta o direito como é, sem defendê-lo chamando-o de justo nem condená-lo chamando-o de injusto, uma vez que seu conteúdo não pode ser valorado. Segundo o autor, esse divórcio consistiu em um “verdadeiro dualismo ou (em) uma justaposição de perspectivas, como se houvesse um direito para o jurista e outro para o filósofo sem que a tarefa de um

sentimento de justiça. Ou seja, aplica-se a lei, mesmo que diante das peculiaridades do caso concreto ela se mostre totalmente injusta. E no que se refere à extensão de obediência do juiz à ordem jurídica positiva, compreende-se que é dever profissional (do juiz) dar execução e reconhecer a obrigatoriedade da lei, sacrificando sempre, se for preciso, seu sentimento jurídico ao imperativo autoritário da norma e curando apenas do que diz a lei e nunca da justiça que ela pode conter.

Segue-se que o positivismo jurídico traduz a consagração dessa concepção do direito, tendo como diretriz a noção de que o Direito se resume à lei, que por sua vez é fruto exclusivo do Poder Legislativo. O método exposto pelo positivismo jurídico busca limitar a atividade do juiz à descrição da lei e à busca da vontade do legislador, ou a busca da atuação da norma individual para o caso concreto, o que equivale dizer a mesma coisa. De acordo com a exposição de Luiz Guilherme Marinoni “o positivismo não se preocupava com o conteúdo da norma, uma vez que a validade da lei estava apenas na dependência da observância do procedimento estabelecido para a sua criação. Além do mais, tal forma de pensar o direito não via lacuna no ordenamento jurídico, afirmando sua plenitude. A lei, compreendida como corpo de lei ou como Código, era dotada de plenitude e, portanto, sempre teria que dar resposta aos conflitos de interesses”²²⁶. A versão adaptada do positivismo filosófico no campo do direito, ou mais precisamente a aproximação das ciências naturais no campo jurídico, segundo o método da objetividade da observação e a experimentação, acabou por difundir a idéia de que a identificação do direito decorre do princípio da legalidade; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça,

repercutisse, de maneira direta, na do outro”. (REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 3).

²²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2005, p. 5.

mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa²²⁷. Em decorrência, como noção prévia, no modelo de raciocínio jurídico que privilegia a lógica dedutiva para a aplicação do direito a garantia da motivação exerce um papel secundário, de pouca valia, na medida em que sua tarefa está limitada exclusivamente na apresentação formal daquela atividade. Vale dizer, incumbe à motivação da sentença demonstrar que a decisão judicial está alicerçada em um silogismo estritamente formal, atividade na qual não cabe discussão acerca do conteúdo do texto normativo, pois o juiz é um simples aplicador da lei ou, de outra forma, é tão-só um órgão de execução da vontade do legislador.

A negativa de reconhecimento da criação do direito pela jurisprudência, fruto da visão simplista do positivismo jurídico que consagrou a idéia de que todo o direito está contido na lei posta pelo legislador, obscurece a importância da garantia da motivação, principalmente se considerarmos que toda interpretação e aplicação do direito, diante do crescente desajuste entre o quadro social e o sistema normativo, sobretudo sensível nos países da periferia capitalista, pressupõe uma valorização da ordem jurídica pelo jurista²²⁸. Aquela postura exige do juiz uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, que ultrapasse, de um lado, os passivismos e os emotivismos e, de outro, que estimule, mormente numa era de inflação legislativa e de indeterminações normativas exacerbadas, a vinculação do intérprete menos ao texto legislado fugaz e episódico, e mais aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico²²⁹.

²²⁷ MARINONI, *A jurisdição*, p. 3

²²⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 152. Salienta esse autor que “nem há como vedar a criação limitada e responsável do direito pelo juiz como forma de diminuir essa perigosa distância entre as leis e os fatos sociais”, p. 152.

²²⁹ FREITAS, *A interpretação...*, p. 63-64.

A concepção do Direito como produto acabado e não realizável em cada caso também teve influência na discussão dos conceitos clássicos de jurisdição, a iniciar pela teoria de Chiovenda, para quem a jurisdição tinha por finalidade fazer atuar a vontade concreta da lei. Segundo Chiovenda, a jurisdição revela uma função meramente declaratória, pois a função do julgador está estritamente subordinada à do legislador, devendo fazer atuar a vontade da lei ou declarar a lei²³⁰. No mesmo caminho está a teoria desenvolvida por Carnelutti, já que não desvinculada do positivismo jurídico, para quem a jurisdição tem por finalidade criar a norma individual para o caso concreto²³¹. Contudo, como adverte Luiz Guilherme Marinoni, não significa para essa última teoria que haja criação judicial do direito, pois “ao individualizar a norma superior, o juiz a declara” e “quando torna a norma concreta, ou compõe a lide no sentido da doutrina de Carnelutti, faz apenas um processo de adequação da norma – já existente – ao caso concreto”, ou seja, “mediante uma atividade de conhecimento do fato e de inteligência da norma, o juiz, ao proferir a sentença, individualiza a norma, tornando-a concreta para os litigantes”. E finaliza essa comparação dizendo que “as concepções de que o juiz atua a vontade da lei e de que o juiz edita a norma do caso concreto beberam da mesma fonte, pois a segunda, ao afirmar que a sentença produz a norma individual, quer dizer apenas que o juiz, depois de raciocinar, concretiza a norma já existente, a qual, dessa forma, também é declarada”²³².

Como forma de rompimento dessa teoria, que privilegia exclusivamente a lei, mesmo que divorciada das particularidades do caso concreto, surge o entendimento de que a atividade jurisdicional de interpretação do direito é criativa. Vale dizer, o processo decisório não se constitui num fato assim tão simples, como pode parecer, resumindo-se à subsunção lógico-

²³⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 2, p. 55.

²³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 40.

²³² MARINONI, A *jurisdição*, p. 11.

dedutiva da lei ao caso concreto. Basta lembrar que, na prática da jurisdição, o juiz primeiramente sente qual a decisão justa para o caso concreto, para somente depois justificá-la perante o sistema jurídico. Nessa síntese intelectual, é oportuno dizer, não se desconhece a influência de múltiplos e complexos fatores psicológicos, sociais e políticos. Várias são as razões que tornam indispensável o poder criativo do juiz, o que adiante será objeto de estudo. No momento, é preciso compreender que, na medida em que a Constituição é concebida como fonte suprema e autônoma de direitos e obrigações, diretamente vinculantes para todos os operadores do direito, incumbe ao Judiciário o papel de, na sua atividade de prestação jurisdicional, garantir a concretização dos valores, princípios e direitos fundamentais. Vale dizer, toda interpretação consiste em interpretar o sistema jurídico por inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual²³³. E nessa dimensão da compreensão do Direito, inequivocamente, deve o juiz submeter o texto normativo, qualquer que seja, à interpretação de acordo com a Constituição. Sobre o tema, Carlos Maria Cárcova esclarece que “a lei deve ser submetida à hierarquia constitucional, garantindo-se, assim, os direitos fundamentais nela consagrados. Ali radica substancialmente o fundamento da legitimação da Jurisdição”²³⁴.

Nesse sentido, é importante considerar que a Constituição é um conjunto normativo, cuja idéia mais assente é de que sua normatividade apresenta-se com um valor superior, axiologicamente superior, pois traduz-se no estatuto fundamental de uma comunidade, a orientar toda a interpretação do direito e, conseqüentemente, sua aplicação. E a missão de concretizar e garantir a realização dos direitos fundamentais passa pela fiscalização do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o trabalho do juiz precisa ser criativo, posto que não raramente

²³³ FREITAS, *A interpretação...*, p. 75.

²³⁴ CÁRCOVA, Carlos Maria. Los juices em la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenêutica controlada. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, p. 313-327, 1996, esp. p. 317.

se depara com leis que se revelam totalmente desassociadas do contexto social, ou, diante das peculiaridades do caso concreto, se revelam injustas. São justamente essas hipóteses que exigem um trabalho criativo dos juízes, desafiando sua argúcia e testando sua formação, na busca de soluções capazes de ensejar a harmonia social e o aperfeiçoamento da ordem jurídica²³⁵. Nesse modelo de raciocinar o direito, a motivação ganha espaço e relevância, pois é evidente que todas as escolhas relativas à interpretação e aplicação do direito necessitam de justificação, com indicação expressa dos critérios que presidiram a valoração dos textos normativos.

Logicamente que não se apregoa, com o reconhecimento da criação judicial do direito, que a subjetividade seja o preceito a comandar a decisão judicial, pois aquela, embora inerente ao exercício da jurisdição e indispensável ao aprimoramento do sistema jurídico, não pode deixar de atender à segurança jurídica, também um valor a ser prestigiado, nem pode ser exercida sem limites.

2 Motivação e valorização do material jurídico

Feitas essas considerações iniciais e sem a preocupação de escalonar os momentos da valoração fática e jurídica, pressupondo-se que os fatos também devam ser objeto de valoração jurídica, uma vez que a aplicação do direito envolve uma atividade altamente dinâmica, como se fosse uma espiral hermenêutica²³⁶, passa o julgador à tarefa de identificação da norma a ser aplicada no caso concreto. Ou seja, busca o juiz, por meio da

²³⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 69.

²³⁶ KNIJNIK, Os *Standards...*, p. 20.

interpretação sistemático-axiológica, dentro do sistema jurídico, a norma jurídica que servirá para a solução da causa discutida no processo. Trata-se de um trabalho complexo, que envolve múltiplas escolhas, uma vez que para uma determinada causa não há necessariamente uma única solução correta. Explica Eros Roberto Grau que “embora o intérprete esteja vinculado pelos textos, especialmente pelos textos dos princípios, o fato de a interpretação consubstanciar uma prudência importa que possa variar, ainda em determinado e específico espaço de tempo, o entendimento que diversas autoridades judiciárias atribuam a um mesmo texto, ao decidir questões idênticas entre si”²³⁷.

É preciso observar, no entanto, para melhor compreensão do trabalho, que de forma alguma se propõe que a escolha da norma aplicável ao caso concreto seja considerada um procedimento concentrado na atividade de *busca* da norma ideal. Na verdade, o juiz trabalha com os textos normativos, cuja fonte não se esgota no legislador, o que inclui a valoração dos textos normativos da Constituição, onde repousam os valores e princípios fundamentais do sistema jurídico. Assim, a escolha da norma jurídica aplicável ao caso é fruto de um trabalho prévio, que se concentra nos procedimentos de interpretação dos enunciados normativos. A escolha da norma, em última análise, equivale ao produto final da interpretação, quando esta, trabalhando sobre os textos normativos, que é seu objeto, cria a norma jurídica que fundamenta a decisão alcançada. As disposições, os enunciados, os textos, nada dizem; somente passam a dizer algo quando efetivamente convertidos em normas (isto é, quando – através e mediante a interpretação – são transformados em normas). Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem – elas dizem o que os intérpretes dizem o que elas dizem²³⁸. Em outras palavras, as normas jurídicas

²³⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 113-114.

²³⁸ GRAU, *Ensaio...*, p. 82. Ainda de acordo com esse autor “os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destituídos de clareza, mas sim porque devem

não são o objeto da interpretação, mas já o seu resultado. Até porque, discordando dos que adotam a classificação de que para determinados casos a decisão judicial seja obtida de maneira fácil (*casos fáceis*), porque uma única solução se impõe, enquanto que para outros casos a solução reclama escolhas complexas (*casos difíceis*)²³⁹, todo e qualquer texto normativo carece de interpretação.

Este o significado da valorização do material jurídico. E considerando que a decisão judicial encontra-se, em boa medida, condicionada pelos argumentos enunciados a propósito da valoração dos fatos que constituem o objeto do litígio e dos textos normativos que devem ser aplicados, sobre cujo sentido e alcance ponderam, a motivação surge como necessária para exteriorizar o discurso elaborado na busca da solução justa para o caso concreto. Com isso, toda a argumentação desenvolvida pelo julgador encontra-se condicionada a sua publicidade, por meio da garantia da motivação, de cuja estrutura e discurso (argumentativo) pode ser extraída uma determinada concepção de direito. E entre as concepções de direito, ainda vigora no meio jurídico, em certa medida, o positivismo jurídico, fruto da constatação de que o ensino jurídico nas universidades ainda não se livrou da velha dogmática jurídica de semblante exegético-dedutivista, uma vez que prioriza a informação em detrimento da reflexão; a reprodução de teorias em prejuízo do discurso jurídico renovador, amputando-se as possibilidades interpretativas do jurista em face do estabelecimento do ensino de um conjunto de pré-conceitos, crenças, ficções, hábitos, estereótipos, dogmas, etc. Por outro lado, quando a interpretação está voltada para o texto constitucional, e a partir dele propõe-se valorar as especificidades do caso concreto, inserido em determinado contexto social, os textos

ser aplicados a casos concretos... O fato é que a norma é construída pelo intérprete no decorrer do processo de concretização do direito. O texto, preceito jurídico, é como diz Friedrich Muller, matéria que precisa ser trabalhada..."(p. 25).

²³⁹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo:RT, 2001, p. 135.

normativos são vivificados a partir do trabalho criativo dos juízes, buscando-se sempre dar ao caso tratamento consentâneo com as exigências da justiça.

Nessa perspectiva, ao se reconhecer o papel criativo da jurisprudência, uma nova concepção de direito surge em contraponto ao positivismo jurídico clássico, o que pressupõe, em contrapartida, sejam asseguradas as garantias de controle do procedimento decisório, principalmente porque a criação judicial do direito encontra limites, dentre eles o de que a decisão seja buscada no próprio ordenamento jurídico, sem amesquinhar o valor segurança jurídica. Dentre essas garantias, destaca-se em especial a motivação, por meio da qual, com a explicitação do raciocínio judicial, propicia-se, no mínimo, a oportunidade de uma crítica sobre as justificativas na atividade de interpretação e valoração dos textos normativos.

3 A motivação na teoria do positivismo jurídico

Afirmamos ao início deste capítulo que o raciocínio jurídico contido na decisão judicial estampa uma determinada concepção do Direito. Dessa forma, podemos concluir que o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais corresponde à obrigatoriedade de o juiz publicizar, exteriorizar, um modelo de concepção do Direito. Compreendida essa relação, cumpre verificar que determinados modelos de raciocínio jurídico já não mais conferem a legitimidade de que se espera da atividade judicial de aplicação do direito, tendo em vista não apenas a inegável complexidade que cerca a atividade decisória, já que a norma jurídica produzida pelo intérprete decorre tanto da valoração dos textos normativos como dos

elementos do fato (caso concreto - dados da realidade)²⁴⁰ ao qual será ela aplicada, mas principalmente por que não mais acompanham o avanço e as exigências da sociedade atual, que reclama, cada vez mais, dinamicidade em todos os setores sociais.

Efetivamente, a sociedade de hoje espera que a interpretação e aplicação do direito sejam eficazes quanto à concreção das garantias e direitos fundamentais do sistema jurídico, vale dizer, que os programas de justiça social sejam efetivamente implementados, por meio de uma “fiscalização” judicial do cumprimento da Constituição. Para tanto, deve-se, de uma vez por todas, compreender o Direito não como um conjunto de normas postas, imutáveis, estagnadas e indiferentes à realidade social, mas, sim, como um conjunto de normas que se interligam e que evoluem constantemente conforme os movimentos históricos da sociedade²⁴¹. Isso porque o Direito e a própria atividade judicial teriam outro sentido, se não houvesse a multiplicidade de circunstâncias das relações sociais. Muitas se assemelham; muitas, entretanto, são absolutamente diferentes, com dados de identificação próprios e peculiares, e o legislador não teria condições de tudo prever. De fato, em nossa época, notadamente nas últimas décadas, a rapidez e o inesperado das transformações imprimem uma aceleração tal ao processo histórico que a marcha do direito, por mais rápida que seja, não lhe pode acompanhar o ritmo. Acresce que, legislar não pode ser obra de irreflexão, mas, ao contrário, longo trabalho de aferição dos contornos dos fatos sociais e das forças sociais que os suscitam, refreiam ou por qualquer forma por ele se interessam. Crê-se, pois, que legislar é trabalho difícil, envolvendo discussões e confronto de idéias e opiniões, afrontamento de

²⁴⁰ Observa Eros Roberto Grau que “a norma é produzida pelo intérprete, não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade – no momento histórico no qual se opera a interpretação – em cujo contexto serão aplicados” (GRAU, *Ensaio...*, p. 28).

²⁴¹ AZEVEDO, Plauto Faraco. Do método jurídico: reflexões em torno da tópica. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, p. 5-26, 1995, esp. p. 18.

visões de mundo, tudo demandando tempo, enquanto o fluxo da vida não se detém²⁴². Por tudo isso, na compatibilização dessas circunstâncias com o Direito reside a essência da atividade judicial, que pode e deve servir de caminho a sua evolução, tendo em vista a sua finalidade social.

É inevitável considerar, pois, que no cumprimento de sua missão de aplicar o direito, deve o juiz liberar-se das amarras e dos antolhos do positivismo jurídico, porque este leva à paralisia da consciência crítica do jurista. Em França, um Montesquieu mais lido e mais conhecido, ou algumas das afirmações de Montesquieu mais conhecidas e divulgadas apontam para a idéia de um Poder Judiciário nulo, a idéia de um poder que se limita a aplicar estritamente as normas jurídicas, designadamente as normas legislativas. Hoje, tem de se repensar, necessariamente, o papel do Poder Judiciário, o que nos leva à conclusão inevitável de que a superação do positivismo jurídico é indispensável à construção de uma hermenêutica material no direito, que permita transpareçam e se evidenciem os interesses em questão, demandando, inequivocamente, opções, que supõem juízos valorativos sobre os dados de fato e de direito²⁴³.

A admissão desta assertiva impõe considerar o modelo de raciocínio jurídico utilizado pelo intérprete no momento de julgar. Vale dizer, com a evolução sócio-cultural e suas implicações nas infinitas áreas de relacionamento na vida em sociedade, também é necessário reconhecer uma diversa cultura no direito, para cuja aplicação o modelo do puro raciocínio lógico-dedutivo não mais serve. E quando se propõe a ruptura ou abandono de determinado paradigma, no caso o positivismo jurídico, quer-se afirmar que não mais se justifica a adoção

²⁴² AZEVEDO, *Crítica...*, p. 75.

²⁴³ *Ibidem*, p. 73.

de um sistema²⁴⁴ normativo fechado, um sistema que se auto-referencia de modo absoluto, que a tudo prevê e a tudo permite uma solução lógico-dedutiva. Neste mundo jurídico fechado, permitia-se aos juristas e, principalmente, aos aplicadores do direito, adotarem um tipo de interpretação dos textos normativos fundamentalmente estática e linear, portanto, segura, sem apego a valorações de outras searas, como econômicas, sociais, culturais, históricas, políticas, etc. Nessas áreas o julgador não poderia ingressar para retirar fundamentos e razões para a escolha da norma jurídica aplicável e que melhor traduziria a justiça do caso concreto.

Nesse contexto, a importância da motivação era nula, porque não se lhe atribuía a função de justificar as diversas escolhas realizadas pelo julgador no momento da análise dos fatos, da valoração das provas e da interpretação e aplicação do direito. Essas tarefas não eram tidas como complexas, mas meramente mecânicas, uma vez que ao juiz não era permitida discricionariedade na interpretação do direito²⁴⁵. Todavia, por contraditório que possa parecer, na época do surgimento do positivismo jurídico, em especial com o surgimento do Código Napoleônico, na França, em 1804, a motivação assumia papel de relevância na medida em que, para salvaguardar os ideais da sociedade burguesa e garantir a segurança jurídica, era indispensável que o juiz, no campo decisório, aplicasse a lei de forma mecânica, na estreita via de conhecimento da norma legal como esta se apresentava, ou seja, abstrata e genérica. A

²⁴⁴ Sobre um novo conceito de sistema jurídico ver FREITAS, *A interpretação...* Para o autor, torna-se apropriado conceituar o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como encontram-se consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição” (Ibidem, p. 54).

²⁴⁵ Conforme Natalino Irti “a atividade cognoscitiva dos juristas postulava a unidade sistemática do ordenamento, a qual, por sua vez, espelhava a unidade do tecido orgânico das relações sociais. O sistema jurídico era a imagem das regras que constituíam a imagem das relações subjacentes, o que impossibilitava a opção de um modelo interpretativo das leis, pois as prescrições legais eram visualizadas na representação do método da dedução silogística” (IRTI, Natalino. *Decodificazione e leggi speciali*. In: *L’ETÀ della decodificazione*. Milano: Giuffrè 1989, p. 173).

motivação, pois, servia de elemento identificador da visão abstrata e formalista do sistema jurídico, exigida para a época²⁴⁶.

Analisando-se, ainda, a ideologia do positivismo jurídico, a interpretação neutra do direito cuidava de amparar o mundo da segurança. Assim, interpretar o direito significava pressupor a positividade deste, de forma que o conceito de direito positivo reduzia-se ao seu elemento estático, ou seja, à letra da lei, sendo esta a obra do legislador, cuja validade era atestada pela simples constatação de que o texto normativo foi elaborado pelo Poder Legislativo. Dessa forma, a lei, sinônimo de Direito, foi considerada como objeto exclusivo da interpretação jurídica, ignorando-se que a ciência do direito também reclama uma fundamentação racional no espaço de decisão ou das escolhas que resultam na identificação da norma jurídica aplicável ao caso concreto.

Nesse passo, entre nós, Pontes de Miranda já alertava para os perigos da dedução ao enfatizar que “não se há de exigir que o sistema jurídico seja sistema lógico em que tudo resulte como consequência necessária e que a lógica possa sempre levar à formulação de regras jurídicas por mera dedução, nem retire ao juiz e até ao jurista a revelação de regras jurídicas, uma vez que não firmam ao sistema jurídico”²⁴⁷.

Por isso, apresenta-se evidente o engano de se compreender a interpretação/aplicação do direito como atividade exclusivamente dedutiva, pois sendo o campo de atuação do intérprete o sistema jurídico, também se depara aquele com princípios, regras e valores do

²⁴⁶ Por essa razão entende-se a importância da criação do Tribunal de Cassação, na França, em 1790. De acordo com Luiz Fernando Coelho, o Tribunal de Cassação “embora dotado de poder jurisdicional, não pertencia ao Judiciário, mas constituía-se um anexo ao corpo legislativo, espécie de prolongamento do Poder Legislativo, com a função de fiscalizar a aplicação das leis e cassar toda sentença que, na opinião do Tribunal, deixasse de as acatar” (COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 193).

²⁴⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro, Borsóí, 1972, v. 2, p. 248.

mundo do direito, razão pela qual não é possível pressupor um mundo jurídico acabado fora do pensamento, tampouco conceber um conceito de sistema fechado à base de definições alheias ao mundo dos valores materiais e históricos²⁴⁸.

A prática jurídica se encarrega de demonstrar que não apenas em relação aos fatos a decisão judicial deve ser argumentativa. Sobretudo em questões puramente jurídicas constata-se a discordância sobre o sentido da lei, citando-se, por exemplo, a matéria relativa aos juros bancários, que ainda divide a opinião dos juristas. Isso mostra a impossibilidade de se aceitar, como modelo de raciocínio do direito na interpretação e aplicação dos textos normativos, que o juiz se sirva exclusivamente dos dogmas e ensinamentos do positivismo jurídico. E a premissa fundamental a corroborar este posicionamento consiste na idéia de que o positivismo estabelece uma limitação exacerbada da atividade de interpretação dos textos normativos que é realizada pelo juiz. E para justificar a necessidade de uma nova concepção do Direito na atividade de interpretação dos textos normativos basta sejam apresentadas, ao menos, três realidades com as quais se depara o intérprete:

a) O impressionante fenômeno da expansão do direito legislativo, antes centrado nos Códigos e agora participativo nas mais variadas situações da vida em sociedade. Desmistificou-se a ideologia da unidade legislativa, que estava calcada na visão do Código Civil como sistema completo, pleno, total, auto-referente, harmônico e capaz de prever todas as soluções concernentes às relações existentes na sociedade civil. O fenômeno da descodificação, somado à expansão do direito legislativo, estendido a muitíssimos domínios antes ignorados pela lei, nas palavras de Mauro Cappelletti, tornou implícito o “reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está ínsito certo grau

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 31.

de criatividade”²⁴⁹. Com isso, a interpretação do direito deixa de ser realizada nos estreitos limites do conhecimento do texto normativo, com vistas a manter a unidade sistêmica. A hoje desordenada profusão legislativa tem reflexos na aceitação do papel da jurisprudência como fonte de criação do direito. É justamente porque nos deparamos com esse fenômeno que a interpretação do direito resulta num trabalho criativo do juiz. Nesse contexto se mostram as potencialidades do processo hermenêutico, no qual se insere o poder criativo, resultado de um trabalho de adaptação das leis à concretude dos fatos, precisando-as, modificando-as, suprimindo-lhes as lacunas, em face de novas necessidades humanas ou de caracteres novos que se acresçam a velhos fatos ou, ainda, de formas diversas de valorizar os mesmos fatos, advindos da evolução social²⁵⁰. No ponto, vale lembrar que a norma jurídica é produto da interpretação, e de um texto normativo podem ser extraídas tantas interpretações quantos sejam os seus intérpretes. Resultado disso é que, sendo rica a produção legislativa, é da índole democrática a inexistência da necessária unanimidade quanto ao resultado (normas) da atividade de interpretação do direito.

b) O segundo aspecto a ser considerado diz respeito à evolução social, que o intérprete não pode descuidar ao interpretar e aplicar o direito. Fácil é compreender que a sociedade sofre com o passar dos anos inúmeras transformações, de forma que o direito também deve acompanhar essas transformações, objetivando interagir com os novos acontecimentos sociais, econômicos e políticos²⁵¹. Assim, a pureza de conhecimento que identifica o

²⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 20. Segundo o autor, o fenômeno da expansão do direito legislativo constituiu “uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou jurisprudencial e, assim, do papel criativo dos juizes” (p. 18).

²⁵⁰ AZEVEDO, *Crítica...*, p. 69.

²⁵¹ Carlos Maximiliano, em sua obra clássica, já ponderava que “por mais hábeis que sejam os elaboradores de um Código, logo depois de promulgado surgem dificuldades e dúvidas sobre a aplicação de dispositivos bem redigidos” e que “uma centena de homens cultos e experimentados seria incapaz de abranger em sua visão lúcida a infinita variedade dos conflitos de interesses entre os homens”, pois “não perdura o acordo estabelecido entre o texto expresso e as realidades objetivas” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 12).

positivismo jurídico torna o Direito alheio às necessidades e realidades sociais que surgem com a transformação contínua da sociedade, caracterizada pela massificação das relações sociais e pelo pluralismo social, donde o individualismo liberal já não mais se apresenta como sinônimo de garantia do progresso social. Principalmente no campo da economia, verifica-se o nascimento e desenvolvimento das grandes empresas transnacionais; desenvolvem-se novas formas de comunicação e aparelhamento industrial; os processos produtivos se internacionalizam; em especial no Brasil a atividade agrícola tem grande força no comércio internacional. Tais fatores impossibilitam o falacioso desejo de que o ordenamento jurídico tudo prevê e discipline, de forma abstrata e genérica. Ao contrário, não existe sistema jurídico que possa abranger e esgotar todo um inventário de situações que ocorrem em uma sociedade. Disso resulta que o Direito deve acompanhar a evolução cultural, o que acontecerá na sua concretização, por meio da interpretação realizada pelo juiz ao solucionar os casos submetidos à apreciação do Judiciário²⁵². Portanto, a interpretação jurídica possui importante função na medida em que todo texto normativo necessita da criatividade e da vivência cultural do intérprete no sentido de adequá-lo aos fatos e de integrá-lo no sistema jurídico por meio de uma valorização com os demais textos de lei, mormente as normas constitucionais.

c) Por último, sem a pretensão de esgotar o estudo das causas e fenômenos que impedem seja exercido, com exclusividade, o método do positivismo jurídico no que se refere à interpretação do Direito, exige a sociedade atual uma mudança de “pensamento jurídico” por parte dos juízes. Significa dizer que o objeto da interpretação do direito é a totalidade do sistema jurídico, tendo como referência os princípios e valores consagrados na Constituição

²⁵² Nesse sentido, João Batista Herkenhoff afirma que “a aplicação axiológica do Direito não nega que o juiz deve manter-se dentro do sistema jurídico. Desapareceria aquele mínimo de segurança jurídica, sempre desejável, se cada juiz pudesse, sem justificativa, a seu talante, transforma-se em legislador. Estaria, sem dúvida, instaurado o regime da arbitrariedade judicial. O que se afirma é que o juiz tem uma grande cota de arbítrio, sem sair do sistema legal” (HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 93).

Federal. Amplia-se o objeto da interpretação, deixando de ser apenas a lei para consagrar a força dos princípios, pois são os que conferem coerência ao sistema. Nessa nova perspectiva, transforma-se o tradicional Estado de Direito em Estado Constitucional, pois para o “constitucionalismo” a Constituição é concebida como fonte suprema e autônoma de direitos e obrigações, que devem ser respeitados e diretamente aplicados por todos os operadores jurídicos. Para tanto, ensina Juarez Freitas que na atividade judicial de interpretação constitucional “a interpretação tópico-sistemática sempre opera hierarquizando princípios, regras e valores (“metacritério” hierárquico-axiológico), estabelecendo como prioritários e diretamente eficazes os considerados fundamentais, escalonados topicamente, quando em antinomia ou para evitá-la²⁵³. Disso resulta, na prática, a inafastável possibilidade de o juiz deixar de aplicar um texto normativo em razão da sua flagrante inconstitucionalidade²⁵⁴. Vale dizer, qualquer juiz, no sistema constitucional brasileiro, tem a obrigação de controlar a constitucionalidade da lei. Essa passou a encontrar limites e formas de contorno nos valores, regras e princípios constitucionais. De acordo com essa nova roupagem, os textos normativos deixam de ter uma legitimação apenas formal, quando confrontados com as normas constitucionais, pois seus conteúdos devem ficar amarrados substancialmente aos direitos positivados na Constituição. Sobre o tema, esclarece Luiz Guilherme Marinoni que “a assunção do Estado Constitucional, se ainda permite falar do princípio da legalidade, exige que a ele se dê uma nova feição, compreendendo-se que, se antes esse princípio era formal, agora ele tem conteúdo substancial, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais”²⁵⁵.

²⁵³ FREITAS, *A interpretação...*, p. 221.

²⁵⁴ Segundo Juarez Freitas, trata-se da “interpretação que, com base nos princípios transdogmáticos alojados na Constituição, afasta a incidência da lei injusta” (FREITAS, *A substancia...*, p. 28).

²⁵⁵ MARINONI, *A jurisdição...*, p. 15.

De todo o exposto, evidencia-se ser insustentável a identificação entre lei e direito, de que adviria, para o juiz, na sua atividade de interpretação, o dever de obediência inquestionável da lei. Em consequência, a aplicação do direito não se esgota na perspectiva silogística, derivada do positivismo jurídico. Por meio deste, a hermenêutica atua muito mais no campo virtual dos textos normativos do que no do real, uma vez que a decisão judicial é alcançada por meio da atuação do mecanicismo da subsunção, em que o fato (ou o caso concreto) subsume-se à lei. Porém, a atividade jurisdicional não é assim tão automática, como ressalta a pesquisadora Margarida Camargo

o juiz, como elemento humano dotado de razão e sensibilidade, é capaz de ponderar e decidir, sem que com isso lhe atribuamos arbitrariedade. A discricionariedade atribuída ao juiz pode, muitas vezes, produzir dúvidas, mas para isso é exigida não apenas a fundamentação de suas decisões, como também prevalece a regra do duplo grau de jurisdição, ambas capazes de oferecer alguma espécie de controle. Afinal, fazem parte do direito a ponderação e a dialética na interpretação das leis, constando, portanto, como insuficiente para uma decisão pretensamente correta a simples aplicação de técnicas determinadas. Não existe técnica jurídica capaz de garantir, por si só, que o juiz julgará bem.²⁵⁶

Torna-se necessário, pois, rejeitar os pressupostos do positivismo jurídico, uma vez que levam ao empobrecimento da função judicante, negando implicitamente a atividade judicial de criação do direito, que a vida impõe e reclama. Dessa rejeição decorre o afastamento da concepção que tende a ver o direito como *ser em si*, constituído de normas e conceitos que se auto-explicariam. Nesse contexto, diante dos complexos problemas enfrentados pela sociedade, o raciocínio jurídico a ser evitado na atividade de interpretação/aplicação do direito é o da lógica-dedutiva, derivado do positivismo, pois para o positivista essa atividade resulta da utilização de regras da lógica formal, com a qual procura tão-somente alcançar o conhecimento válido do texto normativo, independentemente dos

²⁵⁶ CAMARGO, *Hermenêutica...*, p. 7.

valores que devem ser considerados na aplicação do direito ao caso concreto, ou das peculiaridades de ordem social, econômica e política.

Sobre o tema, lembra Ruy Rosado de Aguiar Júnior que

a lei necessariamente é genérica e distante da realidade do caso, cujos contornos só podem ser conhecidos do juiz. A desconsideração das peculiaridades do caso permitirá aplicação uniforme da lei, garantindo a segurança no tráfico das relações, mas muito seguidamente consistirá na negação da justiça, o que poderia ser evitado com a flexibilização do princípio normativo.²⁵⁷

De fato, a simples enunciação da subsunção lógico-dedutiva de uma norma legal a disciplinar o caso concreto mostra-se ineficaz como modelo de interpretação e aplicação do direito, pois diante de relações sociais cada vez mais complexas, espera-se uma postura crítica e atuante do judiciário, principalmente para salvaguardar direitos fundamentais²⁵⁸.

Uma decisão judicial, pois, não consiste, nem exclusiva nem substancialmente, numa aplicação lógico-dedutiva. O juiz, ao interpretar e aplicar o direito, não deve se inspirar exclusivamente na lógica-formal, mas, sim, em considerações outras, na busca de uma solução mais justa para o caso concreto, como na prática de uma interpretação sistemático-axiológica que se realiza em consonância com as normas, os princípios e com os valores consagrados na Constituição.

²⁵⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 45, p. 7-20, 1989, esp. p. 17.

²⁵⁸ Exemplifica-se com o caso dos medicamentos, sendo que cada vez mais pessoas de pouco poder aquisitivo, muitas em estado de grave risco de vida, postulam junto ao Judiciário o reconhecimento do sagrado direito à vida, seja para obrigar ao estado que forneça medicamentos necessários para o controle de doenças graves, seja para obrigar o Poder Público que garanta o atendimento médico-hospitalar. Somente para ilustrar, lembro de uma ação ajuizada pelo Ministério Público em face do Poder Público Municipal, por meio da qual solicitava a requisição de vaga em hospital da região de Passo Fundo-RS, para internação, em UTI pediátrica, de um recém-nascido, já que na comarca de Lagoa Vermelha-RS não havia equipamentos adequados para assegurar a vida da criança. No caso, todos os hospitais da região se recusavam a receber a criança em razão de seus genitores não terem condições de arcar com as despesas. A liminar, com fundamentação no direito à saúde, foi deferida em regime de plantão.

4 A criação judicial do Direito

O contraponto à idéia de que na interpretação dos textos normativos deve ser evitado, sempre que possível, o modelo rígido do positivismo jurídico traduz-se no reconhecimento do poder criativo dos juízes no momento da aplicação do direito aos casos concretos. A exata dimensão dessa realidade – a criação judicial do direito – é um ponto de grande dificuldade de compreensão do estudioso do direito, o que leva muitas vezes à sua negação²⁵⁹, seja porque há dificuldades de se estabelecer limites ao poder criativo por meio de critérios racionais, seja porque o apego exagerado à letra da lei torna-se fator de convencimento para evitar o arbítrio judicial. Todavia, compreendemos que a realidade da prática judiciária já não mais permite ignorar o papel criativo da jurisprudência, e o enfrentamento da questão se impõe. Mesmo porque, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, é procurar conciliar as técnicas de raciocínio jurídico com a justiça, ou, ao menos, com a aceitabilidade social da decisão judicial, de forma que o problema que se apresenta é saber se é possível encontrar um meio termo, uma conciliação, que afaste as tendências mais extremadas do pensamento jurídico. Ou seja, cogita-se da possibilidade de se encontrar uma via intermediária entre o positivismo jurídico e o psicologismo jurídico (decisionismo), com vistas à realização, na decisão judicial, da justiça para o caso concreto e garantir a indispensável segurança jurídica. Para essa questão, não nos deparamos com uma resposta fácil, nem cuidamos de descobri-la, já que não se trata do objeto principal do trabalho.

²⁵⁹ Adverte Plauto Faraco de Azevedo que “a simples colocação da questão costuma unir, em clamorosa negativa, expressivo número de advogados, órgãos do MP, professores das faculdades de direito, não faltando mesmo muitos juízes a vir-lhes engrossar a turba e a censura. Pois, não são três os Poderes do Estado e não dissera Montesquieu que entre eles deve haver separação?” (AZEVEDO, Plauto Faraco. Juiz e direito. Rumo a uma hermenêutica material. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 43, jun. 1988, p. 30-45, esp. p. 32-33).

Posta a questão, para o reconhecimento do papel criativo dos juízes, uma primeira premissa a destacar é a que impõe compreender que a tarefa de interpretar o direito consiste em concretizar as normas do sistema jurídico, com vistas ao caso concreto, o que pressupõe sempre que a interpretação das normas infraconstitucionais realize-se em harmonia com os valores, regras e princípios constitucionais. Assim, para o exercício dessa atividade, foi-se reconhecendo, progressivamente, a necessidade de disporem os juízes de uma liberdade de decisão de que precisam para dominar a vida na pluralidade de suas formas e na sua imprevisibilidade.

Outra premissa, não menos importante, que reforça o reconhecimento do papel criativo na interpretação/aplicação do direito diz respeito à concepção de que interpretar o direito é, essencialmente, uma atividade de *compreensão* desempenhada pelo juiz. E mesmo que se idealize uma arte precisa de redação das leis, por meio do uso de linguagem legislativa simples – o que não corresponde à realidade –, de qualquer modo, essa simplicidade da linguagem é apenas aparente e sempre deixa espaço para vagezas, incertezas e ambigüidades, as quais, em última análise, devem ser resolvidas pelo julgador.

Essa observação é restrita ao aspecto da compreensão dos signos lingüísticos, ou seja, à compreensão dos significados dos textos normativos, o que não quer dizer que a interpretação se resume à realização desta atividade, como pretendeu expor Carlos Maximiliano ao discorrer que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões de direito... Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém; é o que se chama interpretar”²⁶⁰. Evidentemente que tal orientação ignora a dimensão do papel criador

²⁶⁰ MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, p. 1.

do intérprete, na medida em que volta sua atenção tão-somente ao texto da lei em si, analisada como hipótese virtual, ignorando que na tarefa de interpretar deve o julgador dar sentido também aos fatos. Em outras palavras, para a aplicação correta do direito, interpretam-se os fatos e os textos normativos. E mais, a interpretação também envolve uma complexa conformação e hierarquização dos textos normativos que compõem o sistema jurídico, uma vez que o juiz, no caso concreto, tem o dever de dar efetividade aos direitos fundamentais. Dito isso, a compreensão como resultado da interpretação não é em relação ao texto normativo em si mesmo, mas, sobretudo, sua compreensão na vinculação que possui com a totalidade do sistema jurídico²⁶¹.

Outra circunstância importante é reconhecer a indispensabilidade de uma nova concepção do Direito, não meramente descritivo e objeto de conhecimento, mas necessariamente objeto de descoberta e valoração por parte do intérprete, mormente o juiz ao aplicá-lo à realidade social. Essa postura conduziu à descoberta de que, efetivamente, a atividade do intérprete é muito mais complexa e difícil, e de que o juiz, moral e politicamente, é bem mais responsável por suas decisões do que haviam sugerido as doutrinas tradicionais, especialmente as que surgiram a partir da escola do positivismo jurídico. Acentuando que a decisão judicial envolve sempre uma responsabilidade pessoal, moral e política, tanto quanto jurídica, do juiz e, por isso, não é fruto de uma postura “neutra”, esclarece Mauro Cappelletti que a

escolha significa discricionariedade, embora não necessariamente arbitrariedade; significa valoração e “balanceamento”; significa ter presentes os resultados práticos e as implicações morais da própria escolha; significa

²⁶¹ À propósito, Juarez Freitas esclarece que “é a interpretação sistemática, quando entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal forma que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se alcançará compreendê-los sem perdas substanciais. Nesta medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação” (FREITAS, *A interpretação...*, p. 73-74)

que devem ser empregados não apenas os argumentos da lógica abstrata, ou talvez os decorrentes da análise lingüística puramente formal, mas também e sobretudo aqueles da história e da economia, da política e da ética, da sociologia e da psicologia.²⁶²

Essa forma de conceber o Direito, que envolve, como consequência, a aceitação de que os juízes atuam de forma renovadora no exercício da jurisdição, decorre, sensivelmente, da nova função do Estado Contemporâneo que, caracterizado como Estado Social, na visão de Mauro Cappelletti, passa a cuidar dos chamados direitos sociais, em relação aos quais prescreve programas de desenvolvimentos futuros, promovendo-lhes a execução gradual, o que o diferencia do Estado Legislador clássico, que prescrevia os direitos subjetivos, meramente individuais. Ao contrário destes, os chamados direitos sociais, para sua realização, exigem uma postura ativa do Estado. Este é chamado a intervir, organizando as políticas sociais pertinentes, e permanentes, para a implantação desses direitos e das expectativas por eles gerados²⁶³.

Por isso se mostra evidente, nos dias de hoje, que diante da ineficácia do Estado em implantar os programas para tornar efetivos os direitos sociais, dentre os quais se destaca o chamado *direito à saúde*, o Judiciário é chamado, freqüentemente, para salvaguardar, no caso concreto, os direitos fundamentais consagrados na Constituição. Essa realidade descarta, por completo, a concepção formalista do direito, pois cabe ao julgador “compreender” o caso concreto e atribuir “sentido” e “valor” aos direitos fundamentais, concretizando-os para a situação que se apresenta. Efetivamente, é comum a busca da prestação jurisdicional de urgência para dar efetividade concreta ao direito à saúde, consagrado como direito

²⁶² CAPPELLETTI, *Juízes...*, p. 33.

²⁶³ *Ibidem*, p. 41.

fundamental na Constituição²⁶⁴. Nesses casos, constata-se que até mesmo norma de ordem processual e principalmente texto normativo federal²⁶⁵ devem ser interpretados de acordo com os direitos fundamentais, para que esses prevaleçam diante das peculiaridades do caso concreto. A questão da concretização do direito à saúde, que em muitos casos envolve o próprio direito à vida, revela o caráter acentuadamente criativo da atividade judicial de interpretação/aplicação do direito. A própria idéia de concretização normativa da Constituição decorre do poder criativo do juiz, na medida em que este, na prática de sua atividade, garante uma verdadeira força jurídica aos preceitos constitucionais. Compreendemos, dessa forma, que a idéia da Constituição como norma superior, como norma capaz de ser, verdadeiramente, o estatuto fundamental de uma comunidade e, concretamente, o estatuto fundamental das pessoas dentro de uma comunidade política, não tem significado real se não houver uma fiscalização judicial do cumprimento da Constituição, fiscalização esta que pressupõe a concretização judicial dos direitos fundamentais, conforme ocorre nos casos que envolvem o direito à saúde.

Saliente-se, novamente para exemplificar, que no caso das ações judiciais cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos, na aplicação do direito, após o conhecimento do caso concreto, o juiz terá mesmo de construir, ele próprio, a solução normativa a partir da valoração do direito à saúde, efetivando a aplicação direta desse direito fundamental, porque há questões que não estão resolvidas normativamente e que nesse caso cabe ao juiz encontrar a solução adequada, sob pena de denegação da justiça²⁶⁶.

²⁶⁴ De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

²⁶⁵ Faz-se referência ao artigo 273 do CPC e ao artigo 1º da Lei n. 9494/97.

²⁶⁶ Cito como exemplo uma ação que tramita na comarca em que jurisdiciono (Lagoa Vermelha-RS), por meio da qual postulou a autora, criança de 04 anos de idade, a condenação do Estado ao fornecimento de placas de pele para realização de cirurgia de reconstrução da pele, que custavam em torno de R\$ 160.000,00. No relato dos fatos conforme a inicial e demonstrados por prova documental, consta que a autora, criança de 04 anos de idade, caiu em um tonel com água fervendo, sofrendo queimaduras de 3º grau em todo o corpo. A cirurgia era

Não há, pois, como deixar de reconhecer que na interpretação e aplicação do direito o juiz exerce, sim, um poder criativo, construindo para o caso concreto a norma jurídica mais justa, já que é do conhecimento geral que não existe uma única solução correta para o caso. Assim, a negação ao poder criativo dos juízes não resiste à constatação de que diante do fenômeno que se denomina de “poluição jurídica”²⁶⁷ torna-se necessária a valorização dos novos textos normativos em conformidade com os preceitos constitucionais, deixando-se de aplicar a lei injusta – flagrantemente inconstitucional – no caso concreto, pois há uma legitimidade jurídica a ser resguardada, no caso ligada à realização da justiça, que pertence à magistratura. Constata-se essa realidade ao se perceber que leis novas nem sempre trazem em seu bojo um mínimo que seja de interesse público na regulação de determinado setor da vida; ao contrário, a lei freqüentemente traduz o interesse egoísta e inconfessável das minorias, tornando vitoriosos os mais diversos pontos de vista, o que ocorre em muitas vezes por meio de subterfúgios no processo legislativo. Carlos Maximiliano expôs com clareza o que freqüentemente ocorre no processo legislativo, realidade na qual pode ser inserida a experiência brasileira:

a vontade do legislador não será a da maioria dos que tomam parte na votação da norma positiva; porque bem poucos se informam, com antecedência, dos termos do projeto em debate; portanto, não podem querer o que não conhecem. Quando muito, desejam o principal; por exemplo, abaixar, ou elevar um imposto, cominar, ou abolir uma pena. Às vezes, nem isso; no momento dos sufrágios, perguntam do que se trata, ou acompanham indiferentes os *leadres*, que, por sua vez prestigiam apenas o voto de determinado membro da Comissão Permanente que emitiu parecer sobre o projeto. Logo, em última análise, a vontade do legislador é o da minoria.²⁶⁸

Ainda em relação à elaboração dos textos normativos, freqüentemente é o próprio legislador que abre espaço ao poder criativo do juiz, quando este é chamado a valorar ou

indispensável à sobrevivência da autora, razão pela qual foi deferida a antecipação de tutela (dados obtidos no processo n. 104.000.2583-2).

²⁶⁷ A expressão foi cunhada por Mauro Cappelletti para significar a “enorme emissão de atividade legislativa e administrativa no ambiente da vida social” (CAPPELLETTI, *Juízes...*, p. 52).

²⁶⁸ MAXIMILIANO, *Hermenêutica...*, p. 24.

preencher o conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos e cláusulas gerais. Exemplo típico de demanda corrente no Judiciário é a ação de indenização por danos morais, com previsão normativa no Código Civil²⁶⁹ e na Constituição Federal²⁷⁰. De fato não está estabelecido na lei, nem poderia estar, o conceito de dano moral e todas as implicações para o reconhecimento do dever de indenizar. Somente por meio da criação judicial da norma jurídica, especificada na fundamentação da sentença, é que serão estabelecidos os contornos do conceito de dano moral para cada caso concreto.

Com estas observações, importa considerar que, na valoração dos textos normativos, a “compreensão” destes, juntamente com a “compreensão” dos fatos, é realizada a partir da conformação com os princípios constitucionais e com os direitos fundamentais. Assim, é possível afirmar que a criação da norma jurídica²⁷¹ para o caso concreto não é apenas o resultado da interpretação da lei, mas também o resultado do controle de sua constitucionalidade. Em conseqüência, o caráter criativo, dinâmico e ativo da atividade jurisdicional é uma realidade incontestável.

E na criação da norma jurídica para o caso concreto, o juiz não deve estrita obediência à lei, conforme a concepção de Direito ditada pelo positivismo jurídico, mas, sim, deve obediência ao sistema jurídico, posto que insubsistente nos dias atuais a aplicação do direito por meio de deduções estritas da lógica-formal. Significa que na interpretação/aplicação do direito deve o juiz buscar no sistema jurídico a decisão que retrate o justo no caso concreto. Para tanto, sendo a jurisdição o mecanismo de aplicação do direito em busca da justiça para o

²⁶⁹ Art. 186 do NCCB: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou impudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

²⁷⁰ Art. 5º, inciso X, da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁷¹ Para lembrar, trata-se de esclarecer a distinção entre o texto normativo (lei) e a norma jurídica, sendo esta o resultado da interpretação daquele.

caso, e não se confundindo os significados de lei e direito, não vemos como não reconhecer que a norma jurídica que fundamenta uma decisão judicial, criada a partir da interpretação do sistema jurídico, represente o próprio direito do caso concreto.

Assim, ao invés de negarmos o poder criativo do juiz, o melhor é buscar determiná-lo a extensão. O problema que hoje se põe diz respeito aos limites da liberdade de decisão indispensável ao desempenho da atividade jurisdicional, pois o juiz tem que se manter dentro do sistema jurídico, não podendo a liberdade do julgador redundar no subjetivismo como preceito. Discricionariedade no ato de julgar não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador da norma jurídica para o caso concreto, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos.

Considerando que os fundamentos que justificam a decisão judicial devem ser exteriorizados, no sentido de dar conhecimento aos envolvidos na relação processual e à sociedade, pois trata-se de uma garantia que extrapola as fronteiras do processo, um dos principais meios de controlar o poder criativo dos juízes é justamente a garantia da motivação. Essa garantia tem por finalidade última assegurar, pela transparência, o efetivo controle sobre a legitimidade do ato decisório, sendo o conhecimento das razões que levam o juiz a decidir desta ou daquela forma o meio indispensável para o observador constatar a vinculação da decisão judicial com o sistema jurídico. A motivação caracteriza-se, pois, como elemento chave que permite distinguir o legítimo exercício do poder da arbitrariedade judicial.

6 Controle do convencimento judicial na valoração do direito

A garantia da motivação constitui-se em importante instrumento no controle da criação judicial do direito, portanto do convencimento judicial, especialmente para verificar se as decisões judiciais cumprem com a sua função social²⁷², na medida em que devem garantir a concretização dos direitos fundamentais e respeitar, efetivamente, na interpretação dos textos normativos, as normas e princípios constitucionais. A exigência da fundamentação da decisão judicial, seja esta proferida em caráter liminar ou definitivo, tem um aspecto instrumental próprio, qual seja, de apresentação das razões de decidir, a serviço da melhor prestação jurisdicional. Serve como instrumento por meio do qual o Judiciário presta contas sobre a forma como está sendo exercida a atividade jurisdicional, servindo de garantia especialmente à opinião pública, pois de forma alguma o poder criativo do juiz pode significar liberdade plena de interpretação do direito, com nítido caráter pessoal e subjetivo, o que significaria a própria negação do sistema jurídico, uma vez que este consubstancia-se em limite natural à liberdade de decisão.

A motivação, pois, é meio de controle da atividade judicial, na medida em que sempre haverá a possibilidade de o julgador extrapolar os limites da sua liberdade e ingressar no campo do decisionismo pessoal²⁷³. Dessa forma, mesmo sendo o juiz detentor de um poder e em decorrência possuir certa margem de liberdade na apreciação dos fatos e do direito, não se admite que o exerça de forma arbitrária. Em Direito, nenhum poder é ilimitado. Há limites

²⁷² A referência à função social das decisões judiciais tem significado de abertura do pensamento jurídico tradicional, como amplamente esposado neste capítulo do trabalho, traduzindo a necessidade e o sentimento de que na interpretação/aplicação do direito não basta que o juiz simplesmente aplique as leis, mas sim, que crie a norma jurídica para o caso a partir da conformação dos textos jurídicos com a Constituição.

²⁷³ Todavia, observa Plauto Fraco de Azevedo que “o poder criativo do juiz não é suscetível de uma medida exata ou de uma pesagem extrema de dúvidas, sendo, antes, como demonstra a história do pensamento

que não devem ser ultrapassados. Esses limites, segundo João Baptista Machado, são constituídos pelos princípios fundamentais, pois “a força vinculante do discurso jurídico só pode assentar, ou na letra da lei, ou nas valorações e princípios imanentes à mesma lei”²⁷⁴. Complementaríamos expondo que os limites estão assentados, ainda, nos valores, regras e princípios estabelecidos na Constituição.

Efetivamente, o reconhecimento de uma certa margem de liberdade ao juiz em face dos textos normativos, ou seja, a admissão de que, apesar de encontrar-se sujeito ao ordenamento jurídico, não pode ser indiferente à realização da justiça no caso concreto, é indispensável à adequada evolução do direito.

Necessário considerar, ainda, que o poder criativo do juiz encontra-se limitado por questões que são intrínsecas à atividade jurisdicional. Primeiro, porque não há como negar que a formação do magistrado é circunscrita pelo espírito da ordem jurídica, ou seja, seu principal instrumento de trabalho é a legislação, embora esta deva ser compreendida e readaptada de acordo com os valores que informam o sistema jurídico, e interpretada de forma a viabilizar uma resposta jurídica de acordo com as mutáveis exigências sociais. Segundo, porque na decisão judicial, o julgador está vinculado pelos dados do caso concreto, os quais, quando valorados, não podem ser reinventados ao sabor do subjetivismo do juiz. Por terceiro, cabe salientar que toda a atividade judicial é fiscalizada pelos advogados das partes, pelo Ministério Público, quando a natureza da causa exigir sua presença, e pelos Tribunais, quando a decisão é impugnada via recurso. Por fim, a motivação das decisões judiciais é vista para o juiz como uma necessidade de justificar e sustentar as diversas escolhas decorrentes da

jurídico, intrinsecamente variável, porque vinculado à determinada concepção subjacente do direito, que instrumentaliza certo tipo de lógica a ela necessariamente ajustada” (AZEVEDO, *Aplicação...*, p. 118).

²⁷⁴ MACHADO, João Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1997, p. LVI.

valoração dos fatos e dos textos normativos, correspondendo como um freio ponderável à valoração fática e jurídica realizada em desobediência ao sistema jurídico.

Como garantia constitucional, a motivação tem fundamental importância, diríamos que sua presença é mesmo indispensável, para justificar toda e qualquer escolha realizada pelo juiz na atividade de interpretar/aplicar o direito. Dar as razões das escolhas do órgão judicial é o papel essencial da motivação na apreciação do direito²⁷⁵. E nesse aspecto reside, essencialmente, um dos argumentos ao reconhecimento da legitimidade democrática da jurisdição. É o que ensina Mauro Cappelletti ao enfatizar que “particularmente, de forma diversa dos legisladores, os Tribunais Superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões de suas convicções, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália”²⁷⁶. Observamos, todavia, que não apenas os órgãos superiores têm essa obrigação, mas, sim, todo e qualquer órgão judicial.

Assim, constatado que o ativismo judicial encontra limites, é por meio da motivação das decisões judiciais que se permitirá examinar se tais limites foram observados. Realmente, o controle da atividade decisória do juiz, para evitar o arbítrio, necessita da garantia da fundamentação. É que a conexão entre a motivação e a criação judicial do direito, sendo aquela meio de controle desta, resulta da concepção segundo a qual não se pode mais sustentar a velha tese reducionista que via no juiz um aplicador mecânico da lei. Assim, se é correto afirmar que jurisdicionar é aplicar o direito, igualmente correto é entender que

²⁷⁵ É importante frisar que a atividade do juiz na escolha da norma aplicável ao caso concreto não é ato de seu exclusivo labor. Nessa atividade, o juiz não deve desprezar e desconhecer as conclusões das partes e as normas jurídicas invocadas pelos litigantes, que entendem como incidentes no caso concreto. Na investigação da norma aplicável deverá, sim, haver colaboração entre as partes e o juiz, como observa OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 167.

²⁷⁶ CAPPELLETTI, *Juízes...*, p. 98.

jurisdicionar é dar vida ao sistema jurídico. Isso porque o Direito não é auto-suficiente. Ao contrário, é pequeno diante da grandeza da vida. Todavia, sendo inevitável uma tomada de posição do juiz diante das especificidades do caso concreto, exigindo-lhe uma postura criativa, não se desconhece que uma irracional atividade decisionista atenta contra valores democráticos, conquistados por meio de lutas seculares, tais como a legalidade, o garantismo, a segurança jurídica, a tipicidade, etc. A verdade é que aos juízes compete a decisão. E em relação a esta é outorgado à sociedade em geral, e aos interessados no processo em particular, um meio de controle, que é a garantia da motivação. Inexistente esta, é possível que impere o arbítrio, ou, pelo menos, a errônea compreensão de ser direito tudo o que resulta das decisões dos juízes.

Enfim, partindo-se da premissa de que é necessária uma maior liberdade do juiz na sua atividade de interpretar/aplicar o direito, apresenta-se a motivação como garantia da sociedade, e como dever do julgador de justificar sua decisão à luz do sistema jurídico, que tem em sua estrutura as regras, princípios, valores e garantias consagrados na Constituição.

E ao ser abordada a questão, de difícil compreensão, acerca do controle do convencimento judicial na apreciação do direito aplicável ao caso concreto, tem-se que notadamente é impossível medir o grau de subjetivismo por meio da utilização de regras padronizadas ou de modelos pré-estabelecidos, na medida em que se reconhece a necessidade de liberdade do juiz na “elaboração” da norma jurídica que servirá de base à decisão judicial. O controle, pois, do convencimento judicial quanto à matéria de direito passa antes pela análise objetiva das razões de decidir do que pelo caminho subjetivo que levou o juiz a optar por determinadas escolhas valorativas em relação aos textos normativos. Como dados subjetivos, o que impulsiona as razões, os argumentos, enfim, o convencimento judicial, são

de difícil controle, a não ser que venham explicitados na decisão judicial. Assim, o controle possível do convencimento judicial na apreciação do direito fica quase que restrito aos dados e às razões objetivadas na decisão, o que é garantido pela necessária fundamentação das decisões judiciais, os quais poderão ser analisados à luz do sistema jurídico. Uma vez caracterizado este como aberto e móvel e afastada a pretensão do modelo lógico-dedutivo de aplicação do direito, tem-se que a valoração jurídica passa pela interpretação da totalidade do sistema, de forma a apontar para uma possibilidade, embora com limites, de obtenção da norma jurídica, de modo mais coerente com os princípios fundamentais²⁷⁷. Sendo essa uma das características com que se apresenta a apreciação do direito pelo juiz, inconcebível possa existir um controle puramente lógico do juízo de direito, vale dizer do convencimento judicial.

Concluindo, na apreciação do direito, submeter o processo de convencimento judicial a um possível controle significa que essa possibilidade está restrita à valoração objetiva do julgado, por meio da análise das razões, escolhas e argumentação utilizadas pelo juiz. E todas essas opções objetivadas na decisão judicial são de conhecimento público em vista do modelo brasileiro que confere dignidade constitucional à garantia da motivação. Esta, constitui-se, sim, no modelo de controle eficaz do convencimento judicial.

²⁷⁷ FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, p. 43.

OBSERVAÇÕES FINAIS

Das considerações desenvolvidas no decorrer do trabalho, podem ser extraídas conclusões de ordem geral a seguir alinhadas, sem prejuízo de outras de menor alcance expostas no texto da dissertação:

1. A garantia da motivação das decisões judiciais assume papel importante ao mudar de auditório. De simples garantia endoprocessual, de interesse das partes do processo e cuja finalidade restringe-se à possibilidade de impugnar a decisão via recurso, passou a ter dignidade constitucional, cuja natureza jurídica a consagra como uma garantia social, uma vez que é por meio da fundamentação que se torna possível ao público em geral analisar de que modo o Poder Judiciário vem exercendo o poder-dever de apreciar e valorar a situação fática, bem como viabiliza compreender como o julgador está interpretando o sistema jurídico. Por meio da motivação controla-se, portanto, o raciocínio jurídico utilizado pelo juiz na construção da norma jurídica que representa a decisão do caso concreto.

2. A motivação constitui-se em um complexo conjunto de significados, não excludentes entre si, mas cada qual com sua importância. São de ordem histórica, pois na exteriorização das razões de decidir, mormente na apreciação dos fatos, há uma verdadeira reconstrução dos dados concretos da situação litigiosa. Essa valoração dos fatos busca aproximar o juízo da realidade fática, com vistas a obter a convicção da verdade, mas não no

sentido da verdade absoluta, que é inatingível pelo processo. No significado de comunicação, serve a fundamentação de instrumento para o conhecimento das razões de decidir, que são dirigidas às partes para viabilizar o uso dos recursos, e para o Tribunal, para que possa conferir o acerto ou não da decisão tomada, com vistas ao julgamento do recurso. Trata-se de assumir a motivação a sua condição de instrumento técnico-processual. Como discurso justificativo, a motivação, na sua função endoprocessual, procura persuadir, convencer os atores da causa (partes litigantes) que a decisão tomada é a correta, é a que melhor representa a justiça do caso, muito embora esse poder persuasivo não tenha se revelado na prática muito importante, haja vista que a maioria das decisões é objeto de recurso. Já como atividade crítico-intelectual, a motivação revela sua complexidade na medida em que interpretar e aplicar o direito não se revela uma tarefa fácil. Isso porque a interpretação não se resume à utilização de um único instrumento de trabalho, no caso o texto legal isolado, mas sim representa uma convicção formada pela compreensão do sistema jurídico como um universo formado de regras legais, princípios e valores, consubstanciados sempre na supremacia das normas e direitos constitucionais.

3. O exercício do poder no Estado Democrático de Direito é sempre limitado, pois a atuação dos órgãos investidos no poder não pode deixar de observar a realização dos fins para os quais aquele foi criado nem pode desrespeitar os direitos fundamentais do cidadão, mormente, nessa questão, os que se relacionam com a legitimidade daquela atuação, como a publicidade dos atos estatais. No que se refere à função jurisdicional, a atividade de interpretação e aplicação do direito, instrumentalizada nas decisões judiciais, deve estar sujeita ao controle da sociedade como um todo, o que é alcançado quando alçada a motivação como garantia inserida no devido processo legal, pois possibilita verificar se outras garantias, indispensáveis ao reconhecimento do acesso à justiça por meio de procedimentos justos, como

a imparcialidade do julgador, a ampla defesa e contraditório, estão sendo observadas. Dessa forma, considerando que tais garantias são necessárias para o válido exercício do poder jurisdicional, a motivação das decisões judiciais atribui legitimidade à atividade jurisdicional, na medida em que é considerada como uma espécie de prestação de contas à sociedade, ao permitir a esta o controle sobre o modo como aquele poder é exercido.

4. A possibilidade de a sociedade acompanhar as decisões do Poder Judiciário exige que a função jurisdicional, como forma de manifestação de um dos poderes do Estado, seja transparente e controlável, atributos que se tornam realidade quando a motivação é vista como garantia constitucional, o que importa considerar que sua importância deixou de ser encarada apenas no e para o interesse das partes do processo, quando então realiza uma função estritamente técnica. Vista numa dimensão extraprocessual, a motivação como garantia constitucional é instrumento de justificação e de controle do exercício do poder jurisdicional que está à disposição da sociedade. Nesse caso, a motivação revela um aspecto jurídico-político, pois propicia uma forma de apreciação geral pela sociedade sobre a forma como está sendo interpretado e aplicado o Direito, possibilitando sejam concretizadas reações em face de determinado posicionamento judicial sobre uma matéria polêmica, o que geralmente ocorre por meio da imprensa.

5. Há uma inegável interdependência entre a motivação e o princípio do devido processo legal, quando encarado este como instrumento de proteção jurídica efetiva dos direitos. Somente haverá, pois, processo legítimo, na compreensão do devido processo legal, quando forem resguardadas todas as garantias constitucionais, sendo as principais a imparcialidade do juiz, o contraditório e a ampla defesa. E para o resguardo dessas garantias, a motivação surge como garantia de encerramento, pois funciona como instrumento de

proteção das demais garantias constitucionais do processo, na medida em que somente quando há decisão judicial motivada é possível verificar, por exemplo, se o contraditório foi respeitado e se o direito à valoração das provas foi observado pelo juiz no momento de decidir as questões de fato, dada a inegável importância desse direito como meio efetivo de colaboração e participação das partes na formação do convencimento do juiz.

6. Sobre a estrutura da motivação, difícil delimitar com precisão todos os elementos que a compõem, na medida em que tanto na valoração dos fatos e afirmações apresentadas no processo quanto na interpretação dos textos normativos a atividade do juiz não está subordinada a regras precisas, sendo inerente à função jurisdicional a relativa discricionariedade nas escolhas que constituem os fundamentos da decisão. Vale registrar que na formação da decisão o juiz, como qualquer pessoa, está sujeito a interferências externas, de ordem cultural, familiar, social, política, econômica, etc., pois não se compreende que exista neutralidade na atividade jurisdicional. Todavia, é possível definir que a motivação é composta de dois fenômenos em relação aos quais se sobressai sua natureza de discurso justificativo. Ou seja, para a solução da causa, a motivação deve conter a exposição da forma como foram valorados os fatos, principalmente para aferir se foi respeitado o direito à valoração das provas, bem como deve apresentar as justificativas em relação à criação da norma jurídica que serve de decisão.

7. Sentença e motivação são realidades distintas, embora intimamente relacionadas. Aquela é o produto final da atividade decisória e é composta de requisitos técnicos, que são o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Já a motivação é parte integrante da sentença e em sua estrutura encontramos o discurso justificativo ligado à apreciação dos fatos e à valoração do direito, nessa incluída a interpretação jurídica. Diante disso, é incorreto afirmar que a

sentença seja o produto de um silogismo, já que seu principal elemento, a motivação, não é caracterizada dessa forma. Como exigência da técnica processual, diz-se que a sentença deve ser coerente e lógica, ou seja, o produto das valorações presente na motivação deve corresponder logicamente ao comando da sentença – decisão final –, que representa a prestação jurisdicional para o caso concreto.

8. Não há na doutrina e jurisprudência consenso em torno do conteúdo mínimo necessário que deve conter a motivação para compreendê-la como garantia constitucional. A par disso, também não há no código de processo nem no texto da constituição regras que definam o conteúdo da motivação, o que está correto, haja vista a constatação de que, principalmente na atividade de apreciação do direito, o uso do modelo lógico-dedutivo é incompatível com a necessidade de o Direito ser interpretado levando-se em consideração o sistema jurídico todo, sempre em vista da realização dos direitos fundamentais previstos na constituição. O que pode ser definido, de acordo com a previsão constitucional, é de que toda e qualquer decisão tomada pelo juiz no curso do processo, seja sobre uma questão prejudicial ou uma questão de ordem processual, deve ser devidamente fundamentada. Dessa forma estabelece-se o que se denomina *inteireza* da motivação.

09. No direito à valoração das provas, a motivação funciona como meio que possibilita às partes verificar se efetivamente suas considerações influenciaram na formação do juízo de convencimento para a tomada de decisão sobre os fatos da causa. Assim, não significa apenas a possibilidade de as partes produzirem as provas que dispõem para demonstrar a veracidade de suas alegações. O direito à valoração das provas adquire relevância na última fase do procedimento probatório, no momento em que o juiz avalia o conjunto probatório, com o objetivo de formar seu convencimento. Abrange, portanto, o direito de serem as provas

produzidas efetivamente analisadas e avaliadas pelo julgador. Nesse sentido, a motivação funciona como garantia das partes de influenciar na decisão judicial, pois é por meio dela que poderão verificar se o juiz valorou por completo as provas produzidas no processo.

10. Somente no sistema do livre convencimento motivado, que tem na motivação seu elemento diferenciador, é possível verificar como foi realizado o procedimento probatório, desde a produção das provas, que deverá respeitar o contraditório, até o momento da valoração do conjunto probatório. Por meio deste sistema, também conhecido como sistema de persuasão racional, a valoração das provas e o direito das partes de influenciarem nessa atividade ganham racionalidade, pois permite uma controlabilidade sobre a atividade judicial, o que não existe na obscuridade do sistema do livre convencimento e nas amarras legais do sistema tarifado.

11. O sistema jurídico já dispõe de instrumentos de controle para o livre convencimento judicial, entre os quais citamos o princípio do contraditório, a garantia de publicidade dos atos jurisdicionais, o princípio do duplo grau de jurisdição e a garantia da motivação. A tentativa de criar métodos de controle do convencimento judicial, por meio de “standards”, encontra vedação constitucional, pois a Carta Maior estabelece que sejam motivadas toda e quaisquer decisões judiciais, de forma que se pode concluir pela inadminissibilidade de controle do livre convencimento por meio de premissas genéricas. Essa tentativa significa, em outros termos, tarifar e formalizar o sistema de valoração das provas, método este que já foi abandonado há décadas.

12. Na motivação das decisões judiciais, o discurso justificativo nela contido explica uma determinada concepção de direito. Sendo essa concepção a tradicional, nos moldes do

positivismo jurídico, tem-se que na apreciação do direito o julgador não procura compreender o conteúdo das regras legais, mas somente lhe incumbe aplicá-las, sendo indiferente para a solução da causa se a regra legal se mostrar injusta. De acordo com essa concepção, privilegia-se o juízo lógico de subsunção do fato à norma legal, de forma que a motivação cumpre seu papel ao atestar essa aplicação mecânica da lei. Todavia, inúmeros fatores justificam uma nova concepção quanto à atividade de apreciação do direito, entre os quais destaca-se o reconhecimento de que a Constituição é depositária de direitos fundamentais, princípios e valores, os quais são vinculantes para o operador do direito. Significa entender que toda interpretação jurídica é sistemática e deve ser realizada de acordo com a Constituição. Nesse modelo de raciocinar o direito torna-se evidente a importância da motivação, na medida em que todas as escolhas relativas à interpretação do direito necessitam de justificação.

13. Na interpretação e aplicação das normas legais, o modelo de raciocinar o direito de acordo com o positivismo jurídico deve ser evitado, pois na visão desse modelo o sistema jurídico nada mais é do que um conjunto de normas postas, estagnadas, imutáveis e indiferentes à realidade social. De acordo com o positivismo jurídico, compreende-se o sistema normativo como fechado, que se auto-referencia de modo absoluto, pois a tudo prevê e a tudo permite uma solução lógico-dedutiva, o que inviabiliza a discricionariedade do juiz na interpretação do direito e menos ainda autoriza o reconhecimento de uma criação judicial do direito. Em decorrência, o conceito de direito reduzia-se ao seu elemento estático, qual seja, à letra da lei, sendo esta o objeto exclusivo da interpretação jurídica. Nesse contexto, a importância da motivação é praticamente nula, pois ao julgador incumbe tão-somente demonstrar que no caso foi aplicada a lei, tal como esta se apresenta, sem necessidade de outras justificativas. Todavia, essa concepção de direito carece de legitimidade na medida em

que a sociedade exige cada vez mais que os direitos consagrados na constituição se revelem eficazes na prática e deixem de ser apenas promessas.

14. A prática judiciária confirma que a criação judicial do direito é uma realidade, pois a atividade de interpretação/aplicação do direito consiste em concretizar as normas do sistema jurídico, levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, harmonizando-as de acordo com os valores, regras e princípios constitucionais. Além disso, a atividade de interpretação não representa apenas a compreensão dos textos normativos, mas também o acertamento dos fatos. A atividade de valoração dos fatos e do direito é complexa, para o exercício da qual necessita o juiz de certa margem de liberdade de decisão que possibilite dominar a vida na pluralidade de suas formas e a dinamicidade das relações decorrentes da convivência social. Além disso, a criação judicial do direito se mostra presente quando o Judiciário é chamado para proteção dos direitos fundamentais consagrados na constituição, dentre os quais destaca-se o direito à vida e à saúde, para cuja concreção nem sempre há uma norma legal específica a regular o caso concreto. Nesse caso, a criação da norma jurídica para fundamentar a decisão judicial somente poderá ser fruto de uma interpretação sistemática que privilegie as normas e os direitos fundamentais.

15. O reconhecimento do poder criativo do juiz na apreciação do direito não significa liberdade plena na interpretação dos textos normativos, pois de qualquer forma essa atividade encontra limites e contornos na compreensão de que a decisão judicial deve ser buscada no sistema jurídico. Para evitar que o juiz ingresse no terreno do decisionismo pessoal, a motivação surge como instrumento de controle da atividade de aplicação do direito. Vale dizer que a motivação, como princípio dirigido ao juiz, é instrumento de justificação das diversas escolhas realizadas na valoração dos fatos e dos textos normativos, o que possibilita

analisar se a atividade jurisdicional está sendo exercida de acordo com os contornos estabelecidos pelo sistema jurídico. Em suma, para evitar o arbítrio, a motivação apresenta-se como instrumento para o exame dos limites na criação judicial do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 45, p. 7-20, 1989.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ARONNE, Ricardo. *O princípio do livre convencimento do juiz*. Porto Alegre: Fabris, 1996.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- _____. Do método jurídico: reflexões em torno da tópica. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, p. 5-26, 1995.
- _____. Juiz e direito. Rumo a uma hermenêutica material. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 43, p. 30-45, jun. 1988.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.
- _____. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. O juiz e a prova. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abril/junho 1984.

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. In: TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *Novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. In: TEMAS de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BUZUID, Alfredo. *Exposição de motivos do código de processo civil*. Brasília, 1972.

CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico: In: OPERE giuridiche. Napoli: Morano, 1965. v. 1.

_____. Processo e democrazia, In: OPERE giuridiche, Napoli, Morano, 1965. v. 1.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação jurídica: uma contribuição ao estudo do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Los juices em la encrucijada: entre el decisionismo y la hermenêutica controlada. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 68, p. 313-327, 1996.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro, 1959. v. 3.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

_____. *Introducción al estudio del proceso civil*. Buenos Aires: De Palma, 1999.

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

DENTI, Vittorio. *Estudios de derecho probatorio*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Tomás A. Bamzahf. Buenos Aires: Europa-América, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

FAZZALARI, Elio. La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo. In: LA SENTENZA in Europa. Padova: CEDAM, 1988.

FERRAZ, Ana Cândida da Cunha. *Poder constituinte do estado-membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *A substancial inconstitucionalidade da lei injusta*. Rio de Janeiro: Vozes, 1989.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Prefácio à 1ª edição. In: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A independência do juiz brasileiro. In: O PROCESSO em sua unidade II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

HERKENHOFF, João Batista. *Como aplicar o direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

IRTI, Natalino. Decodificazione e leggi speciali. In: L'ETÀ della decodificazione. Milano: Giuffrè 1989.

KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para seu possível controle. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 353, p. 14-52, 2005.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexos sobre a motivação da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 29, p. 79-81, 1983.

LOPES, João Baptista. Iniciativas probatórias do juiz e os artigos 130 e 133 do CPC. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 716, p. 41-47, 1995.

MACHADO, João Baptista. Prefácio. In: ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme *A jurisdição no estado constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 27 jun. 2005.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974. v. 1.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. O princípio do devido processo legal revisitado. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 32, n. 97, p. 265-290, mar. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. Significado do direito de defesa. In: DIREITOS fundamentais e controle da constitucionalidade. São Paulo: C. Bastos-IBDC, 1998.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. São Paulo: Ática, 1961.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Sistema de ciência positiva do direito*. Rio de Janeiro, Borsóí, 1972. v. 2.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barón de Bréde e de. *L'esprit des lois*. Paris: Garnier, [s.d.]

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. A garantia do contraditório. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 74, p. 103-120, 1998.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 59, p. 309-318, 1993.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. *A motivação da sentença civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: [s.n.], 1959.

ROCCO, Alfredo. *La sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1962.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. *Recurso no código de processo civil*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas de derecho probatório*. Buenos Aires: [s.n.] 1978.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil*. 3. ed. Porto Alegre; Fabris, 1996.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità fra lógica, retórica e dialettica. In: DIRITTO Penale: controllo di razionalità e garanzie del cittadino. Padova: Cedam, 1998.

_____. Il diritto alla prova nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 77-106, 1984.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, v. 2, p. 315-328, 1997.

_____. Il significato costituzionale dell' obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrini (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Note per una riforma del diritto delle prove. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 23, p. 237-292, 1986.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Os poderes do juiz em face da prova. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 263, p. 39-47, 1978.

_____. Prefácio. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RESP 196488/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. Julgado em: 06 dez. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. H.C. n. 11.687/PE. Julgamento em: 7 nov. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 509.887/RJ. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. Julgado em: 23 nov. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 11.760/DF. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em 11 maio 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extraordinário n. 633/ República da China. Relator: Ministro Celso de Melo Julgamento em: 29 ago. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 163.301/AM. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em: 21 out.1997.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. Apelação n. 70006097661. Julgamento em: 18 fev. 2004.

RIO GRANDE DO SUL Tribunal de Justiça. Apelação n. 70009655051. Julgamento em: 20 out. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 598146876. Relator: Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa. Julgado em: 15 set. 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70010252716. Julgamento em: 16.11.2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70007013626. Julgamento em: 27 ago. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70009312786. Julgamento em: 11 nov. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70009781220. Julgamento em: 22 set. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70005897798. Relator: Desembargador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70005897798. Julgamento em: 26 fev. 2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70008183360. Julgamento em: 25 fev. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 70008032377. Julgamento em: 16 jun. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70005810296. Julgamento em: 29 set. 2004.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 700066811506. Julgamento em: 14 set. 2004.

RIO GRANDE DO Sul. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70008228033.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70010120186.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70010214856. Julgamento em: 07 abr. 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n.70009844507.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 70006828552.

