



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Humberto Santarosa de Oliveira

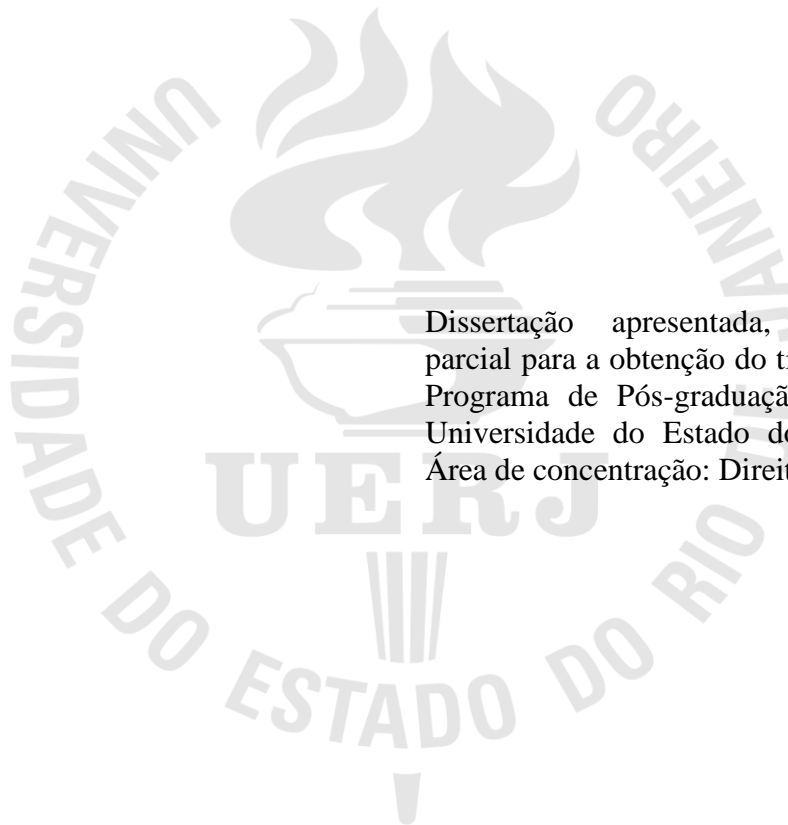
**Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como
elementos legitimadores da atuação judicial**

Rio de Janeiro

2014

Humberto Santarosa de Oliveira

Motivação e discricionariedade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2014

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

O48 Oliveira, Humberto Santarosa de.

Motivação e discricionariiedade : as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial / Humberto Santarosa de Oliveira. – 2014.

188 f.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contraditório (Direito) - Teses. 2. Direito processual - Teses. 3. Pareceres jurídicos – Teses. 3. Poder discricionário - Teses. I. Cabral, Antonio do Passo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.95

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Humberto Santarosa de Oliveira

Motivação e discricionariade: as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 23 de setembro de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha

Universidade Federal de Pernambuco

Rio de Janeiro

2014

AGRADECIMENTOS

Um trabalho de conclusão de curso jamais é construído por apenas uma pessoa. Ele representa, verdadeiramente, uma conjunção de forças que auxiliam aquele que dá seu nome ao texto final.

E assim, os primeiros agradecimentos são direcionados a Deus; apenas quem chegou neste estágio pode dizer o quanto é difícil lutar sem um apoio espiritual. Quando o físico e a mente já não mais respondem, é a força de Deus que nos alimenta para alcançar o ponto final da conclusão.

A família também tem papel preponderante; é o alicerce incondicional de qualquer ser humano, lugar de conforto e aconchego para os momentos de tormenta – os quais muitas vezes me acometeram neste período. Mauro, Norma, Mariane, Thaís e Isabela, agradeço-os por terem ao meu lado, vocês foram e sempre serão meu ponto de sustentação. Agradeço à minha namorada Lívia, que muitas vezes abdicou de seus momentos de distração para que eu pudesse dar continuidade aos estudos. A todos vocês, minha família, agradeço pela compreensão das constantes ausências – e sei que não foram poucas.

Os agradecimentos ainda são devidos aos professores que me apoiaram nesta jornada. Meu orientador, Antonio do Passo Cabral, homem de conhecimento ímpar, cuja leitura analítica e fundadas críticas ao texto possibilitaram uma melhor qualidade do trabalho. Aos professores Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Flávio Mirza, que ao participarem da banca de qualificação contribuíram substancialmente para a melhora desta dissertação. Ao professor Leonardo Greco, grande exemplo de que o conhecimento humano é para ser difundido; boa parte das consultas bibliográficas realizadas somente foram possíveis em razão do acesso incondicional ao seu acervo – além, é claro, da ajuda sempre prestativa da Márcia Vieira na busca pelos títulos – meu muito obrigado a ambos.

Por fim, merecem os meus sinceros agradecimentos os amigos que, de alguma forma, auxiliaram na construção deste trabalho. Antônio Veloso Peleja Júnior e Robson Renault Godinho, primeiros críticos do texto; suas contribuições não foram apenas assimiladas, elas são partes integrantes destas linhas. Bernard Gandelman e Mauro Dâmaso de Oliveira (amigo e pai), responsáveis pela revisão final e que certamente viabilizará a melhor compreensão do texto pelos interlocutores.

No Estado de Direito, todos os poderes sujeitam-se à lei. Qualquer intromissão na esfera jurídica das pessoas deve, por isso mesmo, justificar-se, o que caracteriza o Estado de Direito como “*rechtsfertiger Staat*”, como “Estado que se justifica”. Distingue a doutrina dois aspectos complementares dessa “justificação”: o material e o formal. A intromissão é materialmente justificada, quando para ela existe fundamento: é formalmente justificada, quando se expõe, se declara, se demonstra o fundamento.

José Carlos Barbosa Moreira

RESUMO

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Motivação e discricionariedade:** as razões de decidir e o contraditório como elementos legitimadores da atuação judicial. 2014. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que uma releitura dos princípios do contraditório e do dever de motivar as decisões judiciais, sob a ótica da maior participação dos jurisdicionados, tem o condão de alcançar a esperada legitimidade democrática da atuação judicial. Para tanto, antes de adentrar ao cerne da questão, buscou-se analisar ordenamentos de tradições jurídicas distintas, *civil law* e *common law*, a fim de delinear as perspectivas que referidos sistemas enxergavam o dever de motivar a decisão judicial. O estudo convergiu para o momento atual do direito, iniciado na segunda metade do séc. XX com o movimento de constitucionalização e, conseqüentemente, judicialização dos direitos. Uma das maiores críticas ao momento vivido é o amplo espaço interpretativo do juiz, abrindo as portas para a discricionariedade, o que foi combatido e rechaçado tendo como parâmetro as origens do instituto. Passado referido ponto, discutiu-se sobre as evoluções e novas tendências que circundam os princípios do contraditório e do dever de motivar, cuja finalidade foi demonstrar a estreita conexão entre as normas. Conclusão inexorável foi que ambos compõem a base das garantias processuais que legitimam a atuação judicial democrática. Por fim, procurou-se tecer alguns comentários sobre os equívocos cometidos na interpretação do princípio do convencimento judicial, e como essa perspectiva pode ser alterada com as diretivas presentes no projeto do novo Código de Processo Civil, haja vista que suas previsões abraçam boa parte das ideias debatidas no presente trabalho.

Palavras-chave: Princípio do contraditório. Dever de motivação. Discricionariedade. Decisão judicial. Legitimidade democrática.

ABSTRACT

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **Reasoning and discretion:** the decision's reasons and the adversarial rule as legitimized elements of the judicial action. 2014. 188f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work aims to demonstrate the repercussion brought up by a rereading of the adversarial rule and the reasoning of the judicial decisions rule, from the perspective of the greater participation of the citizens, and its effects to achieve the expected democratic legitimacy of the judicial act. In order to reach the main point of this paper, the methodology adopted includes an analysis about legal systems of different traditions, civil law and common law, with the objective to outline the perspectives that those systems had seen the duty to reasoning a judicial decision. In this context, the present study converged to the current Law perspectives, started in the second half of the 20th century with the movement of a constitutionalisation and, therefore, an increasing judicialization of rights. One of the main criticism of the current moment, is the broad space for judicial interpretation, opening the doors for discretion, which was opposed and repelled, in light of the parameters led by the origins of the institute. After this aspect, it was discussed about the new developments and trends that surround the adversarial rule and the reasoning of the judicial decisions rule, all in order to prove the close connection between such rules. The conclusion demonstrated that both standards compose the basis of the procedural guarantees that legitimating the democratic judicial act. Finally, comments were made about the equivocal understanding of the motivated free conviction rule, and how this view can be changed with the perspectives in the bill of law that represents the new Civil Procedure Code, considering that their provisions enfold a great part of the ideas of this paper.

Keywords: Adversarial rule. Duty to reasoning. Judicial decision. Discretion. Democratic legitimacy.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	9
1	OS DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS NA PERSPECTIVA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES	17
1.1	A importância do direito comparado nos ordenamentos de <i>civil law</i> e de <i>common law</i>	17
1.1.1	<u>Uma breve explanação sobre as modificações engendradas nos modelos inglês e norte-americano – o modelo legislado no <i>common law</i></u>	18
1.1.2	<u>O direito jurisprudencial no <i>civil law</i> como fator de aproximação com o <i>common law</i>.....</u>	21
1.1.3	<u>A constitucionalização e o fortalecimento do <i>civil law</i>.....</u>	23
1.1.4	<u>Independência ou interdependência entre os modelos de <i>civil law</i> e <i>common law</i></u>	24
1.2	O <i>common law</i>	25
1.2.1	<u>A situação na Inglaterra</u>	26
1.2.2	<u>A situação nos Estados Unidos da América.....</u>	30
1.3	O <i>civil law</i>.....	35
1.3.1	<u>O <i>civil law</i> e a motivação das decisões na França, na Alemanha, na Itália e no Brasil.....</u>	36
1.3.2	<u>A influência da codificação francesa-napoleônica no que tange à motivação das decisões judiciais.....</u>	39
1.3.3	<u>O movimento constitucionalista e o período de redemocratização</u>	41
1.4	A motivação das decisões na perspectiva de defesa contra arbitrariedades – a judicialização dos direitos.....	43
2	A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.....	51
2.1	O debate entre Hart e Dworkin – com uma breve passagem por Kelsen	52
2.1.1	<u>Herbert Hart e o poder discricionário do juiz.....</u>	56
2.1.2	<u>Ronald Dworkin e a inexistência de poder criativo do magistrado.....</u>	60
2.2	Um ponto de interseção nas teorias.....	67
2.3	A discricionariedade como um problema atual – atuação jurisdicional proativa.....	76

3	AS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NA ATIVIDADE JURISDICIONAL PROATIVA.....	84
3.1	O princípio do contraditório.....	85
3.1.1	<u>Noções históricas sobre o contraditório.....</u>	85
3.1.2	<u>O contraditório na perspectiva contemporânea.....</u>	90
3.1.2.1	O contraditório e a ampla possibilidade de participação.....	94
3.1.2.2	O contraditório e o dever de colaboração	100
3.1.2.2.1	Os deveres decorrentes da colaboração.....	104
3.1.2.3	O contraditório e a paridade de armas.....	107
3.1.2.4	O contraditório como direito de influir na decisão judicial.....	109
3.1.3	<u>Conclusão parcial sobre o contraditório</u>	113
3.2	O princípio da motivação das decisões judiciais.....	114
3.2.1	<u>As funções da decisão judicial.....</u>	118
3.2.1.1	A concepção endoprocessual.....	120
3.2.1.2	A concepção extraprocessual	122
3.2.2	<u>A controlabilidade das decisões judiciais</u>	125
3.2.3	<u>Justificação interna e justificação externa.....</u>	129
3.2.4	<u>A completude da decisão judicial e o ônus argumentativo do juiz</u>	132
4	A ESTREITA CORRELAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO UM <i>PLUS</i> NA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: O MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO LEGÍTIMA.....	136
5	A NORMATIZAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO UM DOS MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO.....	143
5.1	O atual CPC – ampla margem decisória x completude da decisão.....	145
5.2	O projeto do novo Código de Processo Civil e o avanço na motivação das decisões judiciais.....	151
5.3	Proposições de <i>lege ferenda</i> para melhor adequação da motivação às decisões judiciais.....	162
	CONCLUSÃO.....	171
	REFERÊNCIAS	174

INTRODUÇÃO

A motivação das decisões judiciais é tema deveras interessante e importante no atual momento histórico. Em tempos de desconfiança com relação à atuação judicial, a obrigação de expor as razões de decidir coloca-se como um elemento fundamental na justificativa da atividade judicante.

O aumento das atribuições dos juízes, que pendulou entre a criação e a mera declaração do direito – esta última situação foi decorrente do movimento de racionalização inaugurado com a Revolução Francesa e pelo Iluminismo –, parece ter encontrado o seu ponto de equilíbrio com a constitucionalização do Direito – ainda que este momento também tenha sido, e ainda vem sendo, alvo de intensas e bem fundamentadas críticas.

Todavia, a melhor leitura do Direito inaugurado ao final da Segunda Guerra Mundial é aquela realizada à luz das garantias fundamentais processuais, as quais alcançaram este *status* no mesmo momento histórico de revalorização dos ordenamentos jurídicos. O contraditório e a motivação das decisões judiciais são as duas normas que, em uma aplicação conjunta e relacional, conseguiriam sistematizar e legitimar a aplicação do direito dúctil¹ inerente à segunda metade do século XX.

O presente trabalho não tem o condão de esgotar o tema relacionado à motivação das decisões, mesmo porque o assunto é assaz arenoso e percorre caminhos que vão desde o direito processual e constitucional, até incursões mais densas em teoria do Direito. Nesta esteira, temas que exigem uma abordagem mais aprofundada sobre estes materiais, os quais são mais bem abordados em sede de teoria da argumentação jurídica, como por exemplo, a consistência e a coerência dos argumentos, não serão partes deste trabalho. Os relevantes estudos de Atienza, Habermas, Aarnio, Alexy e tantos outros, não mereceriam ser alvo de um apontamento singelo, mesmo porque suas análises pedem profundas incursões que aqui não podem ser dadas.

¹ A expressão e a ideia global sobre a ductibilidade do direito é tomada por empréstimo de ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil** – Ley, Derechos, Justicia. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011. Para Zagrebelsky a ductibilidade é a imagem representativa do direito atual – dentro de um Estado Constitucional (que na visão do autor é o passo subsequente ao Estado de Direito, pois neste o fundamento é a lei, ao passo que naquele a lei se subordina à Constituição) o único valor sólido seria a própria necessidade de aceitação de vários princípios e valores fluídos –, sendo que esta maleabilidade se ancoraria em dois termos: coexistência e compromisso. O principal foco destes termos é criar uma integração “*a través de la red de valores y procedimientos comunicativos que es además la única visión no catastrófica de la política posible en nuestro tiempo*” (p. 15).

Assim, busca-se a sinceridade com o interlocutor e fidelidade à proposta defendida, informando, de antemão, que o objetivo deste estudo é destacar a importante conexão e relação existente entre os princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais, bem como demonstrar que ambas as garantias fundamentais são pontos de partida para se discutir a legitimidade democrática dos pronunciamentos decisórios do Poder Judiciário. Todo e qualquer instituto debatido no trabalho terá como fim a demonstração de uma relação simbiótica entre as normas apontadas.

Mas antes de chegar ao cerne da questão, com a análise específica das garantias fundamentais suscitadas e o seu aspecto legitimador da atuação jurisdicional, torna-se imperioso apresentar a evolução dos ordenamentos de *civil law* e de *common law*. Este é o tema do primeiro capítulo. O corte histórico da pesquisa se mostra necessário a fim de melhor delimitar os escopos objetivados com este trabalho, que visa justamente demonstrar a necessidade de observar o processo com luzes democráticas.

A demonstração das paulatinas modificações enfrentadas pelas duas correntes jurídicas denota que as reformas processuais sofridas por cada sistema jurídico causaram uma convergência de modelos, com um nível de aproximação que não seria imaginável até pouco tempo. A criação de leis escritas nos ordenamentos de *common law* – então umbilicalmente vinculados à criação do Direito pelos Tribunais –, assim como a inserção de termos vagos na legislação do *civil law* – proporcionando uma maior atuação dos magistrados na definição do Direito em concreto –, são exemplos que elucidam a tendência de justaposição entre as tradições romano-germânica e anglo-saxã.

Mas, ainda que próximas, cada tradição permanece arraigada às suas essências, mantendo o devido respeito às suas estruturas fundantes. E aqui se encontra o objetivo de estudo do *common law* e do *civil law*, afinal, ainda que desenvolvidas sobre pilares distintos, sua fundamentação é a mesma, isto porque ambas buscaram idealizar e concretizar a igualdade e a segurança jurídica em prol dos cidadãos.

Talvez este seja o grande mote do estudo comparativo das interseções verificadas nas análises do *common law* e do *civil law*, ou seja, sintetizar o melhor de ambos os sistemas para efetivamente concretizar os seus valores fundantes – lembrando que, atualmente, eles têm a companhia de outro elemento: a efetividade.

O estudo do dever de motivação das decisões judiciais é importante neste ponto. Ciente da dificuldade em criar um modelo único de sistema dos direitos, será por meio da análise da necessidade de expor as razões de decidir pelo magistrado, em seu aspecto

material/conteudístico, que se buscará o apoio indispensável à efetivação dos valores destacados. A grande dificuldade com o tema, todavia, relaciona-se às peculiaridades de cada sistema, pois no *common law* a apresentação das razões de decidir não se encontra vinculada a uma norma prescrita impondo referida obrigação, o que torna mais oneroso o discurso argumentativo para justificar sua incidência como garantia fundamental e meio de efetivo controle das decisões por parte da sociedade.

Mas este aspecto negativo não representará óbice ao objetivo almejado. A análise do dever de motivar as decisões no espectro atual, cujas raízes advêm do período pós-Segunda Grande Guerra, com a Constituição sendo alçada ao posto de epicentro do ordenamento jurídico, demonstrará toda a profusão de nuances que a norma encampa, correspondendo, assim, aos objetivos de um processo jurisdicional democrático. Em suma, a utilização da obrigação de fundamentar o pronunciamento judicial é a grande arma da sociedade contra a atuação arbitrária do magistrado, afinal ela propiciará o controle da função judicante.

E a conclusão do primeiro capítulo é a porta de entrada para o segundo. Toda e qualquer discussão jurídica envolvendo arbitrariedades desaguará na questão dos poderes discricionários do juiz. O questionamento a respeito da possibilidade e da legalidade de conceder poderes tais aos magistrados, dentro de uma sociedade democrática, é o desafio deste capítulo.

Para tanto, a compreensão do fenômeno, que é um dado concreto, diga-se desde logo, mostra-se imperiosa. Insere-se, assim, em um dos diálogos mais conhecidos da filosofia do Direito, o embate entre Hart e Dworkin, com o primeiro representando o bloco dos positivistas, e o segundo defendendo os pós-positivistas. O dilema, em suma, compreende o fato de que o Hart chancela a existência da discricionariedade do juiz – o que decorre da própria linguagem utilizada pelo Direito e a impossibilidade de o legislador prever todas as faticidades da vida –, ao passo que Dworkin rechaça qualquer possibilidade de atuação discricionária do magistrado, pelo justo fato de restar impossibilitado na seara democrática que o Direito seja criado por agentes não eleitos.

Apesar da disparidade entre os posicionamentos e de uma suposta invencibilidade do abismo existente entre os fundamentos de cada doutrinador, a solução a ser buscada é que ambos discutirão a mesma questão por vias e premissas diferentes. O que se procurará demonstrar é que as teses defendidas por cada qual são semelhantes no sentido de defenderem a mesma opinião, porém nominando-as de maneira diversa – enquanto Hart fala expressamente em discricionariedade e criação do Direito, Dworkin defende uma

interpretação construtiva. Ora, se o conteúdo material das teses é o mesmo, não há motivos para insistir em uma disparidade formalística em decorrência da suposta diferença nas correntes filosóficas.

Ultrapassado referido ponto, buscar-se-á demonstrar que a discricionariedade judicial, na forma como entendida e interpretada anteriormente, é uma realidade no Direito. O movimento de constitucionalização, fenômeno de âmbito mundial verificado posteriormente à Segunda Grande Guerra, demonstrou que os magistrados estão cada vez mais perto da sociedade na sua tarefa de atuar o Direito, sendo certo que em muitas dessas vezes, é ele quem define o próprio Direito no caso concreto. Referida situação é verificada pela abertura semântica dos termos jurídicos utilizados nas mais diversas legislações existentes.

E ainda que a constatação acima propalada nos remeta à conclusão inexorável de que a discricionariedade é um fato presente nos ordenamentos atuais, as críticas a sua existência não deixarão de existir. Neste momento adentra-se ao ponto nevrálgico do presente trabalho. Ao defender-se que a discricionariedade é um dado presente em qualquer Direito, cumpre a tarefa de minorar os efeitos de suas críticas, quiçá extirpá-los, ou mesmo demonstrar que a sua utilização é dosada pela utilização de outros institutos processuais. A conclusão do capítulo definirá que uma decisão devida e adequadamente motivada é a solução para os supostos males observados pelos críticos da discricionariedade.

Pois bem, essa constatação permitirá o desenvolvimento do terceiro capítulo, o qual já adentrará no âmbito das garantias fundamentais. Com o fito de respaldar a ideia de que a motivação das decisões é o aspecto legitimador da atuação judicial, busca-se resgatar a concepção de contraditório embasado na premissa isonômica.

Esse resgate mostra-se necessário para atar as pontas soltas advindas das manifestações contrárias às decisões discricionárias. Um dos grandes argumentos contrários à atuação discricionária decorre do solipsismo judicial. Na visão de alguns, ao juiz, individualmente, não poderiam ser dados poderes tão amplos, mesmo porque – e revolve-se ao argumento já exposto – ele não teria legitimidade democrática para tanto.

As respostas aos questionamentos viriam através da restauração do contraditório, o qual deveria ser observado sob um viés contemporâneo, com seu conteúdo redefinido, buscando a retomada de seu aspecto dialético, outrora abandonado no ambiente processual. Uma incursão na história do princípio e a demonstração de suas evoluções e retrocessos, culminando com o seu entendimento de fomentador do diálogo entre as partes, permitirá a

inserção da ideia de influência. Esta é, assim, a função capital da norma legal que enuncia a participação dos sujeitos no ambiente processual.

Esta noção de contraditório aliar-se-á ao princípio que proclama a obrigação do juiz em expor as razões de decidir. E antes de apresentar a relação intrínseca existente entre as duas garantias, será preciso demonstrar as funções que a exposição de motivos de uma decisão tem dentro de um ordenamento jurídico. Verificar-se-á que as concepções endo e extraprocessuais da motivação devem ser sopesadas conjuntamente, mesmo porque a grande expressão da norma, hoje, é a possibilidade que confere aos cidadãos o controle dos atos jurisdicionais – viés democrático.

O controle das decisões pelos cidadãos evidenciará que uma adequada motivação das decisões judiciais somente será observada quando o magistrado justificar sua tomada de posição com base em todos os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais. Assim, é dever do juiz apresentar tanto os argumentos que embasam seu pronunciamento, como também aqueles não considerados em suas razões de decidir. Como o diálogo é inerente ao ambiente processual, e às partes é possibilitado o direito de influir na decisão do magistrado, ele tem que decidir a questão *sub judice* analisando todos os argumentos dialogados, e não apenas aqueles que subsidiam o seu pronunciamento.

E deste raciocínio é que advém a ideia de completude da motivação da decisão. Uma justificação da decisão somente é verificada com a análise de todos os elementos fáticos discutidos no processo. Este fator pode impor, ainda, um maior ou menor ônus argumentativo ao juiz na hora de decidir, afinal a decisão pode estar direta e expressamente fixada pelo legislador, ou não – caso no qual deverá dispender maiores e melhores argumentos para justificar as premissas adotadas e o direito eleito, além da consistência das justificativas dadas.

A racionalidade da decisão judicial, no espectro de um ambiente democrático, pressupõe todas estas condições para que então se possa falar em um correto e adequado pronunciamento.

Após esta incursão pelas garantias processuais, as quais, na visão do presente trabalho, representam duas das mais importantes normas procedimentais existentes no ordenamento, é que se demonstrará a simbiose formada pelos entendimentos individuais de cada qual.

A conclusão que se buscará demonstrar no quarto capítulo, é que uma atuação judicial somente será legítima caso sejam seguidas as diretrizes demonstradas no presente trabalho, ou seja, com a devida obediência e fiel seguimento a cada uma das características, funções e

objetivos advindos do contemporâneo entendimento dos princípios do contraditório e da motivação das decisões.

Os motivos que embasam o alcance da decisão final são condicionados pelo diálogo travado no seio do processo, debate este que deve influenciar o magistrado na sua decisão. E quanto mais ampla for a dialética processual, tanto maior será a necessidade de apresentar razões consubstanciadas nos argumentos existentes no processo. Os fins justificam os meios, ao passo que os meios influenciam e determinam os fins, ou seja, estes “meios” estariam representados pelo contraditório e os “fins” pela necessidade de motivar as decisões, sendo que somente observando-se e considerando-se o contraditório em toda a sua extensão é que a motivação estará apta a cumprir o seu papel constitucional. Encontra-se, assim, a imperiosa legitimidade democrática da decisão judicial.

O capítulo final do trabalho terá fins mais propositivos. Buscar-se-á analisar as previsões do projeto do novo Código de Processo Civil – recentemente aprovado na Câmara dos Deputados e remetido, de volta, para o Senado Federal – a respeito da motivação das decisões judiciais e, conseqüentemente, do próprio contraditório. O estudo de ambos os princípios em conjunto é inevitável, afinal, conforme salientado, a relação é simbiótica.

Todavia, antes de discutir a respeito das novas previsões legislativas para o processo civil, é necessária uma abordagem preliminar sobre o livre convencimento motivado. A intenção é demonstrar que a norma em questão está sendo mal administrada pelos juristas quando se busca a prestação jurisdicional, notadamente em decorrência do atual conteúdo do dever de motivar as decisões. A persuasão racional é paulatinamente deturpada na prática forense, motivo pelo qual objetiva-se direcionar as críticas contra este fato. A intenção é desmistificar os equívocos profanados contra o livre convencimento motivado, e evidenciar as vantagens que uma adequada análise do instituto, dentro de uma leitura garantista da norma, traz para o jurista e o ordenamento jurídico.

E o diferencial fica por conta da análise da norma à luz das garantias processuais constitucionais, pois, situar o real enquadramento do livre convencimento motivado é entendê-lo na linha do que se propôs a respeito do contraditório e do dever de expor as razões de decidir.

Esmiuçar-se-á, ainda, o art. 499 da lei processual em gestação, notadamente seu parágrafo primeiro. O texto de referida norma é uma compilação e sistematização de boa parte dos argumentos defendidos neste trabalho. A intenção é analisar detidamente cada uma das proposições do dispositivo, apontando suas benesses e, quando possível, criticando e

apresentando sugestões para melhora da inteligibilidade da norma. O esforço propositivo visará, sempre, à apresentação de um texto normativo que atenda aos fins da garantia fundamental de motivar as decisões judiciais, entendida no seu aspecto democrático-participativo, e objetivando a melhor e maior legitimidade do pronunciamento jurisdicional.

Por fim, mas não menos importante, será feita uma demonstração da relação existente entre a motivação das decisões judiciais e o precedente. Tema dos mais estudados nos países de tradição romano-germânica nos últimos anos, muito em razão do noticiado movimento de aproximação entre as famílias do *common law* e do *civil law*, a teoria dos precedentes guarda natural relação com as razões de decidir, o que justifica sua escolha como elemento de fechamento deste estudo sobre a motivação das decisões judiciais.

1 OS DIFERENTES ORDENAMENTOS JURÍDICOS NA PERSPECTIVA DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

1.1 A importância do direito comparado nos ordenamentos de *civil law* e de *common law*

O direito comparado sempre foi um método de estudo utilizado para analisar as características dos mais variados sistemas legais existentes. A avaliação comparativa entre os direitos aplicados pelos Estados tem como finalidade proporcionar a melhora e evolução da ciência jurídica.

A comparação realizada entre os direitos vigentes é dotada de cientificidade porque pauta-se por critérios objetivos que analisando as características comuns dos mais diversificados sistemas, buscam unir ordenamentos símiles; justifica-se, assim, a existência de uma divisão em blocos de sistemas jurídicos. Por ora, pouco importa a denominação que se objetive fornecer para diferenciar este agrupamento de “Direitos”, seja famílias, sistemas ou tradições,² o que interessa é a dualidade existente entre os conhecidos ordenamentos de *common law* e *civil law*.³

Assim, apesar das diferenças entre as famílias romano-germânica e anglo-saxã – situação que será melhor destacada *a posteriori* – é possível dizer que, atualmente, a disparidade entre os sistemas pertencentes a cada uma das tradições mencionadas não se encontra no patamar de outrora.⁴

² RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102 e seguintes, e ainda DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes. 2002. No presente texto far-se-á referência a todos os termos suscitados, sem preocupação com a etimologia da palavra e eventual maior ou menor correção de seu emprego. O fato de serem usados pelos mais diversos doutrinadores autoriza sua ampla e diversificada adequação ao contexto em exposição.

³ Não se ignora que existem outras divisões dos sistemas jurídicos, como a família composta pelos ordenamentos dos países do bloco socialista, e também aquele sistema que compõe o direito mulçumano, judaico, hindu, entre outros. Todavia, interessa-se especialmente pela divisão abordada no texto, seja por sua vasta bibliografia, seja em razão das peculiaridades decorrentes do *common law* e do *civil law*. Um estudo minucioso sobre as diversas famílias no Direito é encontrado em DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. *Op. cit.*, e ainda RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. *Op. cit.*

⁴ O nascimento da diferença entre as famílias em debate pode ser datado do século XII, época do começo da formação da tradição romano-germânica, quando as universidades europeias passaram a desenvolver uma ciência jurídica comum aos países do velho continente, com base nas compilações do imperador Justiniano; o estabelecimento do sistema romano-germânico somente se efetivou no século XIII. Sobreleva ressaltar que apesar de suas bases pioneiras, o direito ensinado das universidades foi-se afastando das leis justinianas, em decorrência de sua sistematicidade e de seu fundamento na razão – destas situações surge a escola de direito natural, que triunfou entre os séculos XVII e XVIII; para esta vertente, o direito é obra da razão, encontrando-se a legislação em um plano secundário, com função puramente administrativa. Já o nascimento do direito

No passado, verificava-se um modelo adversarial nos países atrelados ao *common law* e um modelo inquisitorial aos Estados filiados ao *civil law*. Comumente se dizia que os países ligados ao *adversarial system* era o retrato de um processo privatista, com a quase total direção das partes na condução processual; lado outro, os países adeptos do *inquisitorial system*, dedicar-se-iam a um trâmite processual dirigido pelo estado-juiz – viés publicista do processo. O papel do juiz na condução do processo, o modo de produção das provas e a força pujante das decisões judiciais eram características que determinavam o enquadramento de um Estado em um dos arquétipos processuais mencionados.⁵

A dicotomia entre privatistas e publicistas⁶ acabou perdendo um pouco de seu espaço em razão do movimento de redemocratização das sociedades modernas, cuja influência alcançou não apenas o sistema de governo, mas também grande parte do corpo de normas que regulam o Estado (em comprovação, e a título meramente elucidativo, cite-se a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos que revolucionou a compreensão, a aplicação e a interpretação do Direito).

O perecimento dos modelos, em tese, antagônicos minorou as disparidades entre as representações do *civil law* e do *common law*. A interpenetração ou a interdependência entre as características de cada sistema passou a ser uma constante, da mesma forma como ocorrera como os vieses publicistas e privatistas do processo.

A perda de elementos díspares entre as famílias ocidentais⁷ pode ser atribuída a um fator preponderante: a globalização.⁸ A circularidade das informações tornou-se, e vem se tornando, cada vez mais intensa com a evolução dos meios de comunicação. A modificação de textos normativos nos mais diversos países pode ser acompanhada, atualmente, em tempo

legislado, pode ser verificado a partir do século XVIII, com a maior preocupação dos juristas com o direito público (o direito romano distinguia entre direito público e privado), e principalmente com a era das codificações, a partir do século XIX – este direito positivo era a própria sistematização do direito natural ensinado nas universidades. Mais especificamente sobre o tema DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo** ... *Op. cit.*. p. 23-24, 35-75.

⁵ Neste sentido, TARUFFO, Michele. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 77-92.

⁶ Para síntese das ideias dos publicistas e privatistas ver GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2008, nº164, e ainda BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Neoprivatismo no Processo Civil. **Temas de Direito Processual Civil – nona série**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 87-101.

⁷ O termo, e suas perspicazes observações, são de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil contemporâneo: enfoque comparativo, *in* **Temas de Direito Processual – nona série**. São Paulo: Saraiva. 2007, p. 40.

⁸ Neste sentido, TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. **Revista de Processo**. São Paulo: RT. 2003. nº 110, p. 148-149. Também dando enfoque à globalização como fator de minoração das disparidades entre as famílias NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: JusPodivm. 2013, p. 33.

real; a própria votação de projetos de lei ou discussões doutrinárias sobre meios de aprimoramento do direito são compartilhadas e intercambiadas. Espalhou-se o conhecimento e a facilidade de acesso aos dados empíricos. Patente, assim, que as boas experiências de um modelo podem (e devem) ser importadas (com as cautelas de estilo) para o melhor desenvolvimento da ciência do Direito.

Ressalte-se, todavia, que apesar do *boom* de influências recíprocas ter sido verificado recentemente, com grande ênfase para o período pós-Segunda Grande Guerra e o movimento de constitucionalização dos Ordenamentos Jurídicos (insuflados pela globalização), a interpenetração de elementos entre o *common law* e o *civil law* já se verificava desde a antiguidade, pois “os sistemas legais cresceram através de ‘contaminações’, posto que a prática de tomar emprestado institutos de outros países sempre foi normal no desenvolvimento do direito”.⁹

E o movimento de aproximação e intercâmbio de ideias entre as duas mais importantes famílias do Direito também se verifica no próprio cerne diferencial destas tradições jurídicas: a fonte do direito. A dicotomia direito consuetudinário e direito escrito está perdendo sua força com a evolução dos ordenamentos dos países pertencentes a cada um dos blocos, demonstrando que os meios de produção da norma jurídica são cada vez mais voláteis no *civil law* e no *common law*.

1.1.1 Uma breve explanação sobre as modificações engendradas nos modelos inglês e norte-americano – o modelo legislado no *common law*

A Inglaterra, berço do direito comum, desde o final do século XX passou a contar com um corpo de leis processuais (*Civil Procedure Rules*). E o mais interessante advindo com esse

⁹ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro ...** *Op. cit.*, p. 33-34. Os argumentos do autor foram extraídos dos ensinamentos de MONATERI, Pier Giuseppe. **The ‘weak law’:** contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms). Disponível em <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>. Acesso em 31 de julho de 2013. O autor italiano assim destaca sobre o intercâmbio secular entre os sistemas jurídicos: “*First of all, I maintain that the process of importing and exporting rules and institutions is an almost unconscious process of integrating them into the ideology of the borrowing system. (...) I also think that the ideology of a system is very often not merely a local product, but a contamination of several local traits by foreign ones. (...) I do not think that these contaminations are new, nor that they are linked with globalization. With the exclusion of particularly insulated legal systems, such as the old classical English common law, rooted in a particular organization of the legal profession, every system, even those in antiquity, has grown through contaminations. The practice of borrowings has always been a normal practice, and it has never been, nor will it ever be, an activity peculiar to comparative lawyers. (...)*”.

codex, é que a própria formação dos precedentes, *locus* do direito costumeiro, deve obedecer às disposições normativas editadas pelo legislador. Nesta nova sistemática, em caso de modificação legislativa, a Suprema Corte do Reino Unido, e os demais tribunais do país, têm que adequar suas decisões ao direito legislado.¹⁰ Mas, a evolução não se mostra observável em todos os aspectos, afinal a nova Corte Maior da Inglaterra não tem – ainda – o poder de invalidar atos editados pelo legislativo, pois o país encontra-se, até então, vinculado à cultura da supremacia do Parlamento.

E referida proibição também abraçaria a impossibilidade de o Tribunal desconsiderar uma lei nacional em razão de sua contradição com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Todavia, neste caso, a Suprema Corte poderia destacar o contrassenso entre a lei

¹⁰ A mudança de rumos no direito inglês iniciou-se na década de 70, com a edição do *Civil Evidence Act* de 1972, que propagou modificações no direito probatório, rechaçando um modelo adversarial intenso, e concedendo ao juiz alguns poderes de direção do processo. As causas das modificações seriam os custos do processo, sua excessiva lentidão e a complexidade de seu funcionamento. A grande modificação, todavia, ocorreu, já na década de noventa, particularmente em 1998, com a edição da *Civil Procedure Rules*, cuja vigência iniciou-se em abril de 1999. Os objetivos da “codificação” vêm estampados logo na regra 1.1, que assim discorre: “*These rules are a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly and at proportionate cost*”. O significado do que se revestiria este “julgamento justo e célere” propalado nas finalidades da nova norma estão descritos, exemplificativamente, nos demais itens da regra acima citada. A integralidade do texto da *Civil Procedure Rule* encontra-se disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part01>. Acesso em 31 de julho de 2013. Merece menção ao fato de que mudanças significativas foram implementadas no campo do direito probatório, na mesma linha que a *Civil Evidence Act* de 1972. Para melhor compreensão desta evolução, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Revolução Processual Inglesa. In: **Temas de Direito Processual – nona série**. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 69-85. A grande motivação para a edição das *CPR* deveu-se ao relatório encomendado ao *Lord Woolf*, que nos anos de 1995 e 1996 chegou à conclusão que um dos grandes problemas da justiça inglesa seria o modelo adversarial utilizado. Nestes termos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O processo civil contemporâneo**. *Op. cit.* p. 45. Concomitantemente a elaboração da *CPR*, o que também se verifica no âmbito da justiça inglesa é a edição do *Human Rights Act* de 1998, cuja vigência iniciou-se em 2000. Essa legislação incorporou a Convenção Europeia dos Direitos do Homem ao ordenamento jurídico daquele país, com obrigatoriedade de seguimento pelos seus tribunais. Uma das maiores alterações perpetradas pela Convenção foi a extinção da *House of Lords* (mas apenas no que tange a sua função julgadora), órgão que abarcava a última instância do Judiciário do Reino Unido. A razão para sua extinção deveu-se ao fato de que a referida instituição governamental acumulava funções que tangenciavam o âmbito do três poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), o que na visão da Corte Europeia de Direitos Humanos (decisão proferida no julgamento do caso *McGonnell vs. UK, em 2000*) violava dois dos elementos fundantes de seu art. 6º, item 1, quais sejam, a independência e a imparcialidade. No ano de 2005, ocorreu a reforma constitucional que extinguiu a *House of Lords*, tendo julgado seu último caso em julho de 2009, quando então restou implementada a *United Kingdom Supreme Court*, com a primeira sessão realizada no dia 1º de outubro de 2009. Para melhores informações sobre a questão ver ANDREWS, Neil. Influência Europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT. 2011. nº. 195, p. 191 e ss., cf. ainda ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT. 2010. nº 196, p. 186 e ss.. O texto da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em português, encontra-se disponível em http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 31 de julho de 2013. Ainda, sobre o processo de formação, elementos e institutos que compõem a *common law*, ver DAVID. René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo ...** *Op. cit.*, p. 353-441.

interna e o direito supranacional (“*declaration of incompatibility*”), sendo que a invalidade ou não do ato normativo local competirá à declaração do Parlamento.¹¹

No que tange ao modelo norte-americano, em que pese o seu enquadramento na família do *common law*, as suas características são peculiares.¹² Inicialmente, se verifica a presença de uma Constituição escrita, promulgada em 1787, situação inovadora para um país vinculado à referida tradição – rememore-se que a Inglaterra, até os dias atuais, não é dotada de um instrumento tal. Conforme a doutrina mais abalizada, a Constituição norte-americana representa muito mais do que um simples texto normativo, ela é relacionada ao ato de fundação do país.¹³

A afirmação da Constituição dos Estados Unidos como epicentro do Direito norte-americano é verificada em 1803, no julgamento do *case law Marbury v. Madison*, que é por muitos tido como o marco originário do controle de constitucionalidade das leis.¹⁴ Ainda que

¹¹ Essa situação é expressamente prevista no *Human Right Act* de 1988, que na *Section 3(2)(b)* e (c), assim destaca: “(2) *This section: a) applies to primary legislation and subordinate legislation whenever enacted; (b) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of any incompatible primary legislation; (...)*”. Sobre o tema, WADHAM, John *et alii*. **Blackstone’s guide to the Human Rights Act 1998**. New York: Oxford University Press, 5th ed., 2009, p. 47, quando destaca: “*If it is not possible to read legislation so as to give effect to the Convention, then that legislation remains in force. The Courts cannot as in some constitutional structures, ‘strike it down’ as being incompatible with Convention principles. Section 3(2)(b) and (c) of the Act expressly provide that if legislation cannot be read compatibly, this does not affect its validity, continuing operation, or enforcement. Instead, in such circumstances, section 4 empowers the higher courts to express their view that the legislation is not compatible with the Convention by making a ‘declaration of incompatibility’.*”. Esta declaração de incompatibilidade entre a lei interna e a internacional é prevista na Seção 4 do *Human Right Act*. Ainda em sentido semelhante, ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. *Op. cit.*, p. 186 e ss., que destaca: “A Suprema Corte não tem poderes para invalidar um ato do Parlamento. Isso parece positivo, pois protege o Judiciário britânico da pretenciosa suposição de que eles seriam os ‘guardiões do povo’, mais do que o Parlamento eleito. Mas os Tribunais podem, sim, dizer que uma determinada lei está em desacordo com a Lei dos Direitos Humanos de 1998 (e, depois, é tarefa do Governo a de tomar providências para retificar os dispositivos apontados). Em *A v Secretary of State for the Home Department* (2005) uma *House of Lords* composta de 9 juízes considerou (50.000 palavras, 240 parágrafos) que dispositivo da Lei de 2001, sobre medidas Anti-terrorismo, Crime e Segurança, que deu à Secretaria de Segurança poder para deter suspeitos de terrorismo sem acusação ou julgamento, era incompatível com os *Convention rights*.”.

¹² A filiação dos Estados Unidos ao *common law* é narrada por RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2010. p. 64-67. O autor informa ainda que o referido país sofreu pressões para o movimento pró-codificação, o que acabou não vingando. Todavia, é perceptível a presença de raízes destes fatos, vide o Estado da Louisiana, que desde o século XVIII tem seu Direito identificado como pertencente aos ordenamentos da *civil law*.

¹³ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo ...** *Op. cit.* p. 494.

¹⁴ É vasta a doutrina que disserta a respeito do caso, por todos ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2007 e BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012. Não se pode deixar de mencionar que há questionamentos doutrinários a respeito da origem do controle de constitucionalidade, com informações de que desde o século XVII já se verificava a referida prática; o caso paradigma apontado como o verdadeiro início do controle das leis por meio da Constituição é o denominado *Bonham’s Case*, de 1610, decisão esta da lavra de *Sir Edward Coke*. Para melhor compreensão sobre o caso ver NOGUEIRA, Gustavo Santana. *Sir Edward Coke e o Judicial Review* inglês: Breve História. In: **Teoria do Processo – Panorama Doutrinário Mundial**. Coord.: Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm. 2010. p. 307-324.

seja alvo de embates, o caso citado é o mais importante em termos de teoria da Constituição, pois é a prova de que este diploma normativo rege todo o Direito da sociedade.

O fato é que, o ordenamento dos Estados Unidos da América é muito influenciado pela cultura de sua sociedade, situação que, na visão de Oscar Chase, deve-se à presença de cinco elementos chave: “liberdade, igualitarismo, individualismo, populismo e *laissez-faire*”.¹⁵ Estes valores do ideológico norte-americano tornam o direito processual e suas instituições “excepcionais”. Apesar de ser um país visivelmente inspirador para os demais ordenamentos mundo afora, principalmente a partir da segunda metade do século XX, a sua estrutura e as suas peculiaridades processuais tornam difícil qualquer forma de comparação com outros sistemas jurídicos.¹⁶

A par disso, é preciso expor que os Estados Unidos, também adotantes do modelo adversarial e de uma criação do direito pelos tribunais, sendo igualmente filiados ao direito consuetudinário, desde 1938 já possuem legislação federal regendo o processo civil (*Federal Rules of Procedure*).¹⁷ Apesar da vetusta codificação, somente com reformas processuais mais recentes, datadas de 1975,¹⁸ é que se iniciou, a passos lentos, diga-se, um desapego do modelo puramente adversarial, caracterizado por um juiz extremamente passivo.¹⁹

1.1.2 O direito jurisprudencial no *civil law* como fator de aproximação com o *common law*

O que se procurou expor no tópico precedente é que a existência do direito legislado nos países de *common law* é um fator relevante para aferir sua aproximação com o *civil law* –

¹⁵ CHASE, Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2003, nº 110, p. 115 e seguintes.

¹⁶ *Ibidem*. p. 119-120.

¹⁷ KUBINSZKY, Luiz. A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress). **Revista de Processo**. São Paulo: RT. 1982, nº 26, p. 153 e seguintes.

¹⁸ TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais ... *Op. cit.*, p. 141 e seguintes.

¹⁹ Referendando o exposto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e Processo. In: **Revista de Processo**. Revista dos Tribunais: São Paulo, out/2003, vol. 112, que assim afirma: “Menos vistosa é a evolução nos Estados Unidos. Registre-se, no entanto, que nas últimas décadas do século passado emergiu ali a figura do *managerial judge* (juiz-gerente), investido de maiores poderes de direção do feito. A tendência suscitou reações críticas na doutrina; não obstante, continuaram a surgir manifestações do fenômeno. O papel do juiz veio a tornar-se bem menos passivo, sobretudo, em setores especiais como o das *class actions* relativas a discriminação, a fraudes securitárias e a danos ao meio ambiente. Algumas modificações foram introduzidas nas *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1983 e em 1993, no sentido de propiciar mais ativa participação do juiz na fase preparatória do julgamento. De qualquer maneira, a situação do direito norte-americano ainda está distante de uma transformação radical, aliás pouco provável, se admitirmos que os rasgos básicos do seu ordenamento processual refletem valores fundamentais da sociedade americana, como o individualismo competitivo e a generalizada antipatia pela ingerência de órgãos estatais na vida dos cidadãos.”.

e via de consequência, demonstrar a minoração das disparidades entre as famílias. Contudo, merece salientar que tanto o ordenamento dos Estados Unidos, como o sistema inglês, permanecem filiados à *doctrine of stare decisis* e, conseqüentemente, ao seu sistema de fontes do Direito, cujas decisões são vinculantes e determinam as regras a serem aplicadas em casos semelhantes – mas agora com outro limite, o seguimento as determinações legais. É salutar expor que é da essência do *common law* ter a formação da norma ligada aos juízes, que ao decidir os casos concretos vão modelando os direitos das partes.

A resolução dos casos pelos juízes não foi muito bem asilada nos países continentais europeus. A característica da criação do Direito pelos Tribunais não era aceita, até pouco tempo, pelos países de tradição romano-germânica – reitera-se que o momento no qual se verifica o início desta alteração é o pós-Segunda Grande Guerra. E nem poderia ser. No aspecto histórico, a filiação ao arquétipo de codificações iniciou-se como reação ao modelo do *Ancien Régime* vigente no continente europeu. O período pós-Revolução Francesa foi um dos grandes responsáveis pela erupção do movimento de compilação de leis; a instabilidade conseqüente das lutas burguesas criou espaço para o surgimento de um novo líder, que viu na elaboração de um código o fundamento para o restabelecimento da ordem. Em 1804, Napoleão Bonaparte edita o Código Civil Francês e instaura a era das codificações.²⁰

A ideia prevalecente era a de criar um conjunto de normas que desestruturassem a cultura do antigo regime, inclusive retirando poderes das mãos dos juízes. A instituição do código visava a aprisionar a função jurisdicional à simples declaração do direito. Eis a figura amplamente conhecida do magistrado *bouche de la loi*.

A intenção de uma legiferação integral e completa era um dos objetivos do Código Francês, situação que, por motivos óbvios, acabou não vingando. Certo, no entanto, que neste momento estabeleceu-se um grande abcesso entre os países de *common* e *civil law*, qual seja, o modo de aplicação do direito. Os primeiros vinculados a uma criação jurisprudencial do *corpus juris* e os segundos apegados à lei geral e abstrata.

²⁰ Perceba-se que a escrita não objetiva narrar a história do nascimento do direito legislado, mas apenas situar o leitor no momento ápice da lei como fonte primária do Direito – este se daria com as codificações. Para uma melhor compreensão da história do nascedouro das leis, cujo período remonta ao século VI a.C. e ao Imperador Justiniano, ver RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. *Op. cit.*. 102-106, DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. *Op. cit.*. p. e ainda NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro** ... *Op. cit.*, p. 41-46. Todavia, a diferenciação entre os ordenamentos da Inglaterra e da Europa continental, ou seja, entre o *civil law* e o *common law*, são datados do século XIII, quando o Direito Romano passou a influenciar os países do velho continente. A ilha não experimentou a nova realidade em razão da sua solidificada estruturação das instituições saxônicas. *Op. cit.*, p. 31-32.

As reformas operadas no sistema do *common law* que o aproximaram da família romano-germânica, também verificaram-se nos países filiados ao *civil law*. Com a manifesta insuficiência da lei escrita para regulamentar todas as situações cotidianas, os códigos deixaram de espelhar um viés completo e coerente do Direito. As reformas legislativas operadas a partir de então, experimentavam uma realidade desconhecida, a inclusão de termos vagos e indeterminados no direito escrito.

Poder-se-ia dizer que esta tendência remonta ao antigo dilema do *Ancien Régime* a respeito do perigo do “governo de juízes”. A afirmação, todavia, não é de todo correta. A abertura da tessitura normativa mostrou-se como uma necessidade prática, decorrente da evolução social. Corolário lógico seria a ampliação dos poderes judiciais, que não mais declarariam a norma pré-existente, mas completariam o seu sentido.

Intensos debates instauraram-se a partir de então – discussões estas que restarão abordadas no próximo capítulo. O que merece destaque, todavia, é que este movimento de abertura legislativa está cada vez mais difundido e acaba impondo um necessário apontamento: os tribunais têm importância ímpar na construção do direito e seus pronunciamentos emanados, além da norma – é claro –, devem ser observados na hora de determinar-se o comportamento a ser seguido pelo cidadão – força dos precedentes. Uma nova porta de construção do Direito é aberta nos países vinculados ao *civil law*, evidenciando seu movimento de aproximação com as características do *common law*.

1.1.3 A constitucionalização e o fortalecimento do *civil law*

O ápice dos movimentos reformistas nos países de *civil law* ocorre com o movimento de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos. Os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos, estabelecidos através de conceitos não determinados aprioristicamente, no corpo de um texto jurídico que representa a norma de maior hierarquia do ordenamento, é o ponto fulcral da força dos tribunais no seu viés colaborativo de construção do sistema regulatório representado pelo Direito.

Esse movimento de restabelecimento da força do Judiciário nos países de *civil law* está atualmente atingindo as legislações infraconstitucionais. Os próprios códigos estão se adaptando a um novo modelo e buscam, através de leis escritas, dar autoridade aos

pronunciamentos judiciais. Esse comando legal pode estabelecer tanto um critério orientativo como vinculativo.²¹

Nota interessante a ser observada é que, apesar de reconhecer-se a força do direito pronunciado pelos tribunais, os países de *civil law* continuam arraigados à sua tradição do direito legislado. Conforme já propalado, o cerne diferencial entre os países vinculados às famílias mais tradicionais continua a existir, em menor grau, mas efetivamente presente – mesmo porque, isto é um elemento cultural das sociedades que dificilmente será desmantelado.

1.1.4 Independência ou interdependência entre os modelos de *civil law* e *common law*

Neste breve panorama, pode-se concluir que apesar das modificações dos sistemas normativos de Estados Unidos e Inglaterra, com um notório abandono do modelo adversarial, é inconteste que os referidos países ainda se encontram atrelados a um sistema de fonte do Direito embasado no precedente, o que os manteria, na divisão das tradições jurídicas, no bloco do *common law*. Lado outro, os países de *civil law*, por mais que estructurem-se para conformar seus ordenamentos com um regime de precedentes judiciais, acomodando suas leis

²¹ Para falar apenas em nível nacional, é ampla a produção bibliográfica a respeito dos precedentes e sua vinculação, cita-se, a título apenas demonstrativo, MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004; e GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. In: **Estudos de Direito Processual**, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 401-422. Já em nível de doutrina internacional, ver TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justiça civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, notadamente os artigos “Dimensiones del Precedente Judicial”, p. 541-556; “Precedente y Jurisprudencia”, p. 557-570 e “El Precedente en Italia”, p. 571-580. Não se pode deixar de mencionar que se encontra em discussão no legislativo brasileiro o projeto do novo Código de Processo Civil (antigo PLS 166/10, e atualmente com o número PLC 8.046/10), sendo que, na versão final aprovada pela Câmara dos Deputados, consegue-se vislumbrar na Seção V, um capítulo específico sob a alcunha “Do Precedente Judicial” (capítulo XV), compondo-se dos artigos 520 a 522. Grande parte do referido projeto embasa-se na força das decisões dos tribunais superiores e na necessidade de seu seguimento pelos magistrados de primeira e segunda instância, vide exposição de motivos do projeto (PLS 166/10), que assim destaca: “Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema. (...) A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração. Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável”. A íntegra da exposição de motivos do projeto encontra-se disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>, sendo que o acesso à íntegra do projeto encontra-se em www.camara.gov.br. Acesso em 15 de julho de 2014.

para dar pujança e coerência aos pronunciamentos dos tribunais, ainda tem sua estrutura fundante fincada na lei.

Uma última observação, contudo, se faz necessária. A estrutura de ambas as famílias jurídicas foram pensadas para satisfazer os valores da segurança e igualdade. O *common law*, com o ideal de que o Judiciário, através de suas decisões, teria melhores condições de avaliar a similitude dos casos postos sob sua análise e aplicar a mesma regra para os demais. E o *civil law* com o pensamento de que somente definindo as regras de conduta de maneira geral e abstrata é que se poderia determinar um tratamento isonômico entre os cidadãos, garantindo-lhes, ainda, a prévia ciência de seus direitos e deveres.

Apesar de jamais ter existido um modelo puro, seja de *common law*, seja de *civil law*,²² o fato é que os modelos basilares de ambas as famílias não se mostraram suficientes para corresponder aos ideais do Direito. Talvez esta seja a grande razão para a aproximação dos sistemas e a tentativa de extrair o melhor de cada um deles; cada qual ao seu modo, respeitando a sua tradição. Isto porque segurança jurídica, igualdade e, atualmente, efetividade, são valores buscados por todos os ordenamentos democráticos, e nada melhor do que um intercâmbio de conhecimento para ajustar, adequar e re-conceituar referidos valores.

O estudo da motivação das decisões judiciais, neste aspecto, será de suma importância para demonstrar que, somente provendo as deliberações jurisdicionais de justificativas racionais é que se poderá verificar e constatar o alcance de todos os valores ínsitos ao direito processual.

1.2 O *common law*

A motivação das decisões judiciais nos países de sistema anglo-saxão enfrenta desde o princípio um problema: a inexistência de norma expressa que determine a necessidade de

²² JOLOWICZ, John Antony. **On Civil Procedure**. Cambridge, 2000, que em p. 175, no capítulo intitulado “Adversarial and inquisitorial approaches to civil litigation”, assim destaca logo de início: “*It seems desirable to stress at the outset, therefore, no system of civil procedure can in the nature of things be wholly adversarial or wholly inquisitorial. It cannot be wholly adversarial because there is nothing to which a civil inquisitor can direct his enquiry unless and until one person has propounded a claim against another in more or less specific terms. It cannot be wholly adversarial because, even if we speak of the winner of a contest between the litigants parties, the winner of a contest litigation cannot be determined objectively as the winner of a race. Indeed, we neither expect nor require that the judge shall act as a human photo-electric device whose only function is to declare which of the litigants was in front when the contest ended*”. Ainda sobre esta questão, mas enfrentando o tema sob o enfoque da impossibilidade de se criar núcleos estanques de diferenciação entre as tradições de *civil law* e *common law*, tem-se DAMAŠKA. Mirjan. **The Faces of Justice and State of Authority**. Yale University Press. p. 3-6.

exposição das razões pelo decisor. Já foi salientado que a subsistência da cisão entre as famílias do *common law* e do *civil law* pode ser justificada na questão das fontes do Direito. As regras escritas para os países filiados à primeira tradição não é um elemento chave do ordenamento jurídico; a formação do Direito através das decisões das Cortes é a força motriz de seus sistemas de normas.

Esta situação reflete-se diretamente no caso em destaque. Apesar de não se verificar, nos principais países do *common law*, qualquer disposição a respeito da obrigação de motivar os pronunciamentos na jurisdição civil,²³⁻²⁴ isto não quer dizer que as decisões judiciais nestes locais cujo ordenamento se originava da tradição anglo-saxão deixassem de expor as razões de decidir. A ausência de uma norma escrita, em caráter geral e abstrato, não significa inexistência de fundamentos decisórios nas sentenças proferidas pelos países de *common law*, mas apenas uma omissão legal que justificaria a falta de obrigatoriedade em cumprir uma imposição que hoje é vista como garantia fundamental do cidadão.

1.2.1 A situação na Inglaterra

A par da inexistência de regra expressa, é antiga a prática de justificar as tomadas de posições na Inglaterra, podendo ser encontradas decisões motivadas desde o século XII, período que coincide com a conquista normanda e a formação da *common law*.²⁵ Todavia, é a

²³ Faz-se referência expressa à jurisdição civil, mas também é possível estender este fato para a seara penal. Todavia, seguindo os ensinamentos de TARUFFO, Michele. **La Motivación de la Sentencia Civil**. Madrid: Trotta. 2011, p. 328-329, pode-se dizer que na Inglaterra é possível observar a existência de regra determinando a necessidade de o magistrado expor os motivos de sua decisão, o que se verificaria no *Tribunals and Inquiries Act* de 1958; entretanto, como observa o professor italiano, esta previsão alcançava apenas as jurisdições especiais e administrativas. Ressalta o autor que as razões para a existência de previsão normativa seria a impossibilidade de conceder o mesmo prestígio tido pelos juízes ordinários, bem como facilitar a impugnação destas decisões e permitir o seu controle através da *judicial review*.

²⁴ Com relação aos Estados Unidos da América, a questão é um pouco mais extremista, não se verificando regras específicas que obriguem a motivação da decisão, apesar de poder-se falar que justificar as tomadas de posição derivam da cláusula do *due process of law*. É o que ensina TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ... Op. cit.** p. 332. Continua o autor afirmando que mesmo a jurisprudência americana jamais enfrentou a questão, citando um único caso no qual tratou especificamente da necessidade de motivar uma decisão, e na perspectiva de um julgamento justo, foi o caso *Goldberg v. Kelly*, de 1970, mas o caso discutia a definição de requisitos para um pronunciamento não jurisdicional.

²⁵ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo ... Op. cit.**, p. 357-363, ressalta o autor que a conquista normanda em fins do século XI traz para a ilha um poder forte e centralizado, pondo termo ao poder das tribos e do feudalismo presente à época. Com intuito de proteger suas posses, os normandos se enclausuram em suas propriedades para evitar influência do feudalismo inglês. Este fechamento das posses cria um sentimento de imensa disciplina frente ao soberano, que delega aos Tribunais Reais de Justiça a função de dizer o direito. Assim, estes tribunais, denominados de *Tribunais de Westminster*, nominado em razão de sua localização geográfica, passam a aplicar um direito comum para toda a Inglaterra, em oposição aos costumes

partir do século XVI que se pode estabelecer o momento culminante da prática de motivar decisões judiciais.²⁶

A motivação das decisões acaba se estabelecendo por uma necessidade prática do direito inglês. Isto porque, exercendo os Tribunais ingleses a função de criar o direito, encontrava-se dentre as suas atribuições a individualização da *ratio decidendi*, ou seja, as razões que justificariam a regra jurídica criada para ser aplicada à espécie. Encontrar esta regra pressuporia enfrentar os dados fáticos trazidos ao processo; a exposição e a justificação da decisão deveriam, assim, estar embasadas em todas as circunstâncias, denotando a necessidade prática de explicar os seus pronunciamentos.²⁷

A consolidação da necessidade de motivar as decisões judiciais no direito inglês se estabelece com a *doctrine of stare decisis*. As decisões de outrora já eram observadas em julgamentos de casos presentes e futuros, o que se justificava pelas máximas da igualdade e da segurança jurídica. Todavia, a efetiva obrigação vinculativa dos precedentes se estabeleceu apenas no século XIX, embasadas no brocardo *stare decisis et non quieta movere*.

O estabelecimento das razões de decidir e mais, da própria *rule of law* do caso em julgamento, reafirmou a imposição dos motivos que justificavam a decisão. As causas são lógicas: se o caso presente se relacionasse com um precedente, ao magistrado competiria expor as equivalências dos *cases* a fim de justificar a adoção de uma regra anteriormente firmada. Ao passo que, se o direito a ser decidido não encontrasse correspondente nos precedentes, ao magistrado impunha-se uma tarefa de jungir os fatos expostos e “criar” o direito aplicável à espécie. Em ambos os casos, a exposição dos motivos de decidir se mostrava premente.²⁸

locais vigentes à época das tribos e do feudalismo inglês. Forma-se, pois, o *common law* – este período é identificado entre os anos de 1066 a 1485.

²⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.* p. 313-314.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Merece registro que até a década de 60 do século passado, não era permitido aos tribunais ingleses modificar seus precedentes. Referido fato se justificava pela inexistência de regras escritas na ilha, e pela necessidade de dar a certeza e a segurança necessárias ao ordenamento; em contraposição, contra-argumentar-se-ia que esta solidez da jurisprudência poderia ocasionar o engessamento do direito em razão da evolução social. A situação, contudo, restou modificada pela *House of Lords*, corte de maior hierarquia da Inglaterra na época – atualmente esta cadeira é da *Supreme Court of United Kingdom* –, que no ano de 1966 editou a *practice statement* permitindo o abandono da rigidez da regra do *stare decisis*. Sobre o assunto, ver WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law* e *common law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2009, nº 172. Ainda no assunto, pode-se destacar que apesar de maior flexibilidade da regra do *stare decisis*, entre os anos de 1966 e 2009, verificou-se que apenas 21 entendimentos foram modificados; considerando que tanto a *House of Lords* como a *Supreme Court of United Kingdom* julgam uma média de 80 casos por ano, e que a possibilidade de modificar os precedentes no período indicado reflete 43 anos de vigência da nova regra, os 21 posicionamentos modificados representam a ínfima porcentagem (aproximadamente 0,63%) de entendimentos alterados. Todas as informações numéricas são encontradas em

A situação na Inglaterra se estendeu até o final do século XX, a partir de quando a obrigação de motivar as decisões judiciais passou a compor o espectro da legislatura escrita do país.

O fato deveu-se ao já comentado fenômeno da incorporação das normas da Convenção Europeia de Direitos do Homem por parte da Inglaterra, o que se verificou com a Lei de Direitos Humanos de 1998 – mas que somente entrou em vigor em outubro de 2000.²⁹

Neste ínterim, deve-se ter em mente que o artigo 6º da Convenção, que trata do direito a um processo equitativo, estabelece, em seu item 1 – entendimento esse chancelado por reiteradas decisões da Corte Europeia de Direito Humanos³⁰ – a necessidade de motivação da decisão como um direito do cidadão. E com a aludida incorporação da Convenção pelo direito inglês, restou assente que o país começou a contar com uma regra escrita (e geral) que impunha o dever de motivar as decisões.³¹

Percebe-se, assim, que somente a partir do ano 2000 é que a motivação das decisões judiciais passou a ser encarada como uma obrigação decorrente de uma norma escrita e, mais importante, vista como uma garantia ao cidadão e sinônimo de um processo justo.³² Esta abordagem é o foco central do presente estudo. Antes da incorporação da regra escrita, o que se vislumbrava era a necessidade prática de expor motivos de decidir pura e simplesmente em razão do sistema jurídico adotado pelo país, o qual embasava-se no regime dos precedentes e

ANDREWS, Neil. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta Corte Britânica ... *Op. cit.*

²⁹ Para uma melhor abordagem sobre o assunto ver nota de nº 10, *supra*.

³⁰ A título exemplificativo, podem-se mencionar as primeiras decisões que referendaram a necessidade de motivar as decisões, *Hiro Balani v Spain* (1994) EHRR 566, para 27, ECHR; *Ruiz Torija v Spain* (1994) 19 EHRR 553, para 29, ECHR; e ainda *Helle v Finland* (1997) 26 EHRR 159, para 10, ECHR. Para maiores indicações de decisões da Corte de Estrasburgo, ver ANDREWS, Neil. **English Civil Procedure** – Fundamentals of the New Civil Justice System. New York: Oxford University Press. 2003, p. 98-99.

³¹ A questão é assim analisada por Andrews: “Modernamente, entende-se que decisões finais em casos cíveis devem ser motivadas. Esta posição se funda em três relevantes precedentes da *Court of Appeal*: *Flannery vs. Halifax Estate Agencies Ltd* (2000) (considerando o *Common Law*), *English vs. Emery Reimbold & Strick Ltd* (2002) e *North Range Shipping Ltd vs. Seatrans Shipping Corporation* (2002) os últimos dois levando em conta o art. 6(1) da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Assim, o *Common Law* e a interpretação do art. 6(1) coincidem inteiramente, no que diz respeito a este ponto”, em ANDREWS, Neil. *Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar* – a experiência inglesa. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. In: **Revista de Processo**. São Paulo. 2011, nº 192, p. 104.

³² Merece registro o fato de que, apesar das *Civil Procedure Rules* não possuírem uma norma geral de obrigação de motivar as decisões, percebe-se através da regra 27.8, item 6, que as *small claims track* possuíam regra específica a respeito – salienta-se a título de curiosidade que a regra 27 trata especificamente destas ‘pequenas cortes’ inglesas. Ainda que restrita, a regra já apresenta um avanço em relação ao tema, e assim destaca: “(6) *The court must give reasons for its decision.*”. O texto da regra está disponível em <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part27#IDANMSBB>. Acesso em 08 de agosto de 2013.

no estabelecimento da *ratio decidendi* – seria de todo incoerente pensar em um sistema de vinculação de decisões judiciais se estas não fossem motivadas.³³

Todavia, não se pode dizer que a vinculação da motivação das decisões judiciais a uma norma escrita passou a ser a resolução de todos os problemas ligados ao dever jurisdicional de expor suas razões. Como será abordado nas linhas posteriores, um dos aspectos mais importantes da motivação das decisões é a sua condição de *locus* de verificação da participação dos sujeitos processuais na atividade jurisdicional, o que atualmente mostra-se como um corolário do Estado Democrático de Direito.

No entanto, mesmo que movidos por uma regra positivada que obriga a motivação das decisões, parece que os tribunais ingleses ainda não sentiram o verdadeiro espectro subjacente ao dever de justificar suas tomadas de posição. Esta impressão pode ser verificada a partir de decisão do ano de 2002, tomada pela *Court of Appeal*, no caso *English vs. Emery Reimbold & Strick Ltd.*³⁴

Pelo teor da decisão supra, quer-se parecer que a obrigação de motivar as decisões está sendo encarada pelo Judiciário inglês como aquela antiga necessidade prática existente desde o século XII, o que definitivamente não é ancorado no atual estágio do Direito. As garantias processuais dos cidadãos que permeiam boa parte dos ordenamentos jurídicos vigentes, com estudos visando inclusive a sistematizar uma ordem de normas processuais comuns aos países em geral,³⁵ não podem ser relegadas a aspectos práticos, mas devem ser observadas e respeitadas para que a prestação jurisdicional alcance seus escopos. E no caso da obrigação de motivar as decisões, o desígnio principal é a possibilidade de controle da decisão pelas partes e pela sociedade, além da possibilidade de ver seus argumentos adotados ou refutados pela decisão judicial.³⁶

³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual – segunda série**. Rio de Janeiro: Saraiva. 1988, p. 84.

³⁴ A respeito do assunto, assim destaca Neil Andrews: “A [Corte Europeia de Direitos Humanos] (...) exige que a decisão apresente razões suficientes para demonstrar que as questões essenciais levantadas pelas partes foram decididas pela Corte local e como tal foram resolvidas. Não parece que a jurisprudência da Corte de Estrasburgo vá longe, a ponto de exigir que se esclareça porque se adotou um argumento em vez de outro, porque se preferiu uma prova, à outra.”, em ANDREWS, Neil. Decisões Judiciais ... *Op. cit.*, p. 104.

³⁵ Por seu pioneirismo e por todos, CAPPELLETTI, Mauro. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. Milão/Nova Iorque: Giuffrè-Oceana, 1973. E ainda ANDREWS, Neil. The modern procedural synthesis: the american law institute and unidroit's ‘principles and rules of transnational civil procedure’. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, vol. 164, p. 109 e seguintes.

³⁶ A respeito, escrevendo em época na qual não se observava uma regra escrita que determinasse aos magistrados ingleses motivar suas decisões, mas que pela adequação aos dias atuais, merece registro as palavras de Michele Taruffo, que assim expõe: “*El verdadero problema, en cambio, reside en el hecho de que, desde el punto de vista de la garantía para las partes, la motivación espontánea no siempre permite un verdadero control sobre los fundamentos de la decisión; entonces, lo que hace falta no es una obligación genérica de motivar, sino una*

Apesar da evolução na questão atinente à previsão de uma norma que determinasse a obrigação de motivar as decisões judiciais, o registro negativo da nova tendência inglesa fica por conta da permanência do regime de conhecimento dos recursos direcionados às Cortes Superiores. A prática forense daquele país informa a desnecessidade de justificar as decisões que denegam conhecimento às irresignações das partes, situação corrente nas cortes de apelação inglesas. E mais estranho do que a manutenção do entendimento, foi a reverência a este posicionamento por parte da Corte Europeia de Direitos Humanos,³⁷ que conforme visto, é defensora das garantias fundamentais processuais, além de responsável pela norma que positiva a obrigação de motivar os pronunciamentos jurisdicionais na Inglaterra.

1.2.2 A situação nos Estados Unidos da América

O direito norte-americano não difere muito do inglês, mesmo porque o processo de colonização do novo mundo transpôs o ordenamento do colonizador para o colonizado. A abordagem, então, deverá ser iniciada a partir do processo de independência norte-americano e a promulgação de sua Constituição, datada de 1787, quando então principiaram as peculiaridades do direito nos Estados Unidos. As emendas à Constituição, sintetizadas no *Bill of Rights*, rol de direitos fundamentais garantidos aos cidadãos, também serão brevemente analisadas buscando verificar como alguns institutos são vislumbrados pelos norte-americanos.

Ainda que dotados de uma Lei Maior escrita, também não se visualizava no âmbito norte-americano uma regra geral que obrigasse à motivação das decisões. Todavia, a Suprema Corte, desde o seu primeiro julgamento, adotou a prática de expor os motivos de seu convencimento.³⁸

Um dado relevante a respeito do sistema norte-americano refere-se ao fato de que apesar das decisões da Suprema Corte serem motivadas,³⁹ as decisões dos tribunais de

norma que garantiza en todos los casos que tendrá lugar una motivación adecuada e idónea para permitir dicho control", em TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 330-331.

³⁷ ANDREWS, Neil. **English Civil Procedure ...** *Op. cit.* p. 102, destacando que "*The Court of Appeal in the North Range Shipping case noted that the European Commission on Human Rights has held that refusal of permission to appeal to superior courts need not be accompanied by reasons, (...). Indeed the European Court of Human Rights has also confirmed that the House of Lords need not give reasons for refusing permission to appeal to that court.*".

³⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.* p. 315

³⁹ Há algumas exceções, porém a mais substancial é aquela referente ao *writ of certiorari*, cuja deliberação ocorre em sessão secreta e o seu resultado não é motivado. O *writ* corresponde ao pedido de acesso à Corte de

primeira instância não são dotados dos fundamentos que justificam a posição adotada. Rememore-se que nos Estados Unidos sobrevive com grande respaldo a instituição do júri, inclusive para os casos de natureza cível, no qual as decisões, propriamente ditas, não são tomadas por juízes, funcionários do Estado, mas por um grupo de cidadãos comuns, através de um “*general verdict*”.⁴⁰

A conjuntura acaba sendo um pouco diferente para os casos em primeira instância que não são julgados pelo júri. Isto porque as *Federal Rules of Civil Procedure*, em sua regra 52(a), assentou que nesta situação é dever do juiz estabelecer os fatos nos quais se apoia o seu julgamento, bem como o(s) direito(s) aplicado(s) sobre a questão *sub judice*. A prática pode ser equiparada à obrigação de motivar a decisão, pois o pronunciamento judicial necessariamente obedecerá às assertivas fáticas e jurídicas que foram separadamente determinadas pelo magistrado.⁴¹

As situações acima deixam claro que a falta de uma regra escrita obrigando a exposição das razões de decidir colabora (para não dizer que é fator decisivo) para a falta de

maior hierarquia do país, ou seja, é o meio através do qual o jurisdicionado solicita à *Supreme Court* que seu caso seja julgado pelo Tribunal. Para maiores informações ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Suprema Corte Americana: um modelo para o mundo? Temas de Direito Processual – oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 243-244.

⁴⁰ Richard Murphy, comentando sobre o caso *SEC v. Chenery*, *leading case* que versa a respeito das razões concedidas pelas agências estatais para a promulgação de atos administrativos, dedicou parte de seu trabalho para falar sobre os procedimentos judiciais de primeira instância nos Estados Unidos da América. Uma regra destacável do procedimento é que os participantes do júri não expõem as razões do decidido, mas apenas o resultado alcançado. Assim, apesar de não motivada e proferida por sujeitos aleatórios (o júri é eleito pelas próprias partes), a decisão em primeira instância de jurisdição não é de todo irracional – aliás, com a manutenção do sistema até os dias atuais, pode-se dizer que o procedimento é “bem racional”, ver em MURPHY, Richard W. *Chenery Unmasked: Reasonable Limits on the Duty to Give Reasons*. In: **University of Cincinnati Law Review**, vol. 80, nº. 3, 2012. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=2222112>, acesso em 08 de outubro de 2013. Assim, sobre a questão suscitada, veja-se o apontamento do autor em p. 825: “*This potential for unreasonable decision-making inherent in unexplained decision-making damages the legitimacy of the jury system. We regard this cost as acceptable in part because we want nongovernmental actors rather than bureaucrats to resolve certain types of legal disputes – at least so long as the results fall within the zone of reasonable outcomes. The black box protects this role of the jury, and therefore – contrary to the Chenery principle – the legal system chooses to avoid learning how juries reach their verdicts.*”. É fato que existem questionamentos e críticas a respeito do procedimento e da legitimidade do júri na sua tomada de posição, dentre os quais são destacáveis a ignorância a respeito da forma que o júri chegou ao veredicto (se ouvindo atentamente as instruções da corte ou movido por paixões e emoções), além da própria dificuldade de controlar a decisão, ou seja, se ela foi embasada em alguma das várias provas produzidas e, caso tenha sido, qual(is) dela(s); sem contar outras que não necessitam serem destacadas. Sobre o tema ver FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. Thomson West, 2005, p. 567-568. Os mesmos autores, em p. 568-569, destacam que duas novas formas de veredicto foram implantadas no sistema norte-americano visando abrandar as críticas destacadas, o que se observaria das regras 49(a) e 49(b), das *Federal Rules* (são os denominados *special verdicts* e *general verdict with answers to written questions*); todavia, estes meios não seriam bem vistos e bem quistos pelas cortes de primeira instância.

⁴¹ Sobre o tema, ver FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. **Civil Procedure** ... p. 574-575, que assim destaca: “*Whenever an action is tried without a jury, Federal Rule of Civil Procedure 52(a) and similar state rules require the Trial judge to make findings of facts and conclusions of law when entering judgment. (...) Under the federal rule and the state provisions modelled after it, the requirement that the judge make special findings of fact and separate conclusions of law is mandatory, and may not be waived.*”.

fundamentação dos pronunciamentos judiciais – pelo menos no caso norte-americano. Ademais, impor um dever de justificar, sem uma correspondente ordem escrita, torna bem mais complexo o raciocínio para enquadrar a motivação como uma garantia inalienável das partes ou para assentá-la como uma regra ínsita ao processo justo,⁴² ainda mais em um país como os Estados Unidos da América, onde a cultura fortemente embasada no liberalismo e no individualismo acaba por revelar a pouca atenção concedida para os valores sociais.⁴³

A ausência da motivação das decisões judiciais dentro do espectro de garantias individuais pode também ser justificada em decorrência da própria estrutura valorativa do processo seguido pelos Estados Unidos. Ainda atrelado ao dogma da passividade do juiz na direção do processo e ao excesso de poderes-deveres conferidos às partes na condução do *trial*, notadamente no que concerne a fase instrutória, percebe-se a forte presença de valores como o individualismo e o liberalismo – que são as grandes valências da própria sociedade norte-americana⁴⁴ –, excluindo o Estado-juiz de qualquer papel relevante no espectro processual.

Esta visão contrasta com uma primordial finalidade da jurisdição que é tutelar o direito objetivo,⁴⁵ ou seja, entregar o direito à parte que efetivamente o tenha. Já o posicionamento norte-americano não se preocupa com este ideal de justiça, pois vê o processo com o intento de resolver a lide, independentemente da parte que tenha razão.

⁴² A noção de processo justo com a qual se trabalha é aquela exposta defendida por Luigi Paolo Comoglio, em “Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani”, *In: Ética e técnica del “giusto processo”*, Torino: Giappichelli, 2004, p.389-421. No mesmo sentido GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286.

⁴³ Nem mesmo as emendas constitucionais, englobadas no denominado *Bill of Rights*, foram capazes de alçar a obrigação de motivação das decisões judiciais como garantia inalienável do cidadão. Ainda que estabelecida e desenvolvida a cláusula do *due process of law*, prevista na quinta emenda, os contornos e conteúdo realizados pela doutrina norte-americana não perpassaram pela necessidade de justificar os pronunciamentos judiciais. O fato, todavia, não é de espantar; isto porque, a abordagem inicial da cláusula do devido processo legal era tímida, o que se exemplifica com o fato de que seu entendimento não abrangia a proteção dos cidadãos em processos contra os Estados membros, mas apenas contra a Federação – o *fair trial* que seria garantido pela quinta emenda somente poderia ser suscitado contra a “União Federal”. Somente com a promulgação da décima quarta emenda, em 1868, é que se elasteceu o conceito das garantias mínimas que comporiam o processo justo, sendo oponível qualquer violação a estes direitos nos processos de cidadãos contra os Estados membros da Federação. O conteúdo da norma se alargaria ainda mais em finais do século XIX e início do século XX, com o advento da doutrina do *substantive due process of law*. Pois bem, ainda que elasteceida a abrangência do devido processo legal, não se vislumbra qualquer menção à incorporação da motivação das decisões judiciais ao rol de garantias previstas pela norma, pois os sistemas de julgamento pouco ou quase nada mudaram desde então. Para melhor estudo sobre o tema COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 58-59.

⁴⁴ Esta afirmação denota a relação existente entre cultura de uma sociedade e a linha de direito processual adotada. Para maiores incursões CHASE, Oscar. A “excepcionalidade” americana ... *Op. cit.* p. 119, e ainda o trabalho de TARUFFO, Michele. *Cultura e Processo*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justiça civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 189-212.

⁴⁵ Por todos, GRECO, Leonardo. *Instituições de Direito Processual Civil – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense. 2011, p. 55-90.

A disparidade de entendimentos sobre a atuação dos juízes e das partes acaba por produzir resultados distantes de alguns conceitos básicos inerentes à jurisdição, como por exemplo, a imparcialidade: no sistema norte-americano, somente um juiz completamente passivo teria os atributos necessários ao alcance da garantia;⁴⁶ ao passo que em um sistema do *civil law*, por exemplo, o juiz poderia perfeitamente influir e atuar nas fases postulatória e instrutória, e nem por isso perderia sua posição de terceiro neutro entre as partes.⁴⁷

Eis, assim, o problema do sistema norte-americano em encarar uma motivação das decisões sob o viés garantista, ou seja, com os objetivos de assegurar o direito de influir, de ver os argumentos das partes abordados na decisão e ainda de controle interno e externo do pronunciamento judicial. Por óbvio que estas tendências não abraçam o padrão processual dos Estados Unidos da América, uma vez que as mencionadas situações são ligadas ao modelo cooperativo de processo.⁴⁸

Toda a explanação até agora apresentada demonstra, assim, que um esforço cognitivo é despiciendo para compreender o motivo para a falta de uma norma (escrita ou consuetudinária) obrigando o magistrado a expor os motivos de sua decisão.

Mas como não poderia deixar de ser, há uma razão pela qual alguns tribunais norte-americanos, notadamente os superiores, tenham por praxe expor suas razões em pronunciamentos decisórios: a vinculação de suas decisões. Ora, conforme visto no caso inglês, notadamente quando se falou da função prática em motivar um pronunciamento, se o conteúdo das decisões é de filiação obrigatória para as cortes de menor hierarquia, é lógico

⁴⁶ TARUFFO, Michele. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana**. Bogotá: Editorial Temis. 2008, p. 112-126. O próprio autor italiano contesta a visão da imparcialidade dos norte-americanos, destacando que “*El dogma de la absoluta pasividad del juez es el meollo de la teoría del proceso adversary, pero su fundamento es, con apoyo en las consideraciones hechas hasta ahora, bastante dudoso: por un lado, en efecto, este encuentra en la praxis una realización muy limitada, precisamente en el contexto del adversary trial; por otro lado, es evidente que los poderes activos de que dispone el juez no menguan la imparcialidad si se ejercitan correctamente.*”. Sobre a passividade do juiz norte-americano, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Duelo e Processo ...** *Op. cit.*, p. 177 e seguintes, quando assim afirma: “O juiz norte-americano, (...), no que tange à direção do feito e sobretudo à colheita de provas, seu papel é quase sempre passivo. O ritmo do procedimento fica em grande parte entregue aos litigantes, ou mais exatamente aos advogados. A estes incumbem, quase exclusivamente, as tarefas da instrução probatória: encontrar e reunir as provas que possam aproveitar aos respectivos clientes, apresentá-las em juízo, convocar testemunhas - incluídos nesse conceito os peritos (*expert witnesses*) -, enfim, tomar todas as providências destinadas a influir no convencimento do julgador (ou dos julgadores, no caso de julgamento por júri). Ainda que ao órgão judicial se abra, teoricamente, a possibilidade de iniciativas probatórias *ex officio*, na prática é raríssimo que dela se faça uso. Até perguntas à testemunha não é comum formulá-las o juiz *motu proprio*; e, ajunte-se, não repercute bem que ele as formule.”.

⁴⁷ Um dos grandes expoentes no assunto referente aos poderes instrutórios do juiz é BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Mas outros tantos autores acompanham a linha de atuação proativa do juiz, dentre os quais pode citar, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de direito processual civil – quarta série**. São Paulo: Saraiva, 1989.

⁴⁸ A respeito dos modelos de processo ver DIDIER, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, agosto de 2011, nº. 198, p. 213 e ss.

que os seus fundamentos devem estar expostos, pois a *ratio decidendi* de um *case law* é verificado, justamente, nas razões de decidir.⁴⁹

É claro que a posição das Cortes Superiores em pronunciar decisões vinculativas gerou um problema: o estabelecimento do direito pelos tribunais. Como a principal função do juiz no processo do modelo adversarial é decidir, seria possível afirmar que seu pronunciamento criaria um direito novo? Ou, em verdade, o juiz apenas estaria interpretando a lei pré-existente, e declarando o direito já contido na norma?

A teoria constitutiva aderiria à resposta afirmativa ao primeiro questionamento e a teoria declarativa anuiria com a segunda interrogação.

Em tese, o juiz criador do direito contrasta com o juiz passivo do *adversarial trial*. Para decidir uma questão, muitas vezes deverá o juiz empreender atividades que não se compatibilizariam com o juiz imparcial do modelo norte-americano. Uma solução para eventuais questionamentos residiria na limitação destes poderes, ou como pretende Michele Taruffo, na “maneira intersticial” como estes poderes são desenvolvidos.⁵⁰

Independentemente da resposta ofertada pelos teóricos norte-americanos, o cerne de sua estrutura processual continua calcada no modelo que exclui consideravelmente o juiz de uma participação mais efetiva do (ou no) desenvolver processual, deixando-o, apenas, com a “cereja” do bolo: decidir.

Todavia, com o Estado ficando à margem do embate processual estabelecido entre as partes, as garantias estabelecidas para um modelo de processo cooperativo e calcado em uma igualdade substancial deixam de ser aproveitadas e oferecidas aos jurisdicionados norte-americanos; e dentre estas, destacar-se-ia a motivação das decisões judiciais. Seria justo?

Por fim, mas não menos importante, pode-se destacar que a falta de uma regra expressa que obrigue os juízes norte-americanos expor os motivos de seus pronunciamentos pode ser justificada em razão da falta de uma cisão sócio-econômica-jurídica – o que também se verificaria no caso inglês, que apesar de atualmente contar com uma regra expressa, referida situação somente se tornou possível em razão de uma interpretação integrativa de normas supranacionais.

⁴⁹ É farta a bibliografia sobre o assunto e alguns dos livros já remetidos acima tratam disso, como por exemplo STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: JusPodivm; RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2010, entre outros. Ainda merece registro os escritos de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, 2010, nº 893 e WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law e common law... Op. cit.*

⁵⁰ TARUFFO. Michele. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana ... Op. cit.**, p. 142.

Assim, para além do aspecto cultural, a inexistência de crises substanciais nos referidos países, além da falta de elementos que abalasses suas estruturas, contribuíram para a manutenção de seu regime, sem a devida evolução de algumas estruturas garantistas (como a obrigação de motivar as decisões, v.g.), que nos países de *civil law* se iniciaram no pós-idade da Revolução Francesa.⁵¹

1.3 O *civil law*

Os novos ideais advindos da Revolução Francesa são apontados como os grandes responsáveis pelas mudanças verificadas nos ordenamentos jurídicos dos países filiados ao sistema romano-germânico. A posição antagônica às características do *Ancien Régime* é determinante para ser anotada como o ponto de Arquimedes das previsões a respeito da necessidade de regras que prescrevem a necessária motivação das decisões judiciais.⁵² O senso de justiça do legislador reformista é a mola propulsora desta obrigação geral de motivação das decisões, encampada, ainda, por um imaginário democrático.⁵³ A Constituição francesa do ano III, de 1795, em seu art. 208,⁵⁴ foi o dispositivo legal que consagrou esta política revolucionária.⁵⁵

Apesar da marcante transição jurídico-ideológica observada em vários países de influência romano-germânica neste período, metade e final do século XVIII, verifica-se que

⁵¹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 316-317.

⁵² Para uma melhor situação histórica da motivação das decisões judiciais, inclusive com referências ao período romano e o seu desenvolvimento ver CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, ainda COUTINHO SILVA, Ana de Lourdes. **Motivação das Decisões Judiciais**. São Paulo: Atlas. 2011. p. 60-94. No presente trabalho, optou-se pelo corte histórico por dois motivos básicos: o primeiro foi a cisão estabelecida entre o direito escrito e direito consuetudinário, ocorrido no séc. XVI e o segundo decorreu da tacanha prática em apresentar as razões de decidir antes da racionalização advinda da revolução e do iluminismo. Assim, tendo em vista que o primeiro motivo influenciou diretamente a diferenciação entre as famílias do direito ora abordadas, bem como o fato de o segundo motivo representar o tema do presente trabalho, justifica-se a não abordagem das remotas origens da motivação das decisões judiciais.

⁵³ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 316, assim pontuando: “*De los eventos que marcaron dicha institución en Europa continental a partir del siglo XVIII tenemos algunos datos generales que, así como por un lado explican la introducción de la obligación de motivación en los ordenamientos de la civil law, no se encuentran en la experiencia inglesa. Podemos notar que el principio de la obligatoriedad de motivación se afirma en coincidencia con algunos cambios relevantes en la ideología política en general, y de la administración de la justicia en particular, que marcan la crisis del Ancien Régime y la llegada de las nuevas formas modernas de organización del poder jurisdiccional. Esto vale, sobre todo, para el surgimiento del principio de obligatoriedad de motivación como principio político de garantía – respecto del arbitrio del juez – del control democrático sobre la gestión del poder: (...)*”.

⁵⁴ O texto original do dispositivo assim previa: “*Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée*”.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 297-299.

alguns sistemas legais já possuíam desenvolvimentos a respeito da motivação das decisões. É a influência da revolução e a filosofia iluminista que erigam a retificação dos ordenamentos; e, apesar de as modificações serem temporalmente coincidentes, elas não comungaram os mesmos ideais.⁵⁶ Ressalta-se que é justamente neste interstício temporal que se localiza a positivação da norma que determina a motivação das decisões judiciais.

1.3.1 O *civil law* e a motivação das decisões na França, na Alemanha, na Itália e no Brasil

Na França, o que se observou foi a inspiração direta do movimento revolucionário para a positivação de um princípio de amplitude ímpar, cujo fundamento seria o de controle político da atuação judicial pelo povo. O cerne da inclusão da obrigação de motivar as decisões advém da ideologia democrática de justiça da revolução e não de práticas visando a racionalização da administração da justiça.

Na Alemanha, mais precisamente na Prússia, já era observado uma prática de expor as razões que compunham a decisão, mas ela era destinada apenas aos juízes da impugnação, uma vez que sequer as partes tinham acesso aos motivos decisórios. Apenas com a legislação de 1748, o *Codex Fridericianus Marchicus*, é que se permitiu às partes ter vista das razões de decidir. A evolução do sistema prussiano continuou em fins do século XVIII, quando em 1793, a Lei de Reforma Geral do processo, proclamou a necessária publicidade dos motivos que compõe o *decisum*,⁵⁷ permitindo a autor e réu o contato com os fundamentos do pronunciamento. Diferentemente do que ocorreu em França, as reformas germânicas não tiveram como ideal o viés democrático oriundo da revolução, mas sim o intento racional-ordenador da administração da justiça.

Caso mais prolixo é o italiano. Com suas diversas regiões possuindo as mais variadas legislações, percebem-se múltiplas situações díspares como: alguns Estados não exigiam a presença das razões de decidir; outros ordenavam a motivação e sua publicidade em casos

⁵⁶ Neste sentido, TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 37, que assim disserta: “È anzi proprio in questo contesto complessivo che l'obbligo di motivazione si trasforma da prassi in regola giuridica, e da regola giuridica più o meno occasionale in principio generale che contribuisce alla razionalizzazione del sistema di amministrazione della giustizia. (...) Non si tratta tuttavia di un fenomeno unitario, e coerente nelle sue ragioni politico-giuridiche: esso emerge infatti in situazioni storiche fortemente differenziate, sicchè, all'interno del fenomeno generale di razionalizzazione del sistema che ho appena richiamato, si manifestano concezioni diverse, e per conseguenza diverse discipline normative, dell'obbligo di motivazione.”

⁵⁷ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ... Op. cit.** p. 300.

específicos; e mais uns impunham uma determinação geral de exposição dos fundamentos decisórios.⁵⁸

Com este cenário em mente, pode-se dizer que nas regiões de Piemonte e Módena, pouca alteração se verifica no período histórico em análise no que tange a uma obrigação geral de expor os motivos da decisão, as quais mantiveram-se incólumes em relação à limitação dos casos nos quais incidentes o dever de justificar. Situação oposta se verifica nas regiões de Nápoles e Trento, quando se introduziu uma determinação generalizada de motivação das decisões. Apesar da reforma ter sido capitaneada por Tanucci, foi através de Filangieri, que se reconheceu o verdadeiro viés democrático da legislação napolitana, com o entendimento de que as razões de decidir do magistrado deveriam ser submetidas ao crivo da população – a intenção de Tanucci na elaboração da lei de 1774 era, apenas, prover a administração da justiça de maior racionalidade; o seu aspecto popular, com viés democratizante, somente veio desenhado por Filangieri. No entanto, a transformação a ser efetivada naquela região praticamente não vingou. Em 1791, fortes pressões determinaram a revogação da legislação vanguardista, repristinando à condição da exposição de motivos da decisão como mera faculdade.⁵⁹

Ainda na Itália, a legislação florentina merece destaque, pois desde o século XVI já se verificavam previsões a respeito do dever de justificação das decisões, prescrevendo, inclusive, uma pena de sanção para o juiz que desobedecesse a norma – esta obrigação era direcionada apenas às partes e ao juiz, não abraçando o espectro social da exposição das razões de decidir. Todavia, na última quadra do século XVII verifica-se a adoção de um viés extraprocessual da obrigação de apresentar os motivos da decisão judicial, com a inserção do elemento de que não somente às partes seria dado conhecer as razões da decisão, mas também ao povo como um todo.⁶⁰

Desta elementar abordagem temporal a respeito da obrigação de motivação das decisões judiciais para os países de *civil law*, o que se verifica é que uma bipartição de funções da norma. Um primeiro e mais incidente, refere-se ao aspecto racionalizador do Judiciário, nas quais as razões de decidir cingem-se às partes e aos juízes; e um segundo e

⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil**. *Op. cit.*, p. 301, assim pontuando: “*Por lo que se refiere a los estados italianos, el panorama es completamente complejo. Ello en parte se debe a que, como se ha señalado aquí arriba, hasta el siglo XVIII, conviven ordenamientos en los que la motivación no existe o es secreta, y ordenamientos en los que es obligatoria y pública en los caso límite, y ordenamientos en los que el principio de obligatoriedad y de publicidad de la motivación es generalizado.*”

⁵⁹ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil**. *Op. cit.*, p. 302-303.

⁶⁰ TARUFFO, Michele. La Obligación de Motivación de la Sentencia Civil: Entre el Derecho Común y la Ilustración. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 489-514.

menos candente, representado pela extrapolação do ambiente processual *intra partes*, alcançando a sociedade como um todo. O ideal é a comunhão das duas matrizes, sendo certo que a amplitude da segunda de modo algum exclui a específica e necessária previsão da primeira. Todavia, para o momento histórico em comento, utópico se mostraria prover a sociedade com o controle dos juízes através da análise de seus fundamentos.

Por fim, e para que fique o registro histórico, no Brasil a obrigação de motivação das decisões judiciais como garantia fundamental do cidadão tem história recente, datando especificamente de 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 93, IX.

Isso não significa a ausência de qualquer legiferação a respeito. Leis infraconstitucionais já continham previsões determinando o apontamento das razões que consubstanciariam suas decisões – porém, sem o viés democrático. Assim, é de longo tempo que se impõe ao magistrado pátrio justificar seu posicionamento a respeito do caso *sub judice*, podendo-se anotar que desde as Ordenações Filipinas – primeira parte do §7º do Livro III, Título LXVI –, vigentes na primeira quadra do séc. XIX, e o Regulamento de nº 737 de 1850 – art. 232 – verificava-se a presença da determinação.

Os códigos de processo civil estaduais, possibilitados pela cisão legislativa entre Estados e União, efetivada com a promulgação da Constituição de 1891, também traziam em seus textos – cujas redações eram cópias dos “velhos preceitos herdados das Ordenações do Reino”⁶¹ – normas obrigando a necessidade de motivação das decisões.

A volta da unidade legislativa, verificada com a Constituição Polaca (1937), derogou os códigos estaduais e trouxe à tona o Código de Processo Civil de 1939, que em seus artigos 118, parágrafo único⁶² e 280, inciso II⁶³, mantiveram as determinações de imposição da justificativa na tomada de posição pelos juízes. A ordem não se alterou na vigente lei adjetiva

⁶¹ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

⁶² BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil: “art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento”. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm, acesso em 23 de junho de 2014.

⁶³ BRASIL. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil: art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão. Parágrafo único. O relatório mencionará o nome das partes, o pedido, a defesa e o resumo dos respectivos fundamentos. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De11608.htm, acesso em 23 de junho de 2014.

cível, datada do ano de 1973, que em seus artigos 131, 165 e 458, II, destacam a obrigação de motivar decisões.⁶⁴

Saliente-se apenas que o Brasil, como país colonizado, foi diretamente influenciado por seus conquistadores em todas as etapas de sua recente história jurídica, situação também verificada na tardia Constituição democrática outorgada em fins dos anos 80, do século XX, motivo pelo qual maiores contornos históricos são dispensáveis por englobar questões já abordadas em diferentes contextos deste trabalho.

1.3.2 A influência da codificação francesa-napoleônica no que tange à motivação das decisões judiciais

No século XIX, o Estado francês continua se mostrando como um país expoente das tradições no que concerne à obrigação de motivar as decisões. Com a figura de um dos déspotas mais conhecidos da literatura mundial, Napoleão Bonaparte, inaugura-se a era das codificações. Os códigos são o marco da maior sistematização do Direito e deveriam ser o prenúncio das previsões garantistas. Teriam, assim, que seguir os ideais democráticos da Revolução Francesa e assegurar aos cidadãos direitos básicos contra investidas estatais. Contudo, o clima de incerteza e de tensão no período após a insurreição contribuiu para a tomada e centralização de poder nas mãos de Napoleão Bonaparte.

É neste contexto da retomada de poder que se verifica uma característica assaz interessante dos projetos de codificação: a compilação de normas visa o restabelecimento da ordem e do poder dentro de um Estado soberano. Foi com a edição do Código Civil Francês de 1804 que Napoleão conseguiu dirimir as insatisfações insurgentes no período pós-

⁶⁴ Para uma abordagem mais completa ver, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito** ... p. 85-86, que assim destaca: “A obrigatoriedade da motivação tem fundas raízes na tradição luso-brasileira. No Código Filipino, assim estatua a Ordenação do Livro III. Título LCVI, § 7, *principio*: (...). O mesmo princípio inspirou o art. 232 do Regulamento de nº 737, de 1850, *verbis*: ‘A sentença deve ser clara, sumariando o juiz o pedido e a contestação com os fatos e fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estilo em que se funda’. Sob redação idêntica passaria a regra ao antigo Código de Processo Civil e Comercial do Rio Grande do Sul (art. 499), e com ligeiras alterações ao do Distrito Federal (art. 273, *caput*), onde já anteriormente acolhera o Decreto de nº 9.263, de 28 de setembro de 1911, que regulamentou a Justiça local (art. 259). Em igual sentido dispuseram, entre tantos outros, o Código baiano (art. 308), o mineiro (art. 382), o paulista (art. 333), o pernambucano (art. 388). Não se afastou da linha o Código nacional de 1939, conforme ressaltava dos arts. 118, parágrafo único, e 280, nº II, aquele a determinar que o juiz indicasse ‘os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento’, este a exigir que a sentença contivesse ‘os fundamentos de fato e de direito’”. Ainda sobre o tema, NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

revolução e instituir a sua forma de governo.⁶⁵ O nascedouro das previsões legais a respeito da obrigação de motivar as decisões judiciais, e sua difusão para diversos sistemas, é observável na segunda metade do século XVIII, no entanto, e conforme visto, previsões normativas com vieses menos salutares, mas não menos importantes para o desenvolvimento da fundamentação dos provimentos jurisdicionais, já eram verificadas em determinadas regiões de alguns países.

Com a ascensão do governo totalitário em França, é despiendo relatar que cai em descrédito o viés democrático-social da motivação das decisões.⁶⁶ Tudo que um déspota não precisa em seu governo é de ramificações de controle dos aparatos estatais; ele deve ser o único detentor do poder.

Mas, diferentemente do que se possa pensar, no período das codificações não há um total descrédito da necessidade de motivar os pronunciamentos judiciais. Ao contrário, exacerba-se sua natureza racionalizadora de administração da justiça, visando a ordenar a aplicação do Direito. Por detrás desta obrigação de expor os fundamentos da decisão, além das clássicas características de propiciar às partes em conflito e aos magistrados uma melhor inteligibilidade da decisão, encontra-se uma justificativa de caráter político, qual seja: a possibilidade do próprio déspota ter o controle da administração da justiça, que deveria realizar os seus pronunciamentos na forma da lei positivada pelo soberano.

A centralização do poder, pois, é a grande razão para a manutenção da motivação das decisões judiciais, dotada de uma razão eminentemente técnico-jurídica, cuja expressão regente é encontrada no art. 141 do Código de Processo Civil napoleônico de 1806.⁶⁷ Esse

⁶⁵ E pode-se afirmar que até nos dias de hoje essa tática se faz presente; à sombra de uma crise, o primeiro impulso de um líder é buscar a retificação de suas leis visando o restabelecimento do *status* de paz ou acalmar os ânimos de grupos mais exaltados. Contemporaneamente, as intenções reformistas são as de democratizar as estruturas estatais ou dotar os cidadãos de mais direitos, tudo visando resgatar a governabilidade.

⁶⁶ Merece destaque o fato de que, alguns estados italianos, influenciados pela legislação reformista francesa, elaboraram Constituições prevendo o princípio da obrigação de motivação das decisões, no mesmo viés democratizante inaugurado pela Revolução Francesa e pelas ideias iluministas, neste sentido TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 303-304 e 306. Os exemplos de estados com previsão constitucional de obrigação de motivação das decisões podem ser vistas nas notas de rodapé de nº 37 e 40 da obra. Todavia, tratou-se de período extremamente curto, uma vez que ato contínuo à tomada do poder por Napoleão e a sucumbência das ideias democráticas, retiraram-se as referidas previsões dos textos constitucionais. Seriam os códigos os novos ambientes das previsões de exposição dos fundamentos da decisão, mas que, conforme será visto, em uma esteira meramente endoprocessual.

⁶⁷ Eis a redação do dispositivo: “141. *La rédaction des jugemens contiendra les noms des juges, du procureur impérial, s’il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l’exposicion sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugemens.*” Disponível em <https://archive.org/details/codedeprocducre00frangoog>, acesso em 25 de janeiro de 2014.

dispositivo, por ser um dos mais avançados regulamentos de direito processual, influenciou diversos códigos de outros países, principalmente os italianos.⁶⁸

O século XIX mantém-se inalterado no que tange às previsões de motivar as decisões judiciais. Verifica-se, outrossim, uma consolidação e maior difusão da função endoprocessual⁶⁹ nas reformas observadas durante referido momento histórico, sem qualquer manifestação a respeito da necessidade de controle social por parte do Judiciário.

Neste específico período, o que se verifica é uma exaltação exacerbada da vontade da lei – positivismo –, com a necessária vinculação dos entes estatais ao que estava prescrito; e ao juiz, funcionário público por excelência, não era permitido extravazar as raias da determinação legal.⁷⁰

1.3.3 O movimento constitucionalista e o período de redemocratização

A retomada da obrigação de motivar as decisões como uma forma de propiciar o controle do Judiciário pelo povo somente é observada com os movimentos de redemocratização, ocorridos principalmente no período posterior à Segunda Grande Guerra. O restabelecimento da democracia é, assim, o palco da insurgência social contra as decisões judiciais, que desde então passam a contar como mais um meio de controle.

O movimento constitucionalista é quem propicia a inserção de uma série de garantias conferidas aos cidadãos em geral, cujos direitos e deveres se encontram protegidos nos documentos de maior hierarquia dos ordenamentos jurídicos.

Pois bem. É o ressurgimento da democracia que retoma a previsão constitucional de motivação das decisões judiciais. A leitura que se deve fazer do dispositivo é aquela mesma

⁶⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 309-310.

⁶⁹ As funções da motivação das decisões judiciais serão mais bem exploradas no terceiro capítulo. A título apenas de esclarecimento, no caso da função endoprocessual, o que se quer destacar é que a motivação importaria apenas para os sujeitos do processo (autor e réu). Desta feita, uma obrigatoriedade de expor os motivos da decisão apenas serviria àqueles diretamente interessados e, necessariamente, afetados pelo pronunciamento, assim como ao próprio juiz, que poderia ter suas razões reexaminadas por um magistrado hierarquicamente superior.

⁷⁰ Neste sentido, são precisas as anotações de RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro ...** *Op. cit.*, p. 38, que assim expõe: “Nesse terreno, a função da motivação da sentença no período iluminista-positivista era o zelo pela observância da lei, limitando o arbítrio dos juízes e reafirmando a supremacia do legislativo. As decisões cujas motivações não se adequavam ao novo regime eram cassadas, e não pode acaso o *Tribunal de Cassation* da França revolucionária funcionar junto ao Poder Legislativo”. Não é demais mencionar, na linha da parte final do excerto retro, que as reformas processuais dos códigos do século XIX, além de prescreverem a necessária motivação das decisões judiciais, também determinavam a cominação de nulidade para a falta de exposição das razões de decidir. A respeito, TARUFFO, Michele. **La motivación de la Sentencia Civil ...** *Op. cit.*, p. 311-312.

realizada pelos legisladores revolucionários franceses e por Filangieri na Itália: o Judiciário, em razão da função pública que exerce e ante a responsabilidade assumida frente aos cidadãos, deve passar pelo crivo da coletividade. Eis o restabelecimento da função extraprocessual da obrigação de fundamentar os provimentos jurisdicionais.

Estranhamente, o fortalecimento das Constituições nos países de *civil law* decorre da influência norte-americana, que conforme visto, é país de tradição anglo-saxônica, mas dotado de um documento jurídico-normativo desde a promulgação de sua independência. Esse novo modelo possui três características basilares, quais sejam: concessão de força normativa à Constituição; positivação de direitos fundamentais; e estabelecimento de um controle de constitucionalidade, com o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação do texto constitucional (jurisdição constitucional).⁷¹

Ainda no cenário pós-Segunda Guerra, verificam-se mudanças substanciais na forma de compreender o direito. O paradigma positivista não mais responde aos anseios de justiça; o afastamento entre a moral e o direito coloca em xeque uma série de circunstâncias fáticas não enquadradas pela ordem legal pura; a lei não mais suporta o seu papel de única fonte de direito. Arvora, assim, o movimento do pós-positivismo (ou, neoconstitucionalismo), que busca justamente suprir as lacunas verificadas no regime positivista.⁷²

Este ambiente inaugurado com o fim da Segunda Guerra Mundial tem na Constituição Italiana de 1947 e na Lei Fundamental de Bonn de 1949 os documentos expoentes na influência e dissipação da teoria para os demais países europeus e latino-americanos.⁷³ Em ambos os países precursoros, a instalação da Corte Constitucional foi o caminho natural e sequencial ao sistema adotado – tudo em consequência à uma das características deste novo modelo de constitucionalismo, qual seja, a jurisdição constitucional.

⁷¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr.2006.

⁷² Para maior compreensão sobre as diferenças entre o positivismo e o pós-positivismo ver REGLA, Josep Aguiló. **Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicas en Pocas Palabras**. DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), p. 665-675. Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/46837731804796940700080/035429.pdf?incr=1>, e ainda CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo**. DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho, 21-I (1998), p. 209-220. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf. Ambos com último acesso em 15 de agosto de 2013.

⁷³ Interessante anotar que é a doutrina e a jurisprudência da Alemanha quem influenciam sobremaneira a nova filosofia constitucional adotada por Portugal, Espanha e também pelo Brasil, tudo consolidado nos entendimentos dos constitucionalistas daquele país e sua jurisprudência de valores. Neste sentido, CITADINO, Gisele. Judicialização da Política, Consitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 22-24.

O que se pode observar, assim, é que, nos países de tradição romano-germânica, a prática de conceder motivos aos pronunciamentos judiciais sempre decorreu de uma previsão legal. E, antes da segunda metade do século XVIII, era comum a inexistência de norma legal prevendo a necessidade de expor os fundamentos aptos a justificar as decisões – na óptica desse período, não havia razão para dar motivos à decisão, seja porque a lei era suficientemente clara, bastando ao magistrado declará-la, seja porque as leis eram editadas pelos reis, entes divinos que não erravam. Os juízes, salvo raras exceções e estas embasadas em regras escritas – como no caso narrado do Estado de Florença, na Itália –, apenas decidiam sem preocupar-se em explicar as razões de sua deliberação. Não se pode olvidar que, os fundamentos das decisões judiciais eram, e devem sempre ser, remetidos a um texto legal. Eis a característica inalienável dos países vinculados à família do *civil law*: as razões de decidir de um determinado caso são sempre embasadas em uma lei escrita, editada pelo competente órgão.

Todas estas mazelas são superadas na segunda metade do século XX, com a instituição de textos constitucionais com caráter normativo, os quais impuseram direitos e deveres ao Estado e aos cidadãos. Estas previsões inauguraram um novo meio de interpretação do Direito, situação possibilitada pelo ressurgimento da forma de governo democrática. É fundado neste mote que as novas normas constitucionais passaram a ser interpretadas, ampliando, sobremaneira, seus conteúdos e campos de incidência.

1.4 A motivação das decisões judiciais como perspectiva de impedimento a arbitrariedades – a judicialização dos direitos

A breve anotação histórica a respeito da motivação das decisões judiciais nas tradições de *civil* e *common law* é apenas um introito para o debate a respeito desta norma que deve ter seus desenhos recortados para adaptar-se às novas exigências verificadas na atualidade. A ideia de garantia não pode mais ser tratada como um aspecto secundário, e o seu papel democrático deve ser alçado ao ponto de maior relevância.

O fim da segunda Guerra Mundial e a conseqüente derrocada dos estados totalitários expuseram novas necessidades da sociedade contemporânea. A mudança do sistema político

trouxe consigo perspectivas jurídicas outras, que buscavam alterar o perfil democrático⁷⁴ que se estabelecia nos países da Europa continental e que rapidamente se espalharam para a América Latina.

Na seara da administração da justiça, as Constituições trouxeram uma extensa carta de direitos e garantias conferidos aos cidadãos, inaugurando o Estado Democrático de Direito e conferindo ampla participação da sociedade nos procedimentos estatais. Os denominados direitos fundamentais,⁷⁵ estampados em textos dotados de expressões abrangentes e sem grandes possibilidades de definição prévia, são o carro chefe do Constitucionalismo pós-guerra.

Mas não é só. Os reclamos pelos direitos consagrados nas Constituições promulgadas na segunda metade do século XX somente se tornaram possíveis em razão da força normativa que lhes foi concedida. Eis outra característica do constitucionalismo contemporâneo: os documentos escritos deixam de ser eminentemente políticos para se transformar em verdadeiro rol de direitos e deveres.

Em suma, e ratificando o que já se expôs, com o novo Direito Constitucional adveio a força normativa da Constituição, a positivação de direitos fundamentais, o estabelecimento de um controle de constitucionalidade e ainda o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação do texto constitucional.⁷⁶ A reestruturação da jurisdição constitucional é, assim, uma consequência inexorável dos novos tempos, cabendo ao Judiciário auxiliar na concretização dos direitos dos cidadãos.

Neste momento, adentra-se em um terreno arenoso na seara jurídica, acerca da necessidade ou não de uma atuação judicial mais ativa; de uma performance judicial que “extrapole os limites da norma” e efetive os direitos das partes. Destas abordagens, temas

⁷⁴ Lênio Streck destaca que a falsa ideia de democracia pautada pela vontade da maioria nos governos nazistas e fascistas foi a responsável pela reestruturação dos próprios ideais democráticos, agora ancorados por uma jurisdição constitucional que se embasa em um texto dotado de força normativa, cfr. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 39 e seguintes.

⁷⁵ Os direitos fundamentais positivados nas Constituições pós-bélicas também são reações aos estados totalitários vigentes no período anterior à Segunda Grande Guerra, tendo como uma de suas funções, a proteção dos cidadãos contra as arbitrariedades cometidas pelos regimes anteriores. Neste sentido, HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez - sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, Madrid, 2001, p. 470, assim discorrendo: “(...) *los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a los derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra. Lo que en esos raros instantes que representa el establecimiento revolucionario de una Constitución queda patente y a la luz del día, por lo general el historiador habrá de descifrarlo laboriosamente o partir del trabajo diario de la producción legislativa y de la administración de justicia*”.

⁷⁶ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr.2006.

como a invasão das competências do Legislativo e a criação de direitos pelos juízes são propalados como maleficências da nova realidade. Estes questionamentos vêm sendo cotidianamente ruminados por doutrina e jurisprudência, estando em voga a questão do ativismo judicial⁷⁷ – independentemente de sua origem, atualmente, o ativismo pode ser concebido como uma atuação proativa das cortes na concretização de direitos previstos no sistema jurídico, mas não especificamente regulamentados.

Não se adentrará, designadamente, na estrutura do problema, interessando apenas o fato que o teria originado: a nova dimensão jurídica inaugurada na segunda metade do século XX, cuja ampliação da atividade jurisdicional deu especial enfoque à definição *in concreto* dos direitos assegurados pelo ordenamento, que não possuíam a sua consequência jurídica previamente estabelecida pela lei, muito menos uma regulação específica pelo legislador.

Independentemente de tratar-se de um direito individual ou de um direito dotado de viés coletivo (políticas públicas), é incontestável o dever do magistrado em decidir a demanda – proibição do *non liquet* – afinal, a manutenção de um estado de inércia feriria de morte a força normativa da Constituição e os próprios direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, é direito do cidadão ter sua demanda devidamente respondida pelo Estado. A decisão judicial é, pois, a pedra de toque da discussão.

Entende-se que o atual estágio da sociedade não mais aceita uma postura retraída dos juízes.⁷⁸ A divisão dos poderes estatais deve ser vista como um equilíbrio entre cada área de

⁷⁷ A expressão ativismo judicial foi cunhada pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., em matéria publicada no ano de 1947, na Revista *Fortune*, sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a respeito de sua forma garantista de interpretação dos direitos insertos na Constituição daquele país. Apesar de não se adentrar à tônica do ativismo judicial ou da judicialização da política, a suma de suas ideias básicas pode ser observada em OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto Legitimador*. In: **Processo Constitucional**. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 559-632. Na mesma obra, PELEJA JÚNIOR. Antonio Veloso. *As Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional*, p. 169-222. Para um completo estudo do tema, RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁷⁸ A divisão entre procedimentalistas e substancialistas vem perdendo sua força; o Estado brasileiro, por exemplo, já adotou uma postura de contenção no momento de atuar do direito em si, mas a experiência demonstrou sua ineficiência – tanto que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos mandados de injunção a respeito das greves dos servidores públicos, entendeu por bem modificar sua linha de atuação. A ideia era deixar de comunicar ao Congresso sobre a omissão legislativa e a própria Corte regular o direito em concreto. A posição substancial do STF alcançou seu apogeu com o julgamento dos mandados de injunção de nº 943, 1.010, 1.074 e 1.090, que tratavam sobre a omissão legislativa a respeito do aviso prévio por tempo proporcional de serviço, previsto no art. 7º, XXI, da CRFB/88 – apesar da Corte não ter criado a lei para o caso concreto, no julgamento de 22 de junho de 2011, suspendeu-se a sessão para que os Ministros estudassem propostas para a elaboração de uma ‘lei’ que vigeria até a edição do competente ato pelo Poder Legislativo (a situação não se concretizou uma vez que, ante a ameaça de edição de uma lei pelo Judiciário, o poder legiferante, após mais de 20 anos de omissão, aprovou uma lei em pouco mais de 03 meses, antes mesmo da nova sessão da Corte – a lei 12.056/11 que trata do tema, foi sancionada em 11 de outubro de 2011). Percebe-se que a atuação incisiva é hoje amplamente aceita pelo tribunal, que busca, sempre que possível, concretizar os direitos dos cidadãos que não podem mais ficar à mercê de um Legislativo inerte. Para um debate sobre as posturas procedimentalistas e

atuação, e não uma proeminência de Legislativo e Executivo em detrimento do Judiciário. O magistrado subserviente à literalidade da disposição normativa é, desde há muito, rechaçado; a tripartição de Poderes tem que ser lida pela concepção do sistema de freios e contrapesos,⁷⁹ com cada segmento estatal realizando as suas atividades em cooperação e vigília do outro. O equilíbrio de forças entre os Poderes de uma democracia se mostra evidente com simetria, isonomia e equivalência de forças. O Judiciário deve, assim, ser alavancado à condição de igualdade com Legislativo e Executivo.

A propósito, a Revolução Industrial, que inaugurou uma modificação paulatina dos meios de produção, seguida pela Revolução Francesa e pelos ideais iluministas, colocam-se como os pontos vicinais do início da mudança de perspectiva da atuação jurisdicional contra arbitrariedades estatais, cujo cume é alcançado com a noticiada reformulação constitucional do segundo quartel do século XX. As relações comerciais de outrora ganham novas dimensões, os contratos comerciais nem sempre ocorrem entre os envolvidos no negócio, o crescimento populacional e a expansão das cidades é outro fator colaborador desse novo *status* conferido aos juízes. Todas estas situações são fatores que se colocam como aspectos fundamentais no desenvolvimento do Direito, que tem como justa função regular a vida em sociedade e assegurar a liberdade do indivíduo frente ao Estado interventor. Ocorre que a vida mais dinâmica exigiu que o próprio Estado se inserisse na relação entre os particulares, visando, justamente, a assegurar os direitos de cada qual, bem como inaugurar ou descortinar outros direitos a todos garantidos. Eis, pois, a necessidade de um Judiciário forte visando a dar cumprimento ao imenso leque de direitos atualmente previstos – explícitos ou implicitamente – nas Constituições, os quais são garantidos aos cidadãos. A razão de ascensão do Judiciário se justificaria, ainda, no fato de que muitas das vezes o próprio Estado não tem

substancialistas, ver DIAS, Maria Clara. **Justiça: procedimental ou substantiva?**. Disponível em <http://www.ifcs.ufrj.br/cefm/publicacoes/justica.pdf>, último acesso em 09 de junho de 2013.

⁷⁹ Falando sobre a necessidade de controle dos poderes estatais – notadamente Executivo e Legislativo –, conclui Cappelletti que a justiça constitucional – realizada pelo Poder Judiciário e calcada em um regime de separação de poderes equilibrado (ou seja, em iguais níveis de poder e não da forma preconizada por Montesquieu) – da segunda metade do século XIX foi a saída encontrada para coibir os regimes autocráticos vigentes nos países até então; senão veja-se em CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando a Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. In: **Revista do Tribunal Regional Federal 4º região**. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 15-49, disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2013. Ainda neste sentido, e citando a doutrina de Mauro Cappelletti, tem-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil** – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 69, que assim pondera: “Observa-se, porém, não apresentar uniformidade a distribuição do poder do Estado na experiência dos povos: enquanto, por exemplo, nos Estados Unidos da América verifica-se realmente uma separação de funções, ‘*check and balances*’, em França a ‘*séparation des pouvoirs*’, em razão de conhecidas circunstâncias históricas, determinou a assunção pelo Judiciário de um papel totalmente subserviente ao desenvolvido pelas funções políticas.”.

condições para efetivar esta concretização – e aqui se encontra o gérmen da “criação judiciária”.⁸⁰⁻⁸¹

Ademais, o crescimento do Poder Judiciário é decorrente do próprio “agigantamento” dos Poderes Legislativo e Executivo, que no afã de cumprir suas funções editam leis nos mais variados sentidos ou deixam de realizar a sua atividade institucional. Nesta perspectiva, cabe ao Judiciário elevar-se ao mesmo patamar e controlar as demasias de seus pares, ou mesmo, suprir suas omissões. A expansão do Judiciário é uma decorrência da nova fórmula estatal, uma imposição do quadro histórico, mostrando-se como uma necessidade no atual desenvolvimento social. Ratifica-se, pois, não há malferição da tripartição de Poderes, mas um redesenho visando à adequada equalização de suas competências.

Conclui-se, portanto, que uma atividade jurisdicional na criação dos direitos (leia-se complementação/integração) não é um desvirtuamento de suas funções; ao contrário é a verdadeira realização dos ditames constitucionais. Mas, para que o desenvolvimento de sua atuação possa ser correspondente ao sistema jurídico, necessário se faz o cumprimento de uma série de outros deveres contidos no texto da lei de maior hierarquia do ordenamento, dentre os quais destaca-se, com proeminência, a obrigação de motivação dos pronunciamentos judiciais.

Tem-se, assim, ao mesmo tempo em que se concebem poderes de criação/interpretação do direito ao juiz, são-lhe atribuídas responsabilidades. O dever de justificar os seus pronunciamentos é um dos mais elementares e fundamentais neste mister. Isto porque, é através da exposição dos motivos nos quais se funda a decisão que as partes e a sociedade como um todo terão a possibilidade de controlar a atividade jurisdicional.

⁸⁰ Não é o objetivo do texto explorar as causas para o elástico das funções do Judiciário, assim, para uma maior e mais abrangente compreensão sobre o tema, tem-se a obra de CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 19, que assim destaca logo no início da obra: “Na verdade, a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘check and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno. Deste fenômeno, extremamente complexo e característico da profunda crise do estado e da sociedade contemporânea, buscarei esclarecer, nas páginas que seguem, os termos conceituais (§ 3), e os limites substanciais (§ 4), examinando-lhe assim as causas principais (§§ 5 a 10); (...)”. As especificidades de cada motivo usado para justificar a expansão do Poder Judiciário pode ser encontrada nas páginas 31-72 da referida obra.

⁸¹ Contrariamente ao exposto, Ingeborg Maus entende que vários destes fatores são contributos de um fortalecimento desmedido do Judiciário, que alcança o seu ápice com a subversão dos poderes judiciais, passando a incorporar o papel do “próprio monarca substituído”. Essa supervalorização do Judiciário, destaca a autora, coloca os juízes como “profetas”, fazendo verdadeiro papel de mentor da sociedade, tanto no que corresponde ao direito em si, como em relação aos próprios padrões morais a ser adotados pela sociedade como um todo. Para melhor compreensão dos escritos da autora, ver MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. In: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 58, novembro de 2000, p. 183-202.

O viés democrático que adquire a obrigação de fundamentar as decisões judiciais é indelével, consubstanciando em direito inalienável dos jurisdicionados e garantia contra decisões arbitrárias.

A grande crítica direcionada ao Poder Judiciário como criador do direito – a qual decorreria da não eleição de seus membros – mostra-se superada com a devida e adequada motivação da decisão prolatada pelo magistrado, pois ainda que não escolhido democraticamente pela sociedade, teria seus atos controlados pelos cidadãos através das razões conferidas ao julgado.⁸²

E ainda que esta nova faceta da obrigação de motivar as decisões judiciais (controle social) mostre-se reluzente a partir do segundo quartel do século XX, com a redefinição do Estado Democrático, é patente que a sua garantia contra o arbítrio judicial já se verificava desde o começo de suas práticas, afinal conferia às partes o poder de irresignar-se contra a decisão proferida. Esta função, ainda que destinada apenas aos sujeitos do processo, já se colocava como a garantia destinada ao jurisdicionado de que o magistrado não proferiria decisões voluntaristas, mas sim pautadas nas questões suscitadas no processo e nos limites do ordenamento.

Esta atuação jurisdicional proativa, desde que realizada dentro de certos limites,⁸³ não se mostra contrária à democracia e à separação de Poderes. O “governo da maioria” pressupõe muito mais do que a vontade daqueles que se encontram em maior número; a Constituição, como epicentro das forças normativas, tem, inclusive, o papel de regular as tensões existentes entre os cidadãos e estabelecer o modo de convívio harmonioso entre os mais diferentes grupos insertos na sociedade.

É desta conciliação entre democracia e constitucionalismo que muitas vezes se ocupa o Judiciário, pois objetivando proteger a democracia de si mesmo, exerce seu poder de guardião do texto constitucional.⁸⁴

⁸² Pensando em termos globais, todavia, pode-se afirmar que a legitimidade dos Poderes Legislativo e Executivo tem a mesma origem daquela conferida ao Judiciário, ou seja, todas elas retiram seu fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁸³ Nesta esteira toma-se emprestado a noção de CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**, *Op. cit.*, que em p. 74-75, destaca a questão das virtudes passivas do juiz como limites a atuação jurisdicional. No presente trabalho, analisar-se-á, ainda, que o contraditório e a motivação das decisões judiciais são outras duas garantias inalienáveis dos jurisdicionados no processo.

⁸⁴ Neste sentido BARROSO, Luiz Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. In: SILVA, Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). **Controle de Constitucionalidade e direitos fundamentais – estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 249-250, que assim destaca: “O Estado constitucional democrático, como o nome sugere, é produto de duas ideias que se acoplaram, mas não se confundem. Constitucionalismo significa poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. O Estado de direito como expressão da razão. Já democracia significa soberania popular, governo do povo. O poder fundado na vontade da maioria. Entre democracia e constitucionalismo, entre vontade

A percepção que se tem, assim, é que a atuação jurisdicional visando à concretização dos direitos garantidos pelo ordenamento tem um fundamento de validade constitucional, ainda que os membros do Judiciário não sejam eleitos pelo povo. De toda sorte, a falta de legitimação pelo voto não diminuiria a importância e a grandeza das atribuições dos magistrados, pois sua legitimidade também advém – e principalmente – dos motivos expostos para a tomada de decisão. Esta legitimidade é produto de uma argumentação discursiva, construída com a colaboração das partes e da própria sociedade, através da ampla participação popular.⁸⁵

E ainda que se coloque em xeque a suposta atuação proeminente do Poder Judiciário, é fato incontroverso a “dimensão criativa inerente à interpretação jurídica”⁸⁶ propiciada pela inauguração do constitucionalismo contemporâneo – motivo pelo qual o importante é o desenvolvimento de mecanismos visando combater decisões subjetivistas.

No Brasil, vários artigos⁸⁷ trataram e ainda abordam a respeito do desempenho proativo das cortes – chegou-se ao ponto de nominar texto que questionava, pejorativamente, o atual momento histórico do STF, cujo título é “Supremocracia”⁸⁸. Todavia, o que deve ser ressaltado, é uma forma de legitimar esta atuação jurisdicional, que somente poderá ser aceita pela sociedade se estabelecida dentro de certos parâmetros e limites, e quando devidamente respeitados os direitos e garantias da sociedade.

Não se pode conceber uma atuação judicial incisiva sem controle, e o dever de motivar as decisões judiciais propicia o meio através do qual a sociedade pode exercer sua soberania e vigiar o desempenho dos magistrados. Afinal, conforme salientou Luigi Ferrajoli, a obrigação

e razão, entre direitos fundamentais e governo da maioria, podem surgir situações de tensão e de conflitos aparentes. Por essa razão, a Constituição deve desempenhar dois grandes papéis. Um deles é o de estabelecer as regras do jogo democrático, assegurando a participação política ampla, o governo da maioria e a alternância no poder. Mas a democracia não se resume ao princípio majoritário. (...) Aí está o segundo grande papel de uma Constituição: proteger valores e direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos. E o intérprete final da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Seu papel é velar pelas regras do jogo democrático e pelos direitos fundamentais, funcionando como um fórum de princípios não de política — e de razão pública — não de doutrinas abrangentes, sejam ideologias políticas ou concepções religiosas. Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.”

⁸⁵ Este é o exemplo do que CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2011, p. 198, denomina de decisão participada, ao afirmar que o processo “é procedimento discursivo, participativo, que garante a geração de decisão participada.”

⁸⁶ MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, vol. 1, nº 18, 2010. Versão eletrônica disponível em <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2013.

⁸⁷ Muitos destes textos acadêmicos encontram-se citados neste trabalho. A título meramente exemplificativo veja as notas 71, 73, 77, 78, 81 e 84, *supra*.

⁸⁸ O termo é título de artigo da lavra de VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008.

de fundamentar os pronunciamentos é a “última garantia processual (...), que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema”.⁸⁹

Os capítulos subsequentes buscarão esboçar esta realidade da atuação judiciária, colocando em xeque o preconceito sobre a visão criativa – discricionária – das decisões judiciais, através da busca de meios aptos para legitimar a ação jurisdicional. Isto porque, ainda que o Judiciário possua seu fundamento de validade na Constituição, o atual modelo estatal busca mais que alicerces formais de legitimação de seus institutos.

Objetiva-se, assim, dentro do arquétipo democrático atual, a possibilidade de constante legitimação dos atos estatais por parte dos cidadãos, que são diretamente afetados pelos seus efeitos; e em adiantamento, entende-se que, somente através de uma efetiva possibilidade de participação e controle por parte da sociedade nas instâncias de decisão estatal é que se alcançarão os resultados pretendidos.

⁸⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573. Para o mestre italiano, o conjunto das garantias penais não teria qualquer efetividade se não fosse acompanhado de um correlato conjunto de garantias processuais, sendo certo que ambas possuem uma conexão entre si. Apesar de seus escritos estarem direcionados para o direito penal, boa parte de suas ideias sobre o garantismo podem ser transportadas para os demais ramos processuais. A classificação da motivação das decisões judiciais como uma garantia orgânica procedimental, *verbi gratia*, é plenamente compatível com os processos civil e constitucional.

2 A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

A discricionariiedade judicial é assunto que incendiou as discussões jurídicas no cenário do Direito. A mudança de paradigmas ocorrida na passagem do positivismo para o pós-positivismo trouxe ao debate a questão da margem de liberdade que teria o juiz para decidir casos sob sua apreciação.

O ponto é simples: onde não se encontra uma determinada solução estabelecida pelo legislador, o campo de atuação do aplicador é definido por ele mesmo. Mas o estabelecimento da norma no caso concreto não pode ser encarado como um ato arbitrário do juiz; a liberdade que lhe é concedida no momento de dar vida ao direito é limitada pelo próprio ordenamento. Bem assim, a discricionariiedade deve ser definida como a zona de penumbra existente na norma positivada, na qual se verifica uma inexatidão e/ou incerteza do texto legal, seja na hipótese de incidência, seja na consequência normativa, conferindo ao magistrado uma margem de liberdade para complementar o direito no caso concreto. Esta é a ideia de discricionariiedade judicial com a qual se trabalhará.

O tema é tão complexo que chega-se a negar a sua existência no âmbito jurisdicional, refutando a existência da discricionariiedade nas hipóteses da definição acima estabelecida. No entanto, entende-se que o melhor caminho para compreender o sistema processual brasileiro é justamente enfrentando o problema e dando-lhe melhores contornos. Neste aspecto, assume especial relevo a interpretação, que além de ser o veículo cuja exata função é guiar a discricionariiedade judicial, acaba dando azo ao fenômeno.

É através do ato interpretativo que se desenvolvem as atuações discricionárias, afinal, todo ato de criação decorre de um ato de interpretação (a recíproca, todavia, não seria verdadeira). As ideias serão mais bem esmiuçadas nos tópicos presentes, todavia, deve-se, desde logo, fixar duas premissas: não é porque existe a discricionariiedade judicial que não existirão decisões corretas; e não é porque existe discricionariiedade judicial que as decisões judiciais serão contraditórias ou arbitrárias.

Isto porque um dos grandes problemas da atuação discricionária é o ranço de subjetividade na hora da decisão. O denominado solipsismo judicial deve ser veementemente combatido, pois, este sim, é foco de decisões incorretas e contraditórias. A discricionariiedade deve ser vista como a margem concedida pelo legislador para que se alcance a justiça no caso concreto. Esta justiça, para não ser confundida com um aspecto individual, deve ser aquela

que representa a finalidade e conteúdo da lei escrita,⁹⁰ bem como aquela que obedeça a todos os demais limites impostos pelo ordenamento.

É um círculo vicioso, mas necessário. A norma, por ser aberta, propicia uma margem de liberdade na atuação do juiz, mas ele, quando do julgamento, deve revolver ao direito para buscar sua finalidade, conteúdo e propósitos, definindo, assim, a mais adequada solução para aquele caso.

O ponto, pois, é controlar a atividade discricionária e não buscar maquiá-la. Aceitando sem preconceitos um possível ato de criação judicial, o objetivo é desgarrá-lo do espectro individualista e trazê-lo para o campo social. A participação da sociedade na construção da norma com o juiz e a possibilidade de exercer um controle efetivo sobre a necessária exposição das razões de decidir do magistrado, são duas formas de repudiar as premissas contrárias à discricionariedade, e ultrapassar estas questões que mais atrapalham do que auxiliam na compreensão do fenômeno e sua gênese.

2.1 O debate entre Hart e Dworkin – com uma breve passagem por Kelsen

Já se observou que a reformulação enfrentada pelo Direito ocorrida na segunda metade do século XX trouxe à baila uma faceta do Judiciário até então pouco explorada em grande parte dos países, qual seja, sua efetiva participação na complementação do direito. A obra coordenada por Mauro Cappeletti e Bryan Garth a respeito do acesso à justiça, associada com a elevação das Constituições à norma de maior hierarquia do ordenamento, demonstrou que os juízes não serviriam apenas para individualizar a norma aplicável ao caso posto à sua intelecção – subsunção; a lei, em seu sentido literal, muitas vezes não responderia aos problemas colocados pelos jurisdicionados, quiçá aos anseios de uma comunidade ávida pelo extenso rol de direitos e garantias previstos nas Constituições promulgadas pós-Segunda Guerra Mundial. O positivismo perde terreno e busca-se uma solução fora da lei para resolver a complexidade dos novos problemas enfrentados pelos Tribunais.

⁹⁰ Neste sentido, ainda que manifestando sobre a discricionariedade administrativa, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Poder” Discricionário. In: **Revista Brasileira de Direito Público**. São Paulo: RT, vol. 2, outubro/1985, p. 1061 e seguintes, que assim afirma: “Mas caberia pergunta: quando o legislador regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, ele abriu mão do desejo, da imposição, de que seja adotado o comportamento ótimo? Muito pelo contrário. A discricção, (...), é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. (...) quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita, do administrador, outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.”

Pois bem, o tema em estudo é derivado de todo o contexto exposto, isto porque desde o positivismo de Kelsen se debate a respeito da discricionariedade judicial. Em sua obra “Teoria Pura do Direito”, notadamente no último capítulo, o professor de Viena já discorria a respeito da impossibilidade do legislador prever e tipificar todas as ações e omissões tendentes a gerar uma atuação estatal; assim, nem todo comportamento do sujeito se subsumiria exatamente nas hipóteses de incidência legalmente estabelecidas.⁹¹ Para Kelsen, são as normas de escalão superior que determinam a forma de produção dos atos inferiores e os seus conteúdos; no entanto, ainda que prevendo em maior ou menor medida a substância do ato inferior, a norma superior não poderia estipular todas as possibilidades de incidência em relação aquele, pois na lei sempre há um espaço “de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”.⁹²

Em decorrência da constatação de que o Direito não pode ser completamente determinado,⁹³ fato que não se nega nos dias atuais, é que o autor estabelece que a lei em si é uma moldura, na qual se inserem diversas possibilidades de realização ou execução de um ato, cabendo ao aplicador do Direito escolher a norma individual a ser aplicada. Notoriamente, é através da interpretação que o Tribunal alcançará a resposta para o caso (em verdade, a interpretação é una, e através desta revelar-se-ão diversas hipóteses de realização

⁹¹ A bem da verdade, pode-se dizer que este ato de complementação da lei, quando se verifica uma omissão legislativa, é suscitada desde tempos longínquos; Aristóteles já bradava a respeito, senão veja-se: “A razão disso é que toda lei é universal, mas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta em relação a certos casos particulares. Nos casos, portanto, em que é necessário falar de modo [15] universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei leva em consideração o caso mais freqüente, embora não ignore a possibilidade de erro em consequência dessa circunstância. E nem por isso esse procedimento deixa de ser correto, pois o erro não está na lei nem no legislador, e sim na natureza do caso particular, já que os assuntos práticos são, por natureza, dessa espécie. (...) Por conseguinte, quando a lei estabelece uma lei geral e surge [20] um caso que não é abarcado por essa regra, então é correto (visto que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade) corrigir a omissão, dizendo o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse previsto o caso em pauta”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. São Paulo: Martins Claret, 2011, p. 121. Apesar de Aristóteles ter escrito o excerto quando ensinava ao seu filho sobre a equidade e o equitativo – discorrendo que o equitativo seria “*uma correção da justiça legal*”, portanto a equidade seria superior à justiça, afinal como visto no trecho acima a justiça legal pode não abraçar todos os casos –, a citação se adapta perfeitamente ao que se pretende expor. Assim, para Aristóteles, o meio para se concretizar a equidade seria através da análise do caso particular, realizada pelo juiz.

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 388.

⁹³ Esta ideia de indeterminação do direito está diretamente ligada com a origem da discricionariedade – não se adentrará especificamente sobre a cisão de sentidos que a indeterminação da norma jurídica pode suportar e qual dos sentidos seria fonte de discricionariedade, todavia, destaca-se que a indeterminação pode se dar de dois tipos: intencional ou por imprecisão. Sobre o tema, VIDAL, Isabel Lifante. **Dos conceptos de discrecionalidad jurídica**. DOXA Cuadernos de Filosofia del Derecho 25 (2002), p. 419-421 e 424-426, disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23584061091481851665679/doxa25_13.pdf?portal=4. A autora ainda ressalta que o ato ou efeito de conferir algum poder a alguém é um segundo elemento que pode ser fonte de discricionariedade.

do ato, dentre as quais o juiz elegerá aquela que melhor lhe convier), sendo certo que para Kelsen, “não há absolutamente qualquer método (...) segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta”.⁹⁴ A justificativa para o posicionamento adotado é encontrado através de uma ideia relacional; para Kelsen, tentar buscar a única solução correta para o caso analisado pelo Tribunal é o mesmo que tentar criar uma Constituição com as únicas leis justas.⁹⁵

Não se pode olvidar que todas as ideias de Kelsen são pensadas para a sua teoria pura, que seria a criação de uma ciência jurídica na qual o Direito não sofreria influências externas de questões como a política, a ética ou a moral. Segundo referidos pontos, compreende-se com clareza a colocação do autor de que não seria sequer problema do direito positivo investigar a única resposta correta para o caso, esta competiria à política do Direito.

Conclusão outra não se alcança para o fato de que o juiz é dotado de função criativa, sendo livre para, segundo suas convicções e dentro da moldura da lei (estes seriam os motivos pelos quais a decisão judicial seria necessariamente um ato de vontade e não apenas um ato de conhecimento), produzir o ato aplicável ao caso sob sua apreciação. A atividade de criação da lei é idêntica para o juiz e para o legislador, diferenciando-se apenas no seu aspecto quantitativo e na liberdade de criação, afinal, o juiz estaria adstrito à moldura da lei, ao passo que o legislador não teria este espectro de limitação.⁹⁶

A suma da teoria kelseniana para o ato de criação judicial coloca-a em pé de igualdade com a discricionariedade administrativa, na qual o agente público pode se socorrer de critérios de conveniência e oportunidade⁹⁷ para sua atuação, afinal, dentro da moldura da lei não se

⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito ...** *Op. cit.*, p. 391.

⁹⁵ *Ibidem. Op. cit.*, p. 393.

⁹⁶ *Ibidem. Op. cit.*, p. 393. Não se quer dizer que o poder legislativo é totalmente livre no seu ato de criação das leis, o que seria de todo falacioso. A própria Constituição se mostraria como um limite à liberdade de atuação do legislador. Sobre o assunto ver VIDAL, Isabel Lifante. **Dos conceptos de discrecionalidad jurídica ...**, *Op. cit.*, p. 414-415.

⁹⁷ Não é o propósito do presente trabalho tratar da discricionariedade administrativa, porém faz-se interessante sua consideração uma vez que a discricionariedade judicial é, necessariamente, uma decorrência daquela (mas não se esgota nos sentidos que os administrativistas a conferem). Assim, pode-se dizer que tudo se iniciou com a discricionariedade administrativa: com a necessidade de o Estado dar respostas cada vez mais céleres e sem burocracias aos seus cidadãos – decorrência da dinamização da sociedade – fez-se premente que a lei conferisse uma certa margem de liberdade de atuação ao administrador, visando, de acordo com suas escolhas e tendo em vista critérios de conveniência e oportunidade, a colmatar o campo de indeterminação normativa da ordem de atuação que a lei lhe dirigia – em suma, a lei previa uma obrigação de agir ao agente público, porém sem lhe conferir o *modus facendi*, v.g., motivo pelo qual, de acordo com suas convicções, deveria atuar e realizar o mandamento legal. Nas palavras de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, 17ª ed., p. 855, assim se definiria a discricionariedade administrativa: “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa

verificaria qualquer limite para a decisão do magistrado. Ainda segundo o professor de Viena, a interpretação cognoscitiva do aplicador do Direito poderia gerar diversas possibilidades reveladas para o caso em análise, cabendo ao juiz escolher aquela que melhor conviesse para a situação⁹⁸ – encontra-se aqui o gérmen da decisão como ato de vontade, ao invés de apenas vincular-se a um ato de conhecimento.

A simplicidade e coerência com a qual o tema é exposto por Kelsen não ofusca, todavia, a imensa controvérsia que pende sobre a discricionariedade judicial. Dois autores de renome, Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin, protagonizaram grande debate a respeito do tema, e suas correntes de pensamento se mostram como as mais instigantes para discorrer sobre o assunto.

Questões como discricionariedade e arbitrariedade, normas com textura aberta, poder de criação do juiz, inexistência de liberdade de atuação judicial, completude do Direito, são matérias que merecem aprofundamento para melhor compreensão desse fenômeno jurídico.

Antes de adentrar ao cerne do debate, é prudente rememorar um dado já assinalado: o legislador não é capaz de prever todas as condutas humanas passíveis de tipificação jurídica, ou seja, não tem conhecimento para desvendar todo o espectro de relações que possa existir entre os sujeitos de direito (esta seria a denominada discricionariedade por indeterminação dos materiais jurídicos).

Partindo desta premissa, deve-se separar e diferenciar duas correntes de pensamento que na contraposição de seus ideais pode levar a entendimentos díspares a respeito da criação do direito pelo juiz: os positivistas – que possuem dois dogmas quase que universais entre as diversas subcorrentes que a teoria possui, quais sejam, a única fonte do direito é a lei e a

extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”. O célebre administrativista citado não faz menção em seu conceito a respeito dos critérios de conveniência e oportunidade, mas é consabido que o administrador, ao agir de acordo com o comando legal aberto, tem o dever não somente de vislumbrar a dicção do art. 37, da CFRB e demais princípios implícitos direcionados à administração pública, como também observar estes dois conceitos vagos que representam a vontade do administrador de fazer valer o interesse público e o bem social. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, 25ª ed., p.112, assim trata da discricionariedade: “Diversa é a hipótese quando a lei não delineia a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio agente que elege a situação fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. (...)”. Na visão de outro administrativista de escol, o qual se mostra mais atento à perspectiva do Estado Democrático de Direito, JUSTEM FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 8ª ed., 2012, p. 203, desta forma relata sobre a discricionariedade: “(...) discricionariedade é um instrumento jurídico de realização da função imposta à Administração Pública. (...) é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico”.

⁹⁸ Nestes exatos termos disserta Kelsen: “(...) na interpretação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”, KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito ... Op. cit.**, p. 394.

ausência de conexão entre direito e moral; e os atualmente denominados pós-positivistas, que têm como características a justa negação dos dogmas positivistas. Os adeptos desta corrente expõem que existe uma necessária correlação entre direito e moral, sendo que a moral inserir-se-ia no direito através dos princípios jurídicos – estes, da mesma forma que as regras, são dotados de força normativa.⁹⁹ A questão atinente às fontes do Direito é rechaçada pelo simples fato da inserção da moral no direito, abrindo novas possibilidades de criação de direitos e obrigações.

É neste espectro que se contraporá os autores e suas correntes de pensamento, buscando, ao fim e ao cabo, expor ao interlocutor as nuances e problemáticas envolvendo a discricionariedade judicial.

2.1.1 Herbert Hart e o poder discricionário do juiz

O ideal positivista, conforme visto através da teoria kelseniana, tem em sua vertente a defesa de um poder discricionário judicial. O juiz, defronte ao caso concreto que não possua uma consequência normativa prévia e legalmente estabelecida para uma determinada hipótese de incidência (não sendo possível a subsunção do fato à norma), tem que criar a disposição legal para decidir o processo.

Todavia, é primário pensar, diante do exposto acima, que o positivista penderia para a indeterminabilidade do direito pelo simples fato de admitir o poder de criação de leis pelo juiz (e mais, não se pode suscitar que um positivista defenda o ideal cético sobre as regras – manifestando que o Direito seria aquilo que os tribunais dizem que ele é. E, obviamente, também não é viável dizer que os positivistas são formalistas ao ponto de entenderem que todas as condutas podem ser previamente fixadas). O positivista se prende sim à determinabilidade do Direito, ancorando-se na segurança das relações jurídicas, mas defende que a vagueza da linguagem ou a textura aberta de certos termos, pode impor uma atuação ao juiz que não se encontra previamente destacada na norma.

⁹⁹ Para um melhor entendimento a respeito, CALSAMIGLIA, Albert. **Postpositivismo** ... *Op. cit.*, p. 209-220. Insta assinalar que não se pretende qualificar os autores que serão citados e criticam a doutrina positivista como pós-positivista, a menção à referida expressão se mostrou necessária apenas para diferenciar as correntes de pensamento assinaladas. Ademais, diversas nomenclaturas podem ser dadas às teorias que negam os dogmas do positivismo, tais como, neoconstitucionalismo, pós-modernismo, pós-positivismo, constitucionalismo contemporâneo, jusmoralismo; assim, o uso do termo pós-positivista deveu-se a uma escolha “discricionária” do autor, importando-se mais com o conteúdo das ideias defendidas do que com o aspecto formal da nomenclatura pela qual são classificadas.

E para um positivista como Hart, a determinabilidade do Direito não envolve o seu entendimento como um todo completo.¹⁰⁰ Ele busca, em verdade, a exata compreensão das normas (definição de hipóteses de incidência e consequências normativas) visando à prévia ciência pelos jurisdicionados das regras da sociedade,¹⁰¹ sem se olvidar, contudo, que há casos nos quais inexistente uma resposta prévia dada pelas normas. Nestes casos, a decisão dependeria de uma “escolha” (limitada) de variantes para a solução do problema, a qual não se encontraria previamente estabelecida pela lei.

Da incapacidade humana de prever todas as hipóteses de atuação antecipadamente e da necessidade de existência de regras gerais de conduta – o que decorre da própria abertura semântica da linguagem e, conseqüentemente, traduz a utilização de expressões abertas para os desígnios de completude e determinação do Direito (ambigüidade e vagueza da linguagem) – é que o juiz teria a entrada para atuar o direito do caso concreto, não previamente estabelecido pela lei.

¹⁰⁰ Não se ignora que os positivistas clássicos acreditavam no dogma da completude do direito, o que decorreria da própria ideia de certeza do direito e monopolização da criação jurídica pelo Estado – situação verificada desde a era das codificações. Assim, a resposta destes pensadores sobre os questionamentos das condutas não tipificadas estaria naquilo que Bobbio denominava de norma secundária implícita, ou, mais especificamente, “norma de clausura”. Esta norma expressaria uma conduta contrária à norma positivada e, assim, tudo que não estivesse previsto na conduta tipificada, estaria permitido; viabiliza-se, pois, a completude do direito. Nos dizeres de BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 209-210: “O ordenamento jurídico resulta do conjunto de todas as normas particulares e de todas as normas gerais exclusivas; estas últimas podem ser expressas numa única norma que diz: ‘É permitido tudo que não é proibido nem comandado’. Tal norma é dita *norma de clausura*, visto que assegura a completude do ordenamento, garantindo a atribuição de uma qualificação jurídica a todos os fatos não previstos pelas outras normas. Mesmo um sistema normativo constituído por uma única norma é um ordenamento completo, pois aquela única norma é acompanhada por uma segunda norma implícita que fecha o próprio sistema, atribuindo a qualificação de ilícito a todos os fatos não previstos pela primeira norma”. Ainda sobre o tema, MARQUES, Elmer da Silva. Releitura do dogma da completude sob a ótica da textura aberta do Direito em H. L. A. Hart. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, 2013, p. 25-47, que assim destaca a respeito da completude do direito para os positivistas clássicos, em p. 29: “A completude do Direito é, desta forma, um conceito fundamental ao positivismo jurídico clássico e de sua função instrumental de assegurar o monopólio da produção jurídica ao Estado e está, classicamente, ligada à percepção de que o ordenamento jurídico possui todas as normas necessárias para a solução judicial de todos os casos levados à solução estatal, ainda que a norma aplicável ao caso concreto tenha de ser construída por intermédio dos métodos de integração previstos pelo próprio ordenamento.”.

¹⁰¹ Desta dualidade entre formalistas e ceticistas, assim como demonstrando a base de sua teoria jurídica como um meio termo em relação aos extremos, Hart pontua: “De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. (...) A teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa, porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas. Para escapar a esta oscilação entre os extremos, precisamos de nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas.”, em HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito ... Op. cit.**, p. 143.

A falibilidade do legislador é destacada por Hart como condição natural do homem. Decorre do seu desconhecimento de todos os fatos e a impossibilidade de determinar todas as finalidades almejadas.¹⁰² A própria vagueza da linguagem e dos termos empregados nas normas também são consequências da condição defectível do ser humano, mas são largamente utilizadas em razão da busca por segurança através de padronização de comportamentos pré-fixados.¹⁰³⁻¹⁰⁴

Mas Hart guarda grande diferença com o positivismo clássico. Isto porque, enquanto os autores desta corrente não aceitavam a inserção de princípios morais na ordenação legal, apenas suscitando um poder de escolha no caso de impossibilidade da subsunção lógica, o autor inglês acreditava que o Direito poderia ser composto por normas-princípio.

A assertiva pode ser defendida sob o ensinamento estampado no pós-escrito de sua obra, na qual Hart se autodefine como um positivista moderado, pois aceita a incorporação de princípios morais ou valores substantivos em sua regra de reconhecimento.¹⁰⁵ Desta feita, mesmo que a validade de uma norma dependa de sua consonância com princípios morais insertos na regra secundária de maior grau hierárquico, ainda assim o Direito não poderia ter respostas para todos os casos, e a razão para tanto decorre, basicamente, da abertura semântica dos termos utilizados – seja nas regras, seja nos princípios morais.

Em retorno e ratificação ao que se disse adrede, para Hart, o cerne do poder discricionário do magistrado centra-se na impossibilidade de regular todas as condutas humanas, bem como na textura aberta de algumas normas, que em razão de sua baixa densidade conceitual não permite uma regulação direta e unívoca para determinadas ações.

¹⁰² *Ibidem.* p. 141.

¹⁰³ *Ibidem.* p. 140-141 e 148-149.

¹⁰⁴ A suma das ideias positivistas a respeito do poder de criação judicial diante de um caso concreto, doutrinas estas com as quais Hart se coaduna, é bem exposta por Dimitri Dimoulis, que assim destaca: “Em sua grande maioria, os juspositivistas reconhecem a *ampla margem de liberdade concretizadora de cada aplicador do direito sem negar a relativa determinação das normas que garante certo grau de objetividade-vinculatividade*. Nisso convergem quatro tipos de argumentos: a) *Argumento linguístico*. Os positivistas admitem a vagueza estrutural da linguagem que, normalmente, não permite deduzir de certo enunciado normativo uma solução-decisão concreta (...). b) *Argumento de teoria das normas*. A baixa densidade normativa de muitos dispositivos vigentes, que são comumente designados como princípios ou normas programáticas, impede a aplicação precisa. Diante da abertura normativa, o aplicador adquire ampla liberdade de concretização dentro dos limites traçados pelo legislador. c) *Argumento de validade do direito*. A teoria positivista não reconhece a vinculatividade jurídica de princípios morais ou de outra natureza. Não sendo vinculado por tais princípios, o aplicador de enunciados normativos jurídicos vagos ou de baixa densidade possui liberdade de decisão. d) *Argumento de teoria da interpretação*. O positivismo jurídico não acredita na possibilidade de hierarquizar os métodos de interpretação do direito, escolhendo o melhor ou, pelo menos, o mais indicado em cada caso. Disso decorre a possibilidade de permanentes conflitos entre os métodos. Nessas hipóteses cria-se uma situação de relativa indecisão que não se resolve hierarquizando os métodos, mas de maneira *decisionista*.”, em DEMOULIS, Dimitri. *A Relevância Prática do Positivismo Jurídico*. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011, p. 230-231.

¹⁰⁵ HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito ...** *Op. cit.* p. 312-316.

Nestas hipóteses, impõe-se ao magistrado uma tomada de decisão inovadora, inclusive recorrendo às suas preferências morais, as quais poderiam ser alvo de intelecção através dos “padrões jurídicos variáveis” existentes dentro do direito.¹⁰⁶ Observa-se que é a linguagem aberta utilizada pelo Direito que proporcionaria a exata medida da justiça. As circunstâncias do caso se equilibrariam, sopesando cada interesse em jogo, para ao final atender aos reclamos da justeza da decisão judicial – esta visão se contraporiria a um pronunciamento mecanicista, em consonância com uma previsão legal geral que certamente não se adequaria em todas as nuances que as circunstâncias fáticas apresentariam.

Neste foco, percebem-se as razões pelas quais Hart se qualificava como um positivista moderado, afinal os princípios e os valores morais estariam sempre circundando sua teoria: ora são vislumbrados como critérios de validade existentes dentro da própria norma de reconhecimento, ora são utilizados como pontos de apoio do magistrado em seus fundamentos e raciocínio decisório quando da utilização do poder discricionário.

Mas, mesmo que defenda avidamente o ato criativo pelo juiz, e ainda que observada a sua concordância com a existência de princípios jurídicos (morais) no direito, Hart sustenta que este poder é intersticial e limitado pelo próprio ordenamento.

A limitação do ato de criação é estabelecida pelas próprias regras presentes no ordenamento. Assim, mesmo que possuam uma amplitude cognitiva, é pelo justo fato de anotarem comportamentos ou condutas gerais a serem observadas por todos que as regras demarcariam o poder de criação do magistrado, evitando-se uma suposta arbitrariedade.¹⁰⁷

Notório que Hart exclui peremptoriamente a possibilidade de o magistrado criar o padrão geral de conduta, deixando claro que a sua função é a discricionariedade do caso

¹⁰⁶ Apesar de Hart não dar um tratamento minucioso sobre a questão dos princípios em sua teoria, há confissão do autor de que não ignora a presença deles, o que se mostraria presente nos dois momentos já informados (na regra de reconhecimento e na hora de “criar” o direito), senão veja-se as suas palavras com relação ao segundo momento da introspecção pelo juiz destas normas valorativas: “Penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico, e que isso devia ser assinalado através de uma terminologia apropriada. Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles. Mas também é seguro que não tencionava sustentar, através do uso que fiz da palavra ‘regra’, que os sistemas jurídicos só contêm regras de ‘tudo-ou-nada’ ou regra quase-conclusivas. Não só chamei a atenção (...) para o que designei (talvez de forma infeliz) como ‘padrões jurídicos variáveis’, que especificam factores que devem ser levados em conta e ponderados com outros, mas tentei (...) explicar por que razão algumas áreas de conduta eram adequadas para serem objecto de regulação, (...)”. HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito ...** *Op. cit.*, p. 325.

¹⁰⁷ Contrariamente ao entendimento de Hart, ou seja, acreditando que todo ato discricionário do juiz é necessariamente um ato arbitrário, tem-se o magistério de Lênio Streck, que assim destaca: “(...) o que se chama de discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo Judiciário.” (STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.** ... p. 42).

concreto, ou seja, compete ao juiz decidir o conflito particular posto sob sua jurisdição, e nada mais. Essa postura do Judiciário em seguir diretivas gerais previstas pelo legislador, situação que evitaria uma decisão “fora do direito” e puramente subjetiva, decorre da tradição dos magistrados em aceitar as próprias regras delimitadas para o cargo que ocupam.¹⁰⁸

Na tentativa de demonstrar os limites impostos ao magistrado em seu poder discricionário, Mauro Cappelletti, também defensor dos poderes criativos do magistrado, é enfático ao ressaltar que o juiz tem balizas processuais no seu poder de inovação da ordem jurídica. Destaca, dentre elas, a vinculação aos fatos da causa e a imparcialidade, esta última englobaria os ideais de *fair hearing* e independência do Judiciário – virtudes passivas.¹⁰⁹

No plano atual, não se ignora que o magistrado, ao deparar-se com o caso concreto, possui uma série de deveres a cumprir, ao passo que as partes têm ainda uma gama de direitos assegurados. As garantias constitucionais processuais são, pois, grandes exemplos das propaladas virtudes passivas desde há muito ventiladas por Cappelletti. O contraditório e as suas mais variadas facetas – poder de influenciar a decisão, bilateralidade da audiência, direito efetivo de participação no processo, cooperação entre as partes –, a inércia do magistrado quando da inauguração do processo, o dever de motivar as decisões proferidas, são mais alguns limites processuais que fatalmente podam o ato de criação judicial do direito.

A explanação realizada mostra-se como argumento de defesa do aspecto pontual da atividade criativa do juiz propalada por Hart, afinal estando o juiz atrelado a certos *standards* de decisão, ou seja, possuindo padrões a seguir e tendo limites a respeitar, suas ações não podem ser confundidas com atos gerais ou de aplicação indiscriminada. Incontestemente, pois, que o ato de criação do direito pelo juiz é intersticial, apenas valendo para o caso concreto, o que não somente provaria a existência da discricionariedade no ambiente jurisdicional, como também demonstraria a possibilidade de seu controle.

2.1.2 Ronald Dworkin e a inexistência de poder criativo do magistrado

¹⁰⁸ Neste sentido observa HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito...** *Op. cit.*, p. 159: “Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. (...). A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria.”

¹⁰⁹ Para melhor explanação ver CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?...** *Op. cit.*, p. 74-75.

Em termos sucintos, para os fins do presente trabalho, a ideia de poder discricionário repulsada por Dworkin seria aquela centrada na completude ou incompletude do direito.¹¹⁰ A colocação é de veras simples, mas notavelmente complexa. Afirmou-se no último tópico que o legislador seria incapaz de prever todas as condutas e/ou comportamentos passíveis de tutela estatal; esta seria uma razão para fazer-se uso de regras gerais com termos ambíguos – textura aberta da norma.

Para Hart, referida situação seria a porta de entrada do poder criativo judicial, pois seria impossível a previsão de todas as ações tuteláveis; por sua incompletude, caberia ao aplicador do direito sanar, em concreto, os casos não subsumidos nas regras (o que seria realizado por padrões morais, ou princípios extrajurídicos). Todavia, este ideal conflita com o pensamento e a densa teoria construída por Ronald Dworkin; o autor norte-americano, pelo justo fato de acreditar na completude do direito, entende pela inexistência de poder discricionário do Judiciário – aquela que ele mesmo denomina de discricionariedade em sentido forte.

Dworkin acabou por enveredar-se por uma doutrina mais abrangente, pois acredita em uma necessária relação entre direito e moral – situação até então rechaçada pelos positivistas clássicos, e já verificada com muitas reticências por positivistas de vanguarda, como Herbert Hart. Essa conexão entre direito e moral, com o conseqüente reconhecimento de normatividade aos princípios – e para Dworkin, seria através deles que se encontraria a porta de entrada da moral no ordenamento jurídico –, mostra-se como um dos elementos que dão suporte para o autor norte-americano.

Dworkin rechaça o positivismo jurídico atacando-o em suas três bases fundantes. Assevera-se, todavia, que os pontos suscitados podem sofrer algumas variações entre os teóricos da doutrina positivista, mas que em sua essência seriam equivalentes. Refuta-se, assim, o teste de *pedigree* das normas – que seria a análise de validade formal das regras –; o poder discricionário do aplicador do direito – no qual o juiz, quando a regra não estipulasse exatamente a conduta praticada pelo agente, poderia usar as suas convicções para decidir o conflito sob sua apreciação –; e o conceito de obrigação jurídica – que, na visão dos positivistas, seria correspondente à existência de uma regra jurídica válida (aferida através do

¹¹⁰ Isto porque a outra hipótese de origem da discricionariedade, delegação de poder, não suscita grandes controvérsias. Auxilia na questão a diferenciação proposta pelo próprio Dworkin ao cindir a discricionariedade em sentido fraco e forte. A primeira delas é dividida em duas questões díspares, com ambas sendo medidas discricionárias aceitas pelo autor norte-americano. Todavia, rechaçava veementemente aquela que denominada de “sentido forte”. Sobre a questão se discorrerá mais detalhadamente posteriormente.

teste de *pedigree*).¹¹¹ O objeto em debate é a questão da criatividade do juiz na decisão dos casos difíceis, mas visando a uma melhor inteligibilidade do pensamento dworkiano a este respeito, necessária se faz uma análise mais conglobada de suas críticas direcionadas à teoria positivista.

A cisão das normas jurídicas em regras e princípios, assim, é fundamental para a reestruturação da visão de obrigação jurídica dada pelos positivistas. Isto porque, se somente regras jurídicas válidas poderiam determinar a existência de obrigações, não há como explicar que no exercício do poder de criação da norma no caso concreto, a parte vencida no processo teria um dever jurídico. É notória a lacuna existente na teoria positivista. Justificava-se, assim, a crítica de que aceitar o poder discricionário pelo Judiciário seria impor ao perdedor da demanda que se submetesse a um direito criado *ex post facto*, ou seja, render-se a deveres que não passaram pelo crivo da democracia (governo da maioria).¹¹²

Percebe-se, assim, que o desenvolvimento do modelo de regras propalado por Dworkin em sua obra “Levando os Direitos a Sério”¹¹³ é a base de sustentação de sua teoria, que desenvolve a ideia de uma interpretação construtiva do Direito. O cerne do seu pensamento é que todos os casos postos ao conhecimento do Judiciário – inclusive os *hard cases* – terão uma e única resposta correta, a qual já estaria pré-determinada no sistema, bastando ao intérprete encontrá-la. Inexistiria qualquer poder de criação do direito pelo juiz, uma vez que esta atividade hermenêutica do jurista evidenciaria a completude do Direito.

O que deve ser percebido, desde logo, é que a ausência de uma consequência normativa dada em abstrato às normas-princípio, foi a solução encontrada por Dworkin para propiciar a volatilidade necessária ao direito e lidar com casos cada vez mais complexos e menos previsíveis. Todavia, para que não caísse em uma armadilha em razão da abertura argumentativa propiciada pelos princípios, Dworkin criou seu juiz Hércules,¹¹⁴ além de melhor desenvolver seu ideal de direito como integridade.¹¹⁵

Para combater a falsa ideia de que na ausência de uma regra específica para o caso deve o juiz criar o direito, Dworkin instituiu a figura do juiz Hércules, que segundo as

¹¹¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002. p. 23-126.

¹¹² Outra crítica de Dworkin ao poder de criação do Direito pelos juízes refere-se à violação da separação de poderes, ou seja, o Judiciário, ao ditar normas, estaria usurpando a competência do Legislativo, principalmente, e do Executivo. Os argumentos contrários a este posicionamento de Dworkin serão abordados no decorrer do texto.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. *Op. cit.*, p. 28.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. *Op. cit.*, p. 127-204.

¹¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p. 271-331.

observações do autor tem “*capacidade, sabedoria, paciência, sagacidade sobre-humanas*”,¹¹⁶ cujo dever é justamente encontrar o direito das partes que estariam desde sempre insertos no ordenamento. Ao juiz Hércules competiria uma tarefa integrativa do direito, visando a encontrar a resposta (única) do caso concreto.

A empreitada, como o próprio nome atribuído ao juiz sugere, é hercúlea. Utilizar a interpretação buscando solucionar os casos não expressamente previstos pelo Direito, mas insertos no ordenamento através dos princípios morais, significa compreender o caso posto, entender as proposições normativas legais que circundam os pontos fáticos do problema e conectá-las, além de responder aos diversos questionamentos sobre as razões de ter tomado e acolhido uns argumentos em detrimento de outros. Sobre esta teia, o intérprete tem que construir a decisão judicial que será adequada e correta ao direito, justificando-a. Este desenvolvimento narrado, conforme será visto, ainda observa e é circundado por princípios de equidade, justiça, devido processo legal, além da plurifacetada integridade.

E mais. Toda a tarefa de Hércules é realizada com apoio na legislação, ou seja, a interpretação que confere aos casos que não possuem uma consequência normativa expressa deve ser atingida com apoio na lei promulgada democraticamente – a sua decisão é exarada nos limites da linguagem usada pelo legislador.¹¹⁷ Eis o descortinar do direito, que já se encontrava na existente lei.

A ideia de interpretação (construtiva) permeia, pois, toda a teoria de Dworkin, que inclusive as divide em três etapas: pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa;¹¹⁸ a separação busca a melhor explicação das ações do Judiciário quando defronte a um caso difícil, detalhando pontualmente o caminho percorrido pelo magistrado (isso não quer dizer que a interpretação seja fatiada, sendo apenas uma forma didática de mostrar como sua teoria se desenvolveria). A resposta correta (e única) do caso é alcançada quando se encontra o princípio que, em termos morais, melhor justifica o padrão normativo em debate. Olhar o presente, mas, sobretudo, observar o passado (cultura e tradição) através dos precedentes,

¹¹⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** ... *Op. cit.*, p. 165.

¹¹⁷ Mais especificamente sobre o tema: “Os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite.”, em DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** ... *Op. cit.*, p. 171.

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito** ... *Op. cit.*, p. 81-82.

assim como ter em mente concepções de futuro, são deveres impostos aos juízes na busca da resposta correta.¹¹⁹

Já o princípio da integridade pode ser designado como o ponto de partida da teoria de Dworkin, pois sua primeira verificação é observada no momento de organização da sociedade, quando os representantes da comunidade em construção revelarão seus direitos e deveres embebidos nas concepções de justiça e equidade.

Contudo, além de colaborar para o momento de formação do Direito, funcionando assim como espectro de legitimação da ordem jurídica a ser posta, a integridade é também elemento balizador da aplicabilidade dos demais princípios do ordenamento, atuando como um princípio da razoabilidade¹²⁰ quando da concretização dos demais princípios.

A integridade, pois, é o início e o fim do direito; ela o fundamenta e ainda o legitima, sendo certo que é estreitamente relacionada com os princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal. Há, assim, uma relação praticamente simbiótica entre a integridade e os demais princípios citados, pois sendo responsável por sua criação, a própria concretização do direito como integridade vai depender do respeito à equidade, à justiça e ao devido processo legal.¹²¹

Uma interpretação construtiva por parte do Judiciário que consiga abraçar todo este complexo que o direito representa, englobando passado, presente e futuro para a decisão de um caso específico é uma tarefa assaz dificultosa; somente Hércules para cumprir esta função(?).

São estas as premissas nas quais Dworkin busca fundamentos para rechaçar a discricionariedade judicial amplamente defendida por Hart. O direito como integridade não deixa espaços de criação ao juiz, ao contrário, impõe ao magistrado trabalho interpretativo

¹¹⁹ Segundo o próprio Dworkin “o direito como integridade pede-lhes [os juízes] que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso”. Ver em DWORKIN, Ronald. **O Império do direito** ... *Op. cit.*, p. 273.

¹²⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. *Op. cit.*, p. 271-272. Ainda neste sentido, e com clareza peculiar, BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74, assim descrevendo: “Por integridade, o filósofo entende o estabelecimento de direitos e deveres criados por uma comunidade política no momento da sua organização. A integridade tem fundamento na prática, ou seja, em um contrato real e histórico não fundado em um acordo hipotético nos moldes preconizados por John Rawls. (...) É dessa forma que se pode afirmar, ainda, que a integridade pertence àquele momento prévio à formulação de outros princípios de caráter fundamental, como é o caso da justiça, da equidade (**fairness**), da legitimidade e do devido processo legal. Atua, por conseguinte, como um princípio de razoabilidade de outros princípios, que se inserirão de forma expressa ou tácita no ordenamento constitucional”.

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **O Império do direito** ... *Op. cit.*, p. 291, que assim destaca sobre a integridade: “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.

para descortinar o direito existente e vigente, o qual pode não ter sido utilizado até então (criação do direito) – a interpretação construtiva da prática social do Direito é, conforme visto, permitida pelos princípios, os quais colaborariam para sua completude e determinação.

A breve suma da teoria de Dworkin acima exposta já é uma mostra das razões pelas quais o autor refuta a criação do direito pelo juiz. A ideia de uma interpretação construtiva, que busca justificar moralmente uma lei para que sua aplicação seja adequada a determinado caso, rechaça qualquer discricionariedade por parte do Judiciário. O Direito é completo e compete ao seu aplicador descortinar os direitos e deveres do caso concreto, ainda que não explícitos na legislação – o direito consuetudinário é uma das grandes armas nas mãos de Dworkin para justificar sua posição, pois sua teoria é amplamente influenciada pelos conceitos de tradição e cultura.

A teoria de Dworkin, como se percebeu, é uma teoria para o caso concreto. O juiz Hércules, dotado de características sublimes, analisa detidamente o problema posto sob sua apreciação e através de sua teoria política e moral começa a destrinchar os fatos que o circundam, procurando na norma o enunciado que se adequa ao caso; decide, pois, conforme o Direito. Nesta estrutura, o contexto histórico-social e a tradição são elementos de suma importância que auxiliam o magistrado a “encontrar” o direito previsto na lei, uma vez que as decisões propaladas no passado também são fontes de conhecimento e influenciam as decisões do presente; acima de tudo, é a moral contida nos princípios e a sua abertura linguística que propiciam o alcance da única resposta correta,¹²² através da interpretação reconstrutiva.

¹²² O autor norte-americano também desenvolve o tema da única resposta correta em seu texto, senão veja-se em DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 175-216. Na obra, Dworkin expõe mais a fundo as questões referentes à resposta correta e à discricionariedade judicial. Em suma, a afirmação de sua tese respalda-se no ponto de que existem outros fatos, que não os concretos, que respaldam a veracidade das proposições jurídicas. Neste sentido, a negação da existência da resposta correta (em qualquer das vertentes defendidas pelos seus defensores) acabaria por sucumbir frente às considerações da teoria de Dworkin, que salienta que uma proposição de direito “é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária (...)” (p. 211). A questão, assim, seria saber como se daria esta melhor justificativa, e Dworkin invoca dois argumentos para sustentar referida situação dizendo “que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificativa dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política.” (p. 213). A resposta correta, pois, dependeria da argumentação nestas duas dimensões citadas, sendo certo que, Dworkin ressalta a possibilidade de divergência dos juristas que sustentam tipos de teoria moral diferentes, motivo pelo qual assim finaliza: “A questão, portanto, de se existem casos sem nenhuma resposta certa em um determinado sistema jurídico – e se tais casos são raros ou numerosos – não é uma questão empírica comum. (...). Cada relato de casos contém um parecer sustentando que, na comparação, um lado tem o melhor argumento no debate jurídico. Alguns casos trazem também um parecer discordante, mas isso também indica que um lado tem o melhor argumento. Talvez tanto as opiniões da maioria como as da minoria estejam erradas. (...). Mas é extremamente improvável que um argumento de que é isso que aconteceu num determinado caso convença todos os juristas. Qualquer caso citado como exemplo por um estudioso será contestado pelos outros. O argumento que

A detida negação de Dworkin a respeito do poder de criação do magistrado, pelo menos nos termos defendidos pelo positivismo, é ainda demonstrada quando separa os sentidos fraco e forte da discricionariedade. Para Dworkin, somente há que se falar em discricionariedade quando uma autoridade é especificamente designada para decidir de acordo com determinados parâmetros estabelecidos por um ente superior¹²³ – discricionariedade em sentido fraco. O seu uso só é justificado quando se está diante de uma situação na qual a decisão do agente não pode ser contestada ou ainda quando uma autoridade detém poder de decisão, existindo uma amplitude cognitiva na eleição da tomada de posição que advirá. Nesta última hipótese, o que se depreende é que o responsável pela deliberação encontra-se limitado, mas não engessado para cumprir a sua atribuição, necessitando de seu intelecto para complementar a regra. Perceba-se que na teoria do autor norte-americano, encontram-se duas noções distintas do sentido fraco de discricionariedade.

No entanto, há ainda outra forma de poder discricionário, a qual Dworkin designa de sentido forte, que se distingue dos dois primeiros salientados por negar-lhes suas premissas: impossibilidade de ser criticada e inexistência de padrões estabelecidos por uma autoridade maior.¹²⁴ Neste sentido, no qual se enquadrariam os positivistas, uma autoridade que exercesse o poder de decidir, o faria quando inexistentes regras jurídicas que se adequassem a determinado caso – a decisão seria buscada fora do direito. Em razão da ausência de regras específicas e a conseqüente tomada de posição por parte da autoridade, a decisão não teria limites estabelecidos e seria altamente criticável.¹²⁵

Toda a celeuma estabelecida por Dworkin, tomando sempre por base as proposições de Hart, decorre do justo fato de que os positivistas não aceitam o estabelecimento de normatividade aos princípios. Assim, todo padrão decisório que não se encontra na lei (leia-se, regra), estaria fora do estabelecido pelo direito e sem qualquer forma de limitação, uma vez que os juízes têm obrigação de seguir as regras.¹²⁶

estou errado portanto, deve ser um argumento filosófico. Deve contestar minha suposição de que em um sistema jurídico complexo e abrangente é improvável que duas teses difiram a ponto de exigir respostas diferentes em algum caso e, ainda assim, adequar-se igualmente bem ao conteúdo jurídico relevante.” (p. 215).

¹²³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério** ... *Op. cit.*, p. 50.

¹²⁴ *Ibidem. Op. cit.*, p. 53.

¹²⁵ *Ibidem. Op. cit.*, p. 55. Para melhor compreender a questão, Dworkin ressalta: “Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte do poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes.”.

¹²⁶ Albert Casalmiglia é breve, porém direto, ao estabelecer as vantagens de acatar-se a teoria de Dworkin a respeito do poder discricionário, pontuando as exatas críticas feitas ao positivismo e ainda narrando as razões da

A teoria de Dworkin é altamente complexa, e a inserção da moral no seu ideal de direito é que proporciona esse elemento difícil; ao mesmo tempo, é a moral quem se mostra como a válvula de escape dos diversos questionamentos e críticas direcionados ao seu pensamento. De toda forma, o direito como integridade, e as decorrências dele advindas, se consubstancia em uma explicação da atividade jurisdicional cada vez mais “legislativa”.

2.2 Um ponto de interseção nas teorias?

Expostas as teses de Hart e Dworkin, o questionamento que se faz é, seriam suas teorias realmente inconciliáveis? Ou melhor, em termos finalísticos, não estariam ambos tentando dizer a mesma coisa? Não teria Dworkin se prendido aos cânones de sua teoria ao pretender que, para os positivistas (ao menos Hart, a quem direciona a suas críticas), somente as regras é que conteriam normatividade? E não teria Dworkin refutado de forma demasiado simplista a tentativa de Hart demonstrar que outras normas (com exceção da já conhecida regra de conhecimento), que não apenas regras validadas através do teste de *pedigree*, poderiam ser aceitas como um padrão de conduta, ao invés de criadas de acordo com uma regra secundária?

A ideia do presente tópico é buscar ser menos descritiva e mais crítica, demonstrando os contra-argumentos de alguns pontos das teorias de Hart e Dworkin. Para tanto, necessário se faz um ponto de partida, o qual será aqui representado pela afirmativa de que,

solidez do argumento do professor norte-americano, senão veja-se: “(...) modelo de Dworkin evita vários problemas importantes: o primeiro, que o juiz não se constitua em legislador, o que significa que o poder judiciário tem como função garantir direitos preestabelecidos. Em segundo lugar, a tese de Dworkin é compatível com o postulado da separação de poderes, posto que o juiz está subordinado à lei e ao direito. O poder judiciário é “nulo” - como afirmava Montesquieu - porque sua função é garantir direitos. Em terceiro lugar: o modelo da resposta correta recusa a teoria do silogismo, mas aceita seu princípio político básico: o juiz não tem nem pode ter poder político. A função do juiz é garantir os direitos individuais e não assinalar objetivos sociais. A função judicial é distinta da legislativa ou da executiva. Em quarto lugar: nos casos difíceis, os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Os casos difíceis são resolvidos com base em princípios que fundamentam direitos. Sem dúvidas, todas estas teorias da função judicial podem ser criticadas. Entretanto, pode ser que a teoria de Dworkin da função judicial deva ser levada a sério porque não incorre nos exageros das teorias silogística e realista (que negavam os casos difíceis). Tampouco incorre nas contradições da teoria da discricionariedade judicial (pois de um modo ou outro conceder poder político ao juiz supõe trair o sistema de legitimação do estado democrático e também supõe a aceitação de leis retroativas)”. Apresentação feita por Albert Calsamiglia à edição espanhola da obra de Ronald Dworkin, *Derechos en Serio*. Barcelona, Editora Ariel, 1984, *apud* MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Re)construindo as decisões judiciais, a partir de Ronald Dworkin: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política?, disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf. Acesso em 04.02.13.

substancialmente, os autores e suas respectivas proposições pouco diferem no que tange especificamente sobre a discricionariedade judicial ou a criação do direito pelo juiz.

Na exposição feita adrede, observou-se que, para Hart, o poder discricionário seria uma ferramenta do magistrado para decidir casos postos sob sua apreciação quando nenhuma regra se subsumisse nos fatos narrados. Todavia, como o próprio autor inglês destacou, referido poder não é ilimitado, pois estas atribuições do juiz “são objecto de muitos constrangimentos que estreitam a sua escolha”,¹²⁷ além do fato de que devem ser conscienciosos do uso de suas crenças e valores.

Já para Dworkin, a definitiva abertura do sistema normativo com a entrada das normas morais causa a derrocada de toda a teoria positivista, notadamente pelo fato de que, os princípios jurídicos (que revelam a natureza moral da argumentação jurídica) presentes no ordenamento sempre irão responder adequada e corretamente as respostas dos jurisdicionados. A ideia de direito como integridade e a interpretação reconstrutiva realizada pelo juiz impediriam qualquer possibilidade de criação do direito *ex post facto*.

As sumaríssimas resenhas das teorias acima expostas começam a clarificar a identidade entre as ideias de Hart e Dworkin. A tarefa acaba sendo facilitada quando o próprio Hart avoca sua posição de positivista moderado.

A assunção decorre do justo fato de aceitar a existência de “padrões variáveis” (leia-se, princípios) dentro do ordenamento jurídico que embasariam as decisões judiciais quando inexistente um regra exatamente subsumida para o caso concreto. A desvinculação de um positivismo clássico por parte de Hart também é notada quando o autor discute a existência de normas-costume, que não se encontrariam positivadas no ordenamento, mas que ainda assim poderiam gerar padrões de conduta obrigatórios e respeitados pelos jurisdicionados.

Neste ponto específico, Dworkin faz duras críticas à Hart, por entender que defender o posicionamento alhures explanado mostrar-se-ia como a negação de todas as bases de sua estruturada teoria; todavia, a referida crítica não é de todo procedente. Explica-se: de acordo com o positivismo, todas as regras do ordenamento afeririam sua validade de acordo com uma norma hierarquicamente superior, sendo certo que, ao fim e ao cabo, existiria uma lei maior (v.g., para Kelsen seria a norma fundamental; para Hart, seria a regra de reconhecimento), que seria a única regra do ordenamento a aferir sua validade através do critério da aceitação. Assim, para Dworkin, defender a existência de outras normas-costume, não positivadas, mas

¹²⁷ HART. L. A. Herbert. **O conceito de direito** ... p. 336.

que seriam aceitas por todos, mostrar-se-ia como um atestado de insuficiência do positivismo e da própria teoria de Hart.

Porém, ainda que Hart esteja filiado ao positivismo, escola dominante à sua época, dela se afasta em vários momentos (tem-se como exemplos as colocações acima realizadas), sendo certo que não é por negar alguns pressupostos do positivismo que a estruturação de sua teoria sucumbiria. A remodelação que Hart faz em sua teoria, e isso se mostra com mais acento no pós-escrito de sua obra “O conceito de Direito”, é claramente uma reavaliação de seus estudos tendo em vista os seus críticos e uma tentativa de adequar a sua escola de pensamento às novas situações postas. Mas isto não quer dizer uma negação de sua base fundante, qual seja, o positivismo.¹²⁸

Lado outro, e atendendo em parte a crítica de Dworkin, pelas explanações alhures pode-se dizer que as ideias de Hart acatam uma pequena fresta na relação entre direito e moral, e referida situação é notada em outra passagem do texto do autor inglês, quando defende que o juiz decidiria casos não exatamente previstos em uma regra através de “suas próprias crenças e valores”.¹²⁹ No entanto, esta intelecção do magistrado não se daria através de escolhas aleatórias dos seus ideais morais (não seria um ato de vontade puro ou um solipsismo judicial), mesmo porque, além das próprias limitações que o processo judicial impõe,¹³⁰ existem outras razões dentro do próprio Direito – v.g., a analogia e a interpretação

¹²⁸ Sobre a questão, esta também parece ser a visão de MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do Direito Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 163, quando assim afirma: “É certo que sua exposição [Dworkin], talvez excessivamente simplificada, provocou uma vigorosa resposta positivista acerca da possibilidade de o positivismo incorporar uma teoria dos princípios. A meu ver, num certo sentido o positivismo jurídico efetivamente conseguiu demonstrar como a existência de princípios num sistema jurídico por si só não constitui uma dificuldade especial para sua consistência interna.”

¹²⁹ HART, L. A. Herbert. **O conceito de direito** ... *Op. cit.*, p. 336.

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 74-75. Nunca é demais lembrar que o autor italiano é claro ao citar que a conexão do juiz com a causa, a sua imparcialidade, a oitiva dos envolvidos, assim como a inércia, caracterizam-se como as limitações do processo ou virtudes passivas dos juízes no que denomina de criação judiciária do direito. Entende-se, ainda, que, atualmente, o processo é dotado de mais uma série de limitações, grande parte delas consubstanciadas em direitos e garantias das partes, destacando que muitas são constitucionalmente asseguradas, e outras tantas previstas na legislação infra-constitucional. Sobre as garantias fundamentais, cfr. GRECO, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. In: **Estudos de Direito Processual**, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, 2005; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Os princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º ao 11 do PLS 166/10**. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. VI, ano 4, jul.-dez. 2010, p. 49-92. Disponível em www.redp.com.br, acesso em 08 de janeiro de 2013. Na doutrina estrangeira, COMOGLIO, Luigi Paolo. **Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani**. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 112, out-dez de 2003, p. 159-176; **Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica**. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 133, out. de 2002, p. 133 e seguintes.

das normas de acordo com julgamentos pretéritos – que seriam restrições ao alcance da decisão que “criaria” o novo direito.¹³¹⁻¹³²

Mas a aproximação de teses poderia ainda ser observada sob o ângulo oposto – o feitiço vira-se contra o feiticeiro. A teoria positivista é alcunhada de “decisionista” por autores defensores da tese de Dworkin.¹³³ A razão da denominação advém da ampla liberdade de escolha que os referidos teóricos defenderiam quando defronte a casos não subsumidos na lei.¹³⁴ Todavia, a mesma crítica pode ser direcionada à teoria dworkniana, que ancorando-se na amplitude da moral e na sua relação com o direito, teriam a possibilidade de eleger o princípio moral que bem lhes conviessem.¹³⁵

¹³¹ O próprio Hart revela esta justaposição entre a sua tese e a defendida por Dworkin: “Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juízes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação do direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente. É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isso, na verdade, constitui o próprio núcleo da ‘interpretação construtiva’ que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin.”, em HART. L. A. Hart. **O conceito de direito ...** *Op. cit.*, p. 337-338. Vale salientar que Dworkin não afasta a existência dos valores de uma comunidade, mas para fugir da crítica do subjetivismo, recorre ao conceito wittgensteiniano de “forma de vida”, que pressupõe um compartilhamento de interesses e convicções entre os integrantes de uma comunidade. Não é objeto deste trabalho aprofundar sobre o tema, contudo para uma melhor explicação ver MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia.** *Op. cit.*, p. 197-239.

¹³² A referida situação ainda pode ser justificada em razão da concepção de objetividade que o filósofo tem em consideração. Assim, ao decidir sobre casos que possam envolver critérios morais, ainda sim seria possível afastar-se de uma subjetividade individual. A objetividade com a qual trabalha Hart depende de um compartilhamento de uma mesma forma de vida pelos cidadãos, o que leva em consideração uma “congruência de subjetividades”. Este termo é usado por MACEDO JUNIOR. Ronald Porto. **Do Xadrez à Cortesia ...** *Op. cit.*, p. 133. Ainda sobre o assunto, assim pondera o autor: “(...) a justificação da objetividade de uma proposição vai se basear, em última instância, numa regra social aceita e compartilhada por indivíduos que vivem dentro de uma mesma ‘forma de vida’. A regra, aceita, compartilhada, é constitutiva do próprio conceito de objetividade. Este, por sua vez, depende, em certa medida, dos sujeitos.”. Em analogia, o juiz fazendo parte desta comunidade de pessoas, também compartilharia desta objetividade.

¹³³ Por todos STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso.** *Op. cit.*.

¹³⁴ Insta salientar que o grande equívoco da tese positivista é deixar de conferir normatividade aos princípios – eles somente seriam normativos se positivados no sistema, ainda que o fossem consuetudinariamente. Assim, há uma aceitação na utilização de princípios para decidir casos não subsumidos nas regras; todavia eles atuam apenas como guias da atividade discricionária judicial, para mais detalhes ver HART. L. A. Hart. **O conceito de direito ...** *Op. cit.*, e ainda MACEDO JUNIOR. Ronald Porto. **Do Xadrez à Cortesia ...** *Op. cit.*, p. 165.

¹³⁵ Neste sentido, MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade. ...** *Op. cit.*, p. 186, quando assim destaca: “Segundo ele [Dworkin], as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial. A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema

As mesmas críticas direcionadas às diferentes teorias acabam por ressaltar a proximidade que ambas possuem em relação ao tema discutido. E a similitude se revela com mais incisão quando se nota que tanto o positivismo quanto o pós-positivismo têm argumentos que rechaçam as incongruências apontadas.

Eis, pois, o ponto fulcral da convergência proposta, qual seja, a interpretação. A teoria de Dworkin é construída a partir de um remodelamento da interpretação do direito (teoria interpretativista do Direito); em sintonia, o positivismo jamais descartou a interpretação do Direito. E todo ato interpretativo do direito necessariamente se apoia em elementos que não se encontram na lei. Trazer elementos que não se mostram presentes na norma é, de certa forma, admitir a presença de padrões extrajurídicos; e, estes padrões, podem ser incorporados pelos princípios. Ressalte-se, não se foge da lei escrita, mas não se prende somente a ela.

A complementação das normas realizada através da interpretação pode impor o descobrimento de um novo viés não previamente estipulado. Dworkin não nega este caráter criativo da interpretação, ao contrário, ratifica-o.¹³⁶

A aproximação, revelada por Hart, com a teoria de Dworkin, deve ainda passar por outras questões, não bastando a mera aceitação de alguns padrões morais dentro de uma teoria

fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social ("*community morality*") o fator decisivo da interpretação jurídica. Desse modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação.”

¹³⁶ Embora Dworkin negue a textura aberta do Direito, a sua teoria, por ser interpretativa, é visceralmente ligada à ideia de criação. E esta situação foi afirmada pelo próprio autor (DWORKIN, Ronaldo. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 49-53): “*The form of interpretation we are studying – the interpretation of a social practice – is like artistic interpretation in this way: both aim to interpret something created by people as an entity distinct from them, (...). I shall capitalize on that similarity between artistic interpretation and the interpretation of social practice; I shall call them both forms of ‘creative’ interpretation to distinguish them from conversational and scientific interpretation*” (p. 50), e continua “*I shall defend a different solution: that creative interpretation is not conversational but constructive. Interpretation of works of art and social practices, I shall argue, is indeed essentially concerned with purpose not cause. But the purposes in play are not (fundamentally) those of some author but of the interpreter. Roughly, constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong (...). Creative interpretation, on the constructive view, is a matter of interpretation between purpose and object*” (p. 52). Ainda sobre o tema, MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia**. ... *Op. cit.*, p. 149, que assim destaca: “Para Dworkin, a interpretação de uma prática social como o direito (...) é semelhante à interpretação artística num sentido especial. Isso porque, ‘ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, (...). Elas são formas de interpretação criativa, diferenciando-se tanto da *interpretação conversacional* como da *interpretação científica*. Nessas duas últimas, o intérprete não exerce nenhum tipo de interferências direta no objeto interpretado, assumindo um posicionamento que poderíamos denominar de ‘neutro’ ou, em certo sentido, passivo.’”, e assim continua em p. 150-151, agora com citações explícitas de Dworkin, “Esse ponto merece um tratamento distinto por Dworkin para quem ‘a interpretação criativa não é conversacional, mas construtiva’. (...) ‘Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam’ (...) ‘daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fosse; [...]. Pois a história ou a forma de uma prática ou de um objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis desses últimos, ainda que [...] a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado””.

positivista. Assim, a questão da única resposta correta propalada por Dworkin, estruturada em seu direito como integridade (e dentro de uma teoria interpretativista do Direito), assume relevada importância em suas proposições.

O professor norte-americano defende a ideia de que cada caso possui uma única resposta correta, a qual seria encontrada pelo juiz através de uma análise pormenorizada dos fatos que circundam a causa. Conforme já salientado, observar-se-ia detidamente o passado (análise dos precedentes, da tradição e do aspecto histórico-social da comunidade), atentar-se-ia para o presente e, ainda, dever-se-ia ter em mente as nuances do futuro. Nesta miscelânea de conjecturas, Hércules – e somente ele – alcançaria a solução exata para o caso; esta é a suma da interpretação reconstrutiva de Dworkin. Esta cadeia interpretativa não poderia existir sem o princípio de integridade, que circunda todas as normas do ordenamento, sendo primordialmente relacionado com os também princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal.

Apesar da teoria de Dworkin ter sido construída para o direito norte-americano, a sua análise em um contexto mais abrangente é inegável, situação que decorre da própria repercussão que as ideias alcançaram. Assim, a primeira contestação à teoria é a necessidade de criação de um juiz dotado de poderes ímpares para resolver o caso com o fito de corroborar o pensamento exposto. Dotar um juiz de todo o tempo necessário e com capacidades especiais já se mostra como uma primeira fraqueza em sua teoria.

Mas, ainda que se julgue despidendo mencionar o juiz Hércules, a questão crucial é a intensa e incalculável complexidade que a vida moderna alcançou. Não se deve olvidar que o movimento de constitucionalização¹³⁷ verificado em boa parte dos países, com uma notável amplitude da jurisdição constitucional e a prescrição de um imenso rol de direitos fundamentais, grande parte deles inscritos, implícito ou explicitamente, em normas de textura aberta (leia-se, princípios), denotaram uma maior busca da sociedade pelas promessas descritas no ordenamento como um todo. É nestes pontos que se verifica a maior necessidade de intervenção do Judiciário, afinal são os magistrados que determinarão, em concreto, o significado de um termo aberto (essência dos *hard cases*).

Eis a questão. Não se acredita ser realmente possível alcançar apenas uma resposta adequada e correta para todos os casos. Em outros termos, é possível obter a resposta correta

¹³⁷ Neste sentido, TARUFFO, Michele. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 63-91, e ainda CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e Neoconstitucionalismo. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 139-171.

para um caso posto, todavia, ela não será única. O que reforça o pensamento a respeito do exposto decorre da revolução linguística-interpretativa que o Direito enfrenta; as conceituações dos termos jurídicos vem sendo sistematicamente ampliadas, a emersão de diferentes nuances para um mesmo signo é uma realidade. Este emaranhado de significações destoa da tese da única resposta correta.

Exemplifica-se o exposto, colocando em xeque as tradicionais ideias a respeito da soberania dos Estados. Já há vozes que defendem a transnacionalidade do poder jurisdicional,¹³⁸ e em sendo assim, a teoria dworkiana também deve ser analisada, pensada e estudada em um aspecto global. Neste sentido, tome-se como apontamento ilustrativo a Corte Europeia de Direitos Humanos, que emana decisões cujo “poder” (?) e obrigatoriedade (?) deságuam sobre um vasto grupo de países no velho continente.

E falando em termos de contexto supranacional, o que se visualiza é que a interpretação reconstrutiva de Dworkin possa até ser realizada pelos operadores do direito, mas não se vislumbra a possibilidade de um compartilhamento integral de valores e crenças dentro de uma sociedade plural – a noção de tradição é díspar, os costumes não são os mesmos, e os precedentes de cada país componente do grupo não se equivalem; o compartilhamento da forma de vida acaba se dilacerando em razão da amplitude dessa comunidade cosmopolita. Neste ambiente, é bem temeroso afirmar a respeito da existência da resposta única e correta. Estas assertivas podem ser criticadas como altamente abstratas e intuitivas sem um amparo concreto/exemplificativo.

Pois bem, a título ilustrativo, e visando corroborar a exposição, remete-se, novamente, ao velho continente, donde se vislumbram, *v.g.*, as mais diversas opiniões e defesas a respeito da união civil e do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Em países como Portugal, a liberação do casamento entre homossexuais já é uma realidade – permissão esta que foi decretada pelo tribunal constitucional, assim como recentemente se verificou no Brasil, mas neste último a permissão cingiu-se à união estável.¹³⁹ Já na Inglaterra, Escócia e França, percebe-se que suas intenções caminham para uma permissividade do casamento entre pessoas do mesmo sexo através da edição de legislação própria. Todavia, quando se observa o caso da Grécia, o que se encontra é uma legislação não

¹³⁸ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho. *In: Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005. p. 13-29 e ainda TARUFFO, Michele. La protección Judicial de los Derechos en un Estado Constitucional. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 37-38.

¹³⁹ No Brasil a questão foi discutida através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Para maiores informações www.stf.jus.br, último acesso em 08 de janeiro de 2013.

apenas contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas a existência de lei proibindo a união civil entre homossexuais.¹⁴⁰ A temática em tela acaba por revolver ao problema de redesenho de conceitos, cabendo, agora, à Corte Europeia de Direitos Humanos deliberar a respeito – a dúvida que fica é se o Estado grego acatará a decisão caso ela seja contrária à legislação atual.

A questão dos temas altamente controvertidos e a única resposta correta podem também ser trabalhadas dentro da própria sociedade norte-americana, na qual se vislumbram estados com legislação permitindo o casamento homoafetivo, enquanto outros entes federativos permitem a união civil desde que haja autorização judicial, tendo ainda aqueles que proíbem expressamente a conduta.¹⁴¹

Percebe-se, assim, que a tese da única resposta correta é um tanto quanto utópica para questões ambíguas. Não se discute a correção da decisão, que pode ser alcançada mesmo nos *hard cases*, mas pensar em termos de unicidade é extremamente complexo.¹⁴² Sabe-se que a teoria da única resposta correta é uma teoria criada para o caso concreto, mas isto não quer dizer que ela, necessariamente, diferencie todos os casos entre si. Desconsiderar as similitudes de cada demanda e justificar a única resposta correta com base nas particularidades do caso (que além das questões fáticas, podem ser justificadas em razão do local, do tempo ou dos próprios sujeitos) é uma falácia que não pode ser defendida para corroborar a tese. Ou se preferir, é transformar a teoria em algo tão particular que sua utilização se mostra inviável.

¹⁴⁰ O debate não se restringe aos países citados, envolvendo outros Estados; mas para maiores informações a respeito dos Estados mencionados, ver as seguintes reportagens <http://www.conjur.com.br/2012-dez-18/direito-europa-inglaterra-escocia-liberar-casamento-gay>; <http://www.conjur.com.br/2010-abr-11/tribunal-constitucional-aprova-casamento-gay-portugal>; e <http://www.conjur.com.br/2013-jan-13/corte-europeia-decide-constituir-familia-direito-fundamental>, último acesso em 31 de janeiro de 2013. No que tange especificamente ao caso da Grécia, o que se percebe da notícia é que o referido país sequer possui um meio processual para se lançar ao Judiciário e tentar a proteção do direito, o que levou os cidadãos gregos à apelar para a Corte Europeia de Direitos Humanos – ressalte-se, aliás, a importância cada vez maior da ideia de jurisdição transnacional.

¹⁴¹ A esse respeito ver <http://www.conjur.com.br/2012-nov-07/americanos-aprovam-uso-maconha-casamento-gay-alguns-estados>, último acesso em 31 de janeiro de 2013. O caso do estado da Califórnia se tornou bastante conhecido haja vista as diversas notícias a seu respeito. Isto porque, entre junho e novembro de 2008 o casamento homossexual foi declarado válido e liberado, no entanto, após referido período uma consulta popular decretou sua ilegalidade, sendo promulgada lei que autorizava apenas o casamento entre homens e mulheres. Os defensores da união entre pessoas do mesmo sexo recorreram ao judiciário, já havendo decisões de juízes federais afirmando a inconstitucionalidade da lei estadual. Atualmente a questão relativa a proibição ou autorização da união homoafetiva encontra-se na Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Para maiores informações a respeito do estado da Califórnia ver <http://www.conjur.com.br/2010-jan-11/corte-estados-unidos-julga-proibicao-casamento-gay-california>, último acesso em 09 de janeiro de 2013.

¹⁴² No mesmo sentido, BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 363-364, quando, ao discorrer a respeito de uma definição comum para as teorias da argumentação jurídica, assim afirma: “Finalmente, a advertência ‘na máxima medida possível’ faz remissão aos limites de toda e qualquer teoria da razão prática, tendo em vista que as pautas, diretivas ou regras de argumentação que essas teorias conseguem produzir são, por natureza, incapazes de garantir, sempre, uma única – ou, em alguns casos, pelo menos uma – resposta correta para as questões jurídico-aplicativas que venham a tratar.”.

Mas as críticas à teoria de Dworkin não se encerram na dificuldade de aceitar a existência de apenas uma resposta correta – e aqui ressoa o foco principal. Deve-se também pensar que uma interpretação reconstrutiva pode, efetivamente, propiciar a criação de um direito novo – e sob este aspecto, muito interessante é a posição de Mauro Cappelletti, para quem todo ato de interpretação é um ato de criação.¹⁴³ O que se pretende dizer por “direito novo” é a mudança de perspectivas de uma norma ou mesmo a descoberta de nuances que o direito, anteriormente, não protegia. Estas novas feições adquiridas pelo direito interpretado poderiam, v.g., ser tratadas como “novas” garantias dos cidadãos. É certo que Dworkin não nega este aspecto criativo da interpretação, mas limita-o ao ponto de criticar uma discricionariedade judicial quando, suas ideias, acabam convergindo para o mesmo plano.

Também a título exemplificativo, antigamente tinha-se uma ideia que o princípio do contraditório era definido através do binômio informação-reação; atualmente esta perspectiva é apenas uma (e das menos importantes, diga-se *en passant*) de tantas outras facetas, podendo-se destacar o direito de influência, o direito de efetiva participação, direito de propor e produzir provas, dentre outros.¹⁴⁴ Todas estas novas nuances foram desenvolvidas em um passado recente.

Na mesma seara, pode se retomar a discussão do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Ora, até bem pouco tempo não se refletia sobre os direitos dos homossexuais em constituir família, quiçá casar-se. Neste pensamento, não seria a permissão do matrimônio entre pessoas do mesmo sexo um “direito novo”? Note-se que, o conceito de “novo” com o qual se trabalha é semelhante a “recém-inaugurado” ou “recém-constatado”.

A própria superação de precedentes (*overruling*), situação ventilada por Dworkin, pode ser considerada como a inauguração de um novo direito do cidadão, afinal, foi necessário lutar contra um direito já previsto e assegurado pelo ordenamento para que outro pudesse ser reconhecido. Substancialmente, é inegável que se versa sobre direito novo; tratar estes fatos como interpretação (re)construtiva, que em verdade apenas declararia um direito prévio existente no ordenamento, é a mesma coisa que dizer que o Judiciário desvendou uma nova faceta do direito (criou um direito novo), porém com uma linguagem mais polida.

¹⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** ... *Op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁴ Para estas questões ver CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense. 2010; NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre, ano XXV, n. 28. Jan/jun. 2009 e ainda GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, mar. 2005.

Revolvendo-se ao assunto, a questão é: temas altamente controvertidos podem sim ter respostas corretas, mas não únicas. A afirmação remeteria ao questionamento de como explicar a correção da decisão proferida. Este não é o objeto do presente trabalho, mas uma devida e adequada justificativa da tomada de posição pelo magistrado, respeitando todas as nuances do princípio da motivação das decisões judiciais, notadamente a necessária imposição de um forte ônus argumentativo, dentro de um processo no qual foi possibilitado um amplo contraditório no processo, seria o ponto de partida para uma resposta. É através da motivação da decisão que se pode alcançar a certeza jurídica do acerto da decisão, afastando, assim, uma suposta alegação de arbitrariedade utilizada pelos juristas defensores da tese da única resposta correta.

Por fim, e conforme já se salientou, o que se quer observar e pontuar é o conteúdo das teorias de Hart e Dworkin. Nas críticas que cada qual recebe, o que se enxerga é uma essência similar entre elas, que, em uma visão realista/pragmática, somente não permite uma maior aproximação em decorrência de formalismos e nomenclaturas de correntes de pensamento. Reaviva-se, esta criação do direito com a qual se procura trabalhar, não é sinônima de “invenção de direitos”, mas sim “descoberta de direitos”, e muitas descobertas pressupõem algo novo. O Judiciário não inventa direitos, mas realiza a interpretação dos textos legais, através da qual pode originar uma nova expressão do direito inserto na redação do dispositivo – interpretar é criar. É com este pensamento que se defende a premissa exposta no início do tópico de que, é plenamente cabível aceitar que ambos os doutrinadores compartilhavam de uma ideia semelhante.

Nota-se que nem Hart tem a absoluta razão em manter a sua estrutura positivista, nem Dworkin é dotado da certeza incontestável quando defende a ausência de discricionariedade e a tese da única resposta correta. A conjunção das proposições sobre a atividade discricionária, com um olhar racional, pode revelar que o juiz não se equivale ao legislador quando “cria” o direito para o caso concreto, nem que a interpretação reconstrutiva faça emanar decisões sem qualquer tipo criatividade.

2.3 A discricionariedade como um problema atual – atuação jurisdicional proativa

Ao observar as ponderações feitas nos tópicos anteriores, a intenção foi demonstrar que o tema da discricionariedade judicial é permeado por nuances particulares. Revolvendo o

conceito basilar sobre o tema, deve-se ratificar que o magistrado não tem liberdade para fazer escolhas aleatórias sobre várias decisões corretas que estariam prontas no sistema jurídico. Não é este o intuito da discricionariedade da qual defende-se a existência.

Isto porque a discricionariedade judicial é “regrada”,¹⁴⁵ ou seja, possui balizas mestras que devem ser observadas pelo juiz, limitando o seu campo de atuação. A liberdade de conformação da norma pelo juiz não é um dado isolado, mas desde sempre correlacionado a uma série de institutos e regras que funcionam como freios a eventuais distorções do poder decisório. O texto legal é a fonte destes limites.

Com base nesta breve análise, a liberdade objeto do estudo é singular: refere-se ao maior espaço de intelecção que o juiz possui ao deparar-se com casos que não têm solução pronta na consequência normativa da lei.¹⁴⁶ A atividade judicial é eminentemente interpretativa e o seu resultado decorre naturalmente desse proceder cognitivo, realizado dentro dos próprios limites estabelecidos pelo ordenamento.

Pois bem, a questão da discricionariedade judicial acabou ganhando em relevância no vigente Estado Democrático de Direito brasileiro. A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, abrangente e analítica em seu conteúdo, revela um

¹⁴⁵ Importante deixar assinalado que a discricionariedade é um ato consequente da lei. A atividade do agente público não é aleatória, ou seja, não há uma indeterminabilidade dos pontos de partida para a função criativa (seja a judicial, seja a administrativa), ela necessariamente derivará de uma permissão legislativa, que conferirá uma maior ou menor margem de liberdade de agir. Neste sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, 17ª ed., p. 855.

¹⁴⁶ Sobre o tema, porém usando terminologia própria, ou seja, refutando o uso do termo discricionariedade judicial, ver PINTO, Teresa Celina Arruda Alvim. Existe a “discricionariedade” judicial?. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 70, abr/1993, p. 232 e seguintes. A autora, em seu texto, diferencia a discricionariedade administrativa, na qual o agente público teria “vários caminhos dentre os quais pode, indiferentemente, escolher um”, da chamada discricionariedade judicial, que seria melhor definida como uma “liberdade de investigação crítica”; e assim ratifica seu posicionamento: “Não tem sentido afirmar-se que ao deferir ou indeferir um pedido de liminar estaria o Juiz exercendo poder ‘discricionário’. A atividade intelectual exercida pelo Juiz, em ambos os casos (deferir ou indeferir), obviamente, é a mesma. Está-se diante do fenômeno, antes referido, da *liberdade de investigação crítica*.” e continua “A diferença fundamental que há entre o preenchimento (em concreto) de um conceito vago – fenômeno a que, como se disse, muitos designam, com alguma impropriedade de ‘discricionariedade’ judicial – e a discricionariedade propriamente dita, é que quando uma norma encampa o conceito vago, em sua redação, ela é concebida com o escopo de gerar uma só interpretação (...)”. A par das considerações, continuar-se-á denominando esta atividade intelectual como discricionária, tudo conforme já analisado no presente capítulo. Coadunando-se com o pensamento da autora citada, de que não existirá discricionariedade judicial quando o juiz tiver a liberdade de interpretação do termo existente na norma aplicável ao caso, ver CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 107-114; GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe Discricionariedade Judicial? Discricionariedade x Termos Jurídicos Indeterminados e Cláusulas Gerais. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 87-93; e ainda LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 94-98.

grande rol de direitos fundamentais sem delineamento específico. A construção hermenêutica do direito e sua concretização aos indivíduos depende, muitas vezes, da atuação jurisdicional, a qual, no uso de suas atribuições, estabelece a norma jurídica do caso.

É neste contexto que ganha espaço a atuação proativa dos tribunais. A postura ativista das Cortes decorre do regime constitucional adotado, a qual teve início com a promulgação da Constituição norte-americana. Este texto se caracterizava por representar um modelo de supremacia da Constituição, controle de constitucionalidade e proeminência judicial – alguns entendem ainda existir a questão da ativa proteção dos direitos fundamentais, todavia, como esta característica restou delimitada há apenas um período da Corte dos EUA, notadamente o lapso entre 1953 a 1986, as denominadas Corte Warren e Corte Burger,¹⁴⁷ merecido o seu destaque em separado.

No Brasil, conforme já ressaltado, o modelo foi adotado após a promulgação da CRFB/88, e pode-se dizer que a última das características relatadas (em separado) foi iniciada mais tardiamente ainda, já no século XXI.¹⁴⁸

O novo modelo constitucional provocou ainda outra revolução. Ao ericar o Judiciário como último intérprete da Constituição, alçou-o ao mesmo nível de responsabilidades estatais de Executivo e Legislativo. A divisão estanque e intransigente entre as atribuições de Legislativo, Executivo e Judiciário, perde espaço. Verifica-se uma sinergia entre os Poderes na busca pela consolidação do Estado. O funcionamento equalizado e balanceado do verdadeiro sistema de freios e contrapesos, com os três poderes interagindo e relacionando-se entre si, é que propicia o diálogo idealizado pelo Estado Democrático de Direito.

Nesta seara, localiza-se a função do Judiciário como intérprete final do texto constitucional, que pode elastecer ou minorar o sentido das normas no uso de seu papel jurisdicional; as normas-princípio são alvos de constantes atuações concretistas por parte dos

¹⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Interesse público, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, jan. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32985>, último acesso em 16 de junho de 2013. A decisão emblemática que marcou o início da interpretação proativa da Suprema Corte norte-americana foi dada no caso *Brown v. Board of Education*, de 1954.

¹⁴⁸ Senão veja-se a notícia do sítio na internet do Supremo Tribunal Federal, “Durante os debates em torno dos processos – os Mandados de Injunção 943, 1010, 1074 e 1090 -, os ministros observaram que a Suprema Corte deveria manter o avanço em relação a decisões anteriores de omissão legislativa, em que apenas advertiu o Congresso Nacional sobre a necessidade de regulamentar o respectivo dispositivo invocado, e adotar uma regra para o caso concreto, até mesmo para estimular o Poder Legislativo a votar uma lei regulamentadora.”. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667>, último acesso em 09 de junho de 2013. A manutenção na corrente de avanço referida é em relação ao julgamento, ocorrido em fins de 2007, no que tange a decisão a respeito das greves no setor público, para a qual restou decidido por maioria que, em razão da omissão legislativa em regulamentar a greve do setor público, aplicar-se-ia, no que couber, a lei de greve do setor privado – lei 7.783/89. O avanço, todavia, restou concretizado nos julgamentos dos mandados de injunção de nº 721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e nº 708, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

magistrados. Eis o *locus* da discussão a respeito da legitimidade do Judiciário em “criar” o direito das partes. Esse desvendamento das normas de textura aberta é altamente criticável em razão da não eleição dos membros da magistratura, impondo um foco de tensão entre os Poderes do Estado.

A impotência estatal no cumprimento dos haveres prometidos pela Constituição da República Federativa do Brasil é ponto de constantes “investidas” judiciais por parte dos cidadãos, tudo visando à concretização de seus direitos legalmente assegurados. Neste meandro encontra-se um dos grandes exemplos de possível exercício do poder discricionário pelo Judiciário nos dias atuais.¹⁴⁹ Tem-se aqui o que se denominaria de judicialização da política.¹⁵⁰

Ciente, pois, de que o atuar discricionário é uma realidade no cenário jurídico contemporâneo,¹⁵¹ necessária abordagem deve ser dada à questão da legitimação do Judiciário nesta atuação. Assim, questiona-se: estariam os magistrados em condições de assegurar os direitos prometidos pela Constituição em caráter isonômico para todos os cidadãos? Detalha-se: tratando-se de direitos assegurados que se revestem de abrangência indeterminada, caso das políticas públicas, *v.g.*, teria o Judiciário condição de avaliar todas as vicissitudes que o caso apresenta antes de decidir? Respondendo negativamente ao questionamento, suscitar-se-ia que, se as nuances de um processo “*intra partes*” já são difíceis de serem todas relacionadas, o que dirá de um caso de amplitude maior.

¹⁴⁹ As possibilidades de uma decisão ativista, que em razão do contexto apresentado pode e deve ser equiparada à decisão discricionária, é notada em diversas atividades desempenhadas pelos tribunais. Neste sentido, destaca-se as observações de AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Ativismo Judicial: as dificuldades em se quantificar o qualitativo**. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-as-dificuldades-em-se-quantificar-o-qualitativo>, acesso em 1º de novembro de 2013, que destaca algumas atuações do STF que podem ser classificadas como expansivas na interpretação do texto constitucional, senão veja-se: “(i) interpretação e aplicação expansiva e inovadora de normas constitucionais e legais, conferindo, muitas vezes, elevada densidade a princípios muito vagos e imprecisos (dimensão metodológica); (ii) autoamplificação da jurisdição, da utilidade e da eficácia de seus poderes processuais e decisões (dimensão processual); (iii) interferência rígida e incisiva sobre decisões dos demais poderes, faltando-lhes com deferência legal ou epistêmica, ou ocupando seus espaços tradicionais de atuação (dimensão estrutural); (iv) largo avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos, excluindo margens de ação regulatória, fiscalizatória e punitiva do Estado, ou interferindo em suas medidas de tutela e em suas escolhas de políticas públicas (dimensão de direitos); e (v) afirmação da posição não apenas como último intérprete da Constituição, mas como único, exclusivo (dimensão antidialógica).”. Acresça-se ao exposto a atuação da Corte Maior nas ações diretas de constitucionalidade, que também pode remeter à atuação ativista da Corte.

¹⁵⁰ Este tema já foi abordado *supra*, tópico nº 1.4 do primeiro capítulo.

¹⁵¹ Assim também pensa SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. In: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Magister, 2004, p. 14, quando destaca: “Se o texto deve ser ‘compreendido pelo intérprete, sabendo-se que ele pode conter, na imensa maioria dos casos concretos, duas ou mais soluções possíveis e legítimas, a consequência será o reconhecimento de que a jurisdição jamais será apenas declaratória da ‘única vontade do legislador’; ou da ‘única’ vontade contida na lei.”, e continua, “A abertura do texto, permitindo que, hermeneuticamente, o interpretemos e os magistrados verdadeiramente ‘decidam’ – por isso que detentores de *discricionariedade* – decidindo-se entre as alternativas autorizadas pela norma – será transformá-los em juízes responsáveis.”.

O professor e ministro do STF, Luis Roberto Barroso, ao citar a doutrina constitucional contemporânea, elenca dois elementos que devem ser analisados para balizar e aquilatar a atividade judicial no julgamento de casos que envolvam uma atuação mais incisiva por parte dos magistrados, quais sejam: capacidades institucionais e efeitos sistêmicos.¹⁵²

O primeiro deles é relacionado à observação de qual dos Poderes inseridos na democracia estaria mais bem preparado para analisar a questão em debate. É de sabedoria geral que o Judiciário é especializado e seus conhecimentos limitam-se ao espectro jurídico. Todavia, o estudo de casos nem sempre está vinculado ao âmbito legal; é inegável a simbiose existente entre as matérias de fato e de direito, sendo a primeira condição de existência da segunda. Ocorre que nem sempre o fato é simples de ser analisado, ele pode abranger áreas de conhecimento que um jurista jamais teve contato. Esta seria, então, uma barreira à atuação judicial, cuja qualificação impediria o julgamento de matérias científicas de peculiar especificidade – caso das pesquisas com células-tronco, por exemplo.

Inegável é a limitação de conhecimento do magistrado. No entanto, a assertiva também é extensiva aos demais Poderes, notadamente ao Legislativo. Ora, não se elegem representantes do povo em razão de sua especialidade profissional ou de seu conhecimento sobre determinada matéria. O motivo pelo qual o argumento das capacidades institucionais penderia a favor do prestígio da atuação legiferante, decorreria de suas maiores e melhores possibilidades em buscar subsídios para referendar sua ação.

A justificativa até tem respaldo, sendo que dois argumentos basilares sustentariam a posição: o primeiro em razão da maior dotação orçamentária que o Legislativo destinaria para o contato com a população; é elementar que os representantes do povo devem estar em constante comunicação com seus representados, tendo ciência de suas necessidades e podendo melhor direcionar suas atuações. O segundo é temporal, o Legislativo dispõe de mais tempo para analisar questões técnicas e científicas, ao passo que o Judiciário correria contra o tempo para solucionar suas ações.

A situação atual, no entanto, não seria tão simples quanto narrado alhures. O Judiciário, hoje, ganha grande respaldo com a maior atuação e intervenção popular nas suas decisões; os instrumentos de incentivo à participação do cidadão no ambiente processual são ferramentas que desconstituem os argumentos acima suscitados.¹⁵³ E mais, pesa a favor do

¹⁵² BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. *Op. cit.*, p. 252.

¹⁵³ Sobre a participação da sociedade no processo, ver a obra coletiva **Participação e Processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover *et alii*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988, que traz inúmeros textos demonstrando diversas formas de atuação dos cidadãos na atividade jurisdicional.

Judiciário a ausência de partidarismo. Os legisladores representam seus eleitores, e não um projeto social maior, ao passo que os magistrados, atrelados à imparcialidade, dariam mais atenção aos aspectos fáticos, técnicos e científicos das questões debatidas.

Percebe-se, pois, que um procedimento como a audiência pública, ou mesmo a intervenção do *amicus curiae*, são meios aptos a desconstituir a capacidade institucional como fator de desprestígio da atuação jurisdicional nos casos de maior repercussão social.

Já os efeitos sistêmicos acabam sendo uma decorrência lógica das capacidades institucionais. Isto porque, neste elemento, analisam-se as consequências do ato realizado. Assim, em uma visão tradicional, os representantes do povo teriam melhores condições de avaliar os efeitos de suas decisões do que os magistrados, afinal não teriam somente melhores formas de buscar conhecimento para o tema em discussão, como também possuiriam muito mais tempo para tanto – e a onipotente legitimação do Legislativo pelo voto popular também se colocaria como fator de auxílio nesta avaliação dos efeitos sistêmicos.

Todavia, conforme suscitado, a maior participação popular no Judiciário, com a abertura para ouvida dos mais variados segmentos da sociedade, *v.g.* através de uma audiência pública, também tem o condão de dissipar estas intempéries contra a atuação judiciária. Os chamados efeitos sistêmicos da decisão judicial podem ser minorados ao mesmo nível das decisões proferidas pelo Legislativo em razão das ferramentas de que dispõem os magistrados no cenário processual.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵

¹⁵⁴ E esta situação tende a se expandir com a aprovação e promulgação do novo Código de Processo Civil, cujo texto encontra-se em votação na Câmara dos Deputados, contendo disposições específicas de convocação de audiências públicas no ambiente processual. Estas previsões encontram-se, especificamente, nos artigos 521, §8º, 992, parágrafo único e 1.051, §4º, do projeto de lei 8.046/10. Eis suas redações: “art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas. (...) § 8º A decisão sobre a modificação de entendimento sedimentado poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.”; “art. 992. (...) Parágrafo Único. Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria” e “art. 1.051. (...). §4º Para instruir o procedimento, pode o relator fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.”. Os textos estão inseridos, respectivamente, no capítulo destinado aos precedentes judiciais, para os casos de incidente de resolução de demandas repetitivas e para o julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. No que se refere aos demais momentos processuais, o legislador preferiu utilizar-se da figura do *amicus curiae*, tendo destacado capítulo específico para tratar do tema (capítulo V, do Título III – Da intervenção de terceiros), cuja previsão encontra-se no artigo 138 do projeto do novo CPC.

¹⁵⁵ Outro argumento também poderia ser utilizado para menoscar a atuação proativa do Judiciário, qual seja, aquele relacionado aos custos dos direitos. Preleciona-se que o Judiciário não teria capacidade para analisar as consequências econômicas de suas ações em caso de decisões que envolvessem grande dispêndio financeiro por parte do Estado para implementar a ordem judicial. Assim, eventual cumprimento de uma decisão beneficiando um segmento da comunidade, poderia afetar promessas constitucionais de outro setor da sociedade. O fundamento abrangeria outros desenvolvimentos, mas o que interessa para este pequeno desenvolvimento é a sua refutação. Ora, uma justificativa puramente econômica para descumprir os direitos constitucionalmente assegurados não é satisfatória. E se o argumento é a falta de dinheiro para concretizar as determinações da Lei

Toda a problemática envolvendo a atuação jurisdicional na concretização de direitos assegurados pelo ordenamento e não efetivados pelo Estado retorna ao aspecto legitimador, ou seja, é pelo justo fato dos membros do legislativo serem eleitos pelo povo que a sua atuação seria mais legítima. Entretanto, esta constatação não é de todo verídica, afinal a realidade demonstra que interesses específicos e particulares, os quais se afastam da melhor solução social, também perpassam pela análise dos representantes do povo.

É neste sentido que ganha relevo a atuação popular no ambiente jurisdicional. A maior participação dos cidadãos garante as informações necessárias para o bom e fiel conhecimento das questões em debate e colocam o aspecto decisório sobre os braços de um ente imparcial, não vinculado a quaisquer instituições. E é aqui que se verifica uma vantagem da atuação judicial, desde que, obviamente, seja oportunizada a ampla participação popular.¹⁵⁶

Percebe-se, pois, como a abertura judicial para a participação popular neutraliza os argumentos das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos e até dos custos dos direitos. A questão não pode ser definida em razão da forma de nomeação dos membros de cada Poder do Estado, mas sim em razão da efetiva participação daquele que detém o real poder nas democracias, o povo.

Verifica-se que o redesenho constitucional das democracias contemporâneas, notadamente no Brasil, respaldam o Judiciário na sua atuação proativa. A discricionariedade judicial na concretização de direitos não efetivados, mas com a prometida eficácia direta de seus comandos, é uma realidade da sociedade atual.

A grande dificuldade para se aceitar essa atuação judicial encontra-se na questão da legitimação do Judiciário para a “nova” tarefa advinda com o constitucionalismo contemporâneo.

Afora as justificativas formais que apontam para a legitimação do Judiciário,¹⁵⁷ em termos materiais, tem-se a motivação das decisões como o principal fator legitimante da

Maiores, a justificativa se aplica para todos os Poderes. Se a decisão judicial não pode privilegiar uma ação estatal em detrimento de outra, a atuação legislativa padeceria do mesmo mal. Sobre o tema, ver GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. **A Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 209-292.

¹⁵⁶ Em atenção ao leitor, quer-se alertar que não se busca com a exposição defender uma completa e irrestrita judicialização dos temas constitucionais, e que as decisões do Judiciário seriam melhores que aquelas tomadas por Legislativo e Executivo, mas sim que os argumentos contrários à atuação judicial nos casos de maior amplitude normativa não se sustentam. Assim, o que se pretende demonstrar é que a discricionariedade judicial é uma realidade, e isso não significa um mal incurável do estado contemporâneo, pois há meios de se combater o arbítrio que dela poderia advir – esta é a principal consequência negativa de uma discricionariedade sem o uso dos controles que o ordenamento disponibiliza.

¹⁵⁷ Uma primeira forma de legitimação formal seria o fato de que as atribuições do Judiciário decorrem da própria Constituição. Se o texto da Lei Maior destaca as funções jurisdicionais, sua legitimidade seria aferida por este diploma. Ainda, não se pode olvidar da posição de Owen Fiss, para quem o Judiciário deve cumprir com a

atuação jurisdicional. Isto porque, em um procedimento participativo, a devida exposição dos fundamentos decisórios possibilitaria aferir a correção do pronunciamento, permitindo, ainda, o seu controle por meio da sociedade.

Mas, além do adequado dever de motivar, que no caso das decisões ditas discricionárias é mais substancial, ¹⁵⁸ tem-se o imprescindível aspecto participativo. Na linha do que se expôs sobre o atual momento democrático vivido por grande parte dos países, e dentro dos quais se insere o Brasil, os cidadãos como detentores primários do poder têm o direito de colaborar com as tomadas de decisão de seu Estado. Assim, independentemente de tratar-se da seara administrativa, legislativa ou judiciária, ao povo é garantido o controle e participação nas deliberações.

Especificamente no ambiente processual, o elemento participação, seja das partes, seja da sociedade, tem espectro relevante, devendo a decisão judicial ser construída em conjunto, com o apoio de todos os segmentos. É o que se procurará demonstrar em sequência.

sua função social de assegurar os ditames previstos na Constituição. Neste sentido, alerta que a legitimidade do Estado através do povo é-lhe conferida de modo geral e não por meio de sua assunção com cada uma das instituições que compõe o espectro burocrático estatal; assim, não seria o critério eletivo que retiraria a legitimidade da atuação judicial. Expõe o autor: “De fato, a democracia leva-nos a assumir que o consentimento é a base da legitimidade, mas esse consentimento não é aquele que é dado separadamente a instituições individuais. O consentimento democrático estende-se para o sistema estatal como um todo. A legitimidade de cada instituição presente no sistema não depende do consentimento do povo a ele submetido, individual ou coletivamente, mas da capacidade de uma instituição para executar uma função social dentro do sistema em questão.” e continua “a especial idoneidade do Judiciário e, conseqüentemente, sua legitimidade, dependem da adesão a essa duas qualidades do processo judicial – diálogo e independência – e não da concordância do povo com decisões particulares ou de sua capacidade para indicar ou remover indivíduos que ocupam cargos públicos. O consentimento do povo é necessário para legitimar o sistema político, do qual o Judiciário é parte integrante; e a possibilidade do povo contestar decisões judiciais, por meio, digamos, de emendas constitucionais, preserva o caráter consensual do sistema como um todo.”, em FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. de Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 114 e 115. Ademais, tem-se também a posição de Ferrajoli, que citado por Taruffo, destaca que o judiciário é um poder-saber, ou seja, sua legitimação decorre de seu conhecimento jurídico, senão veja-se: “*Se trata del tema clásico de la división de los poderes, sobre lo cual no es causalidad que Ferrajoli vuelva a echar mano de Montesquieu, o – en términos más actuales –, de la countermajoritarian objection según la cual los jueces no elegidos, y por lo tanto no legitimados por un consenso mayoritario, no podrían cumplir actos de naturaleza sustancialmente legislativa. Ferrajoli señala justamente que de este modo opera una confusión entre dos tipos irreductiblemente diversos de legitimación: la electiva, típica del poder político y la – típica del poder jurisdiccional – que se determina exclusivamente con base en la sujeción del juez a la ley. Considera, pues, inapropiada la solución consistente en la elección de los jueces, porque ‘el poder judicial es un poder-saber, tanto más legítimo cuanto mayor sea el saber’*”, ver em TARUFFO, Michele. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 28.

¹⁵⁸ Sobre este aspecto, entre vários autores, cfr. VIDAL, Isabel Lifante. Dos conceptos de discricionalidad Jurídica ... *Op. cit.*, p. 433-434.

3 AS GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS NA ATIVIDADE JURISDICCIONAL PROATIVA

A relevância que o tema da discricionariedade judicial suscitou nos últimos anos tem um elemento de fundo que acaba sendo destacado para menoscar o instituto: a exaltação da figura do juiz. O assunto, da forma como abordado alhures, passou alheio à referida questão, afinal o objetivo era apenas descrever o problema e apresentar um entendimento consentâneo com a realidade prática e social.

Todavia, necessário se mostra, neste momento, enfrentar o verdadeiro problema inserto na discricionariedade, qual seja, a questão do protagonismo judicial. A vetusta ideia de que o processo seria o local de atuação do juiz na concretização da vontade estatal, situação decorrente da socialização do processo, cujos desenvolvimentos são creditados a Bülow e Klein,¹⁵⁹ não podem mais ganhar o respaldo de outrora.

A posição consolidada do magistrado como ente mais importante da relação processual é um marco que não sobrevive ao processo de redemocratização dos Estados. A ideia de reduzir o processo como instrumento da jurisdição e associar seus objetivos à pacificação social e à resolução de controvérsias, sugerem um enaltecimento à figura do juiz; todavia, sua manutenção é incoerente com o entendimento de uma composição democrática.

Mas, ainda que se verifique a presença de elementos que insistam na conservação da estrutura de um juiz onipotente e senhor do processo – a judicialização, *v.g.* é uma realidade inafastável e inegável¹⁶⁰ –, necessário uma reanálise dos pressupostos do sistema jurídico para que a exaltação da figura do magistrado deixe de ser a solução “natural” no desfecho dos problemas impostos ao Judiciário.

No atual momento histórico, o processo não pode ser visto, única e exclusivamente, como um instrumento da jurisdição. Se a pacificação social é um fim, a sociedade deve estar envolvida no procedimento. Se a resolução da controvérsia instaurada é um objetivo, não é o juiz, sozinho, através de um pronunciamento isolado, que põe termo ao conflito. O processo é mais que um ambiente no qual se apresentam teses contrapostas para que a decisão seja proferida por um ente superior. O processo envolve diálogo; sua procedimentalização requer

¹⁵⁹ Neste sentido, NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdiccional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177-200.

¹⁶⁰ Mais especificamente sobre o tema ver capítulo 1, tópico 1.4 e também capítulo 2, tópico 2.3, *supra*.

participação, a qual deve ser facultada a todos os envolvidos, inclusive aqueles não diretamente abarcados pela relação destacada.

A dialeticidade processual, advinda da própria noção de democracia, faz letra morta do caráter subjetivo do magistrado e resgata um ideal intersubjetivo, no qual tanto magistrado quanto as partes são integrantes do espaço de discussão. A participação atinge um nível tal que as decisões judiciais, anteriormente fruto do individualismo do magistrado, passam agora a ser construídas em conjunto, com todos os sujeitos processuais auxiliando e colaborando com a tomada de posição.

E não é necessária qualquer reforma processual ou mesmo edição de leis para pôr em prática esse viés participativo. Isto porque, o mesmo ordenamento jurídico que teria insuflado as atividades do magistrado e sido fator determinante no aspecto do protagonismo judicial, traz o antídoto, ou melhor, apresenta os instrumentos que equilibrarão essas forças antagônicas.

São os princípios processuais constitucionais as grandes armas concedidas aos cidadãos para que se possa implementar a verdadeira e real estrutura democrática no processo. Contudo, a leitura dessas normas deve ser remodelada; seus entendimentos não mais se alinham à forma individualista de processo, o ideal democrático é o grande mote da interpretação dessas garantias fundamentais. Deve-se ter em mente, afinal, que a solução não é a retirada de poderes do juiz ou o aumento de poderes das partes, mas a conjugação de ambos os fatores; a interdependência entre as ações de todos os sujeitos processuais é o caminho natural para alcançar a participação democrática esperada.

Com olhos para estes desenvolvimentos se abordará, então, sobre duas garantias de importância ímpar para o ambiente participativo que deve imperar no processo: o contraditório, que funciona como um verdadeiro pressuposto para definição e verificação da ocorrência do diálogo; e a motivação das decisões judiciais, cuja obrigação espelhará e demonstrará se as nuances participativas foram efetivamente respeitadas e se o pronunciamento foi construído com a colaboração esperada.

3.1 O princípio do contraditório

3.1.1 Noções históricas sobre o contraditório

O estabelecimento de uma norma que determine a prévia manifestação das partes conflitantes não é novo na seara processual. Os contornos sobre a necessidade de debate entre os componentes dos polos ativo e passivo do processo remontam a longínquo tempo, quando quicá se cogitava de regras expressas para estabelecer a ouvida das partes antes da tomada de decisão.¹⁶¹

O processo medieval, todavia, é um importante marco no que concerne ao atual estágio do princípio do contraditório. A *ordo iudiciarius*, fundamentalmente elaborada pelos tribunais, mas contando também com colaboração da doutrina, partia de uma premissa isonômica: as partes e os juízes deveriam ser igualmente tratados. A ausência do Estado na formação do processo¹⁶² é uma das razões que impunham o tratamento igualitário, afinal, em razão de ser uma prática social, a construção do raciocínio decisório realizava-se com base nos fatos trazidos por ambas as partes.¹⁶³

Em termos substanciais, esse procedimento desenvolvido pela praxe dos tribunais era pensado e realizado com base em princípios comuns que remontam à ideia atual do contraditório. A investigação da verdade dos fatos era feita em colaboração com os sujeitos do processo, sintetizadas na parêmia *ars opponendi et respondendi*. E na simplicidade do termo

¹⁶¹ A necessidade de ouvida das partes é advindo do brocardo *audiatur altera pars*, que segundo ensina o jurista uruguaio Eduardo Couture, é “preceito antigo, mil vezes repetidos em textos não somente jurídicos, como também literários (...)”, e continua, “o direito procede aqui aplicando o princípio dialético da tese, da antítese e da síntese”, em COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 29. Sêneca, poeta, filósofo e político romano, é concebido como um dos precursores da expressão, cuja tradução seria “Ouça-se também a outra parte” (Sêneca, **Medéia**, II, 2, p. 199-200). Em contraposição, Picardi ensina que sua origem é grega, sendo, todavia, difícil precisar o precursor – atribuindo-a a um sujeito de codinome “Focide de Mileto”, cfr, PICARDI, Nicola. *Il Principio del Contraddittorio*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1998, p. 674, nota 8. Ainda sobre a antiguidade do termo, SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. I, p. 37-40, afirma que desde a *legis actiones* do processo romano (754 a.C. a 149 a.C.), já se verificava a presença do contraditório (na fase denominada “*in iudicio*”). A título ilustrativo, ainda a respeito da antiguidade do termo, na própria Bíblia Sagrada se encontra passagem que remete ao ensinamento da ouvida prévia, vide passagem do livro do Gênesis, capítulo 3, versículos 8-13, quando Deus oportuniza a Adão e Eva explicações sobre suas condutas antes de serem expulsos do paraíso.

¹⁶² Segundo Picardi, na apresentação da obra de NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 14, “O processo – o *ordo iudiciarius*, usando a terminologia da época – encontrava o próprio fundamento na dialética e na ética, não na vontade daqueles que governavam a sociedade”.

¹⁶³ Neste sentido ver PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. In: **Jurisdição e Processo**. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-144; SCHENK, Leonardo. **Cognição Sumária – limites impostos pelo contraditório no processo civil**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013, p. 25-41. E ainda OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Efetividade e Processo de Conhecimento**. Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf), acesso em 1º de outubro de 2013.

descansa a “regulamentação do diálogo que assegurava reciprocidade e igualdade das partes”.¹⁶⁴

Interessante anotar que, em razão da conjunção de esforços das partes e do juiz na resolução do problema, o que se verificava era o alcance de uma verdade plausível, ou seja, embasada na construção dos argumentos apresentados pelos sujeitos processuais – bem por isso que a dialética do processo medieval também se estendia até a fase probatória. O diálogo propiciado pelo contraditório favoreceria a obtenção de um maior leque de informações e, conseqüentemente, meios mais propícios de chegar à verdade (provável).¹⁶⁵ Ratifica-se, toda a estrutura do processo medieval somente tem razão de ser em um ambiente no qual vigore a paridade de armas, por isso atenta-se para o ponto de que a *ordo iudiciarius* é a manifestação

¹⁶⁴ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório ... Op. cit.*, p. 129. Sobre a igualdade das partes como um supedâneo do contraditório, veja-se GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 24, mar. 2005, p. 71-79, assim destacando logo no início de seu texto: “Uma adequada audiência bilateral impunha igualdade de tratamento entre as partes. Assim, a segunda regra do contraditório emergiu desde a Idade Média, como revelava o próprio John of Salisbury, no já citado *Policrático* (V, 13), segundo o qual a primeira consequência do contraditório é a compensação das diversas espécies de desigualdade existentes no processo, levando em conta inclusive as circunstâncias relativas à capacidade dos defensores. O juiz deve velar pela paridade de armas, numa postura neutra, mas não passiva.”.

¹⁶⁵ Assim expõe Picardi, “(...) O contraditório representava o instrumento para a investigação da dialética da ‘verdade provável’. Trata-se de uma verdade que nenhuma mente individual poderia pretender investigar autonomamente: o método tópico de investigação, com a contestação recíproca das partes, amplia o campo de informação e favorece – em certos casos, não obstante as indicações das partes – a causa da verdade. Não é dado preconstituir a solução da controvérsia judicial: no nosso campo não é possível racionalizar uma verdade objetiva e absoluta.”, em PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório ... Op. cit.*, p. 129. No mesmo sentido, de que a verdade, na *ordo iudiciarius*, não seria algo de absoluto, mas estaria no campo do provável é visto em GIULIANI, Alessandro. **Il concetto de prova. Contributo alla logica giuridica**. Giuffrè, Milano. 1961, p. 118 *apud* BISSACCO, Cristina. **Il canone in dubio pro reo: tra concezione classica e moderna della prova**. Tese de Doutorado apresentada junto à Universidade de Padua, ano de 2008. Disponível em http://paduaresearch.cab.unipd.it/259/1/TESI_DOTTORATO_BISSACCO.pdf, acesso em 02 de outubro de 2013, que na nota de nº 331, p. 143-144, destaca a seguinte passagem do mestre italiano: “*l’idea del probabile e del normale - mutuata da Cicerone - viene sviluppata nel senso che si cerca di delimitare una scala di probabilità. Le opinioni, nel mondo del probabile, hanno un valore in quanto rappresentano il punto di partenza della conoscenza probabile; esse possono essere graduate, e l’assenso varia in relazione al grado di probabilità. L’opinione può essere violenta, probabile, temeraria; la prima è vicina alla certezza nel mondo dell’azione, ma differisce costitutivamente dalla conoscenza necessaria. Il più probabile è norma dell’azione: non disponiamo di altre certezze nel mondo del contingente. Ogni probabilità non esclude mai quella contraria, e siccome sono possibili soluzioni contrastanti il dubbio è l’elemento motore della ricerca. Certo è che non si raggiungerà mai una verità necessaria, e la verità probabile finisce in definitiva ad identificarsi con un procedimento di ricerca*”. Ainda sobre a dialética e o alcance da verdade, tem-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do princípio do contraditório. In: **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227 e ss., assim destacando: “Na lógica do provável, implicada em tal concepção, a investigação da verdade não é o resultado de uma razão individual, mas do esforço combinado das partes, revelando-se implícita uma atitude de tolerância em relação aos ‘pontos de vista’ do outro e o caráter de sociabilidade do saber. A dialética, lógica da opinião e do provável, intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofístico). No seu âmbito, incluem-se os procedimentos não demonstrativos, mas argumentativos, enquanto pressupõem o diálogo, a colaboração das partes numa situação controvertida, como no processo. Em semelhante ambiente cultural, o contraditório representa o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável, aceito e imposto pela prática judiciária à margem da autoridade estatal, decorrente apenas da elaboração doutrinária, sem qualquer assento em regra escrita.”.

de uma ordem isonômica. O contraditório como decorrência de um direito natural era meio de proteção dos cidadãos frente aos arbítrios estatais.

Em resumo, o contraditório à época, tido como um princípio de razão natural, ao buscar uma verdade construída pela cooperação dos envolvidos na lide, que se encontrariam em posição de igualdade, faz resplandecer o caráter ético e dialético que lhe era inerente.

Todavia, a *ordo iudicarius*, ainda que influenciada pela retórica e pela ética aristotélica, mesmo que possuindo um caráter público, argumentativo e justificativo, perde sua força com a chegada da Idade Moderna – um dos motivos, sua lentidão.¹⁶⁶ A modificação se inicia no século XVI, quando da dispersão do poder na Idade Média decorre uma concentração de poderes nas mãos do soberano. Ato contínuo, o século XVII, influenciado pela lógica de Pierre de la Ramée e pela teoria de Petrus Ramus, busca alterar o estágio anterior com a incursão na ciência da natureza e a busca por novos meios de alcance da verdade, que não a provável (na Idade Moderna, o foco é a verdade absoluta). O objetivo é atingido em razão da já mencionada exponencialização estatal e do apoderamento pelo soberano das regras processuais. É o fim da era isonômica. O juiz se coloca acima das partes e inaugura uma ordem de “caráter ‘assimétrico’ na medida em que baseado na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática”.¹⁶⁷

É neste momento que o contraditório se enfraquece. Perde o seu caráter retórico-dialético e surge seu viés técnico-jurídico. A participação das partes na busca da verdade também é menoscabada e o abandono da concepção dialética do processo denota o crescimento dos poderes de iniciativa do juiz. O diálogo entre os sujeitos do processo como uma vertente dos princípios de direito natural deixa de existir; é assim que surge a clássica ideia do contraditório como audiência bilateral – ciência da parte e possibilidade de contraditar. O momento histórico da época, embebido com os ideais do Iluminismo e da Revolução Francesa, justifica a adoção e preponderância de critérios científicos e do imperativo da racionalidade.

¹⁶⁶ Neste sentido, que apontava defeitos no *iudicium*, FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del processo. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1989, p. 6: “*sul rovescio della medaglia è incisa la estenuante lungaggine del processo.*”, nas palavras do autor italiano, o processo, no período medieval, era imortal. Conforme se verá, o advento das ideias iluministas e a erupção da Revolução Francesa são as bases de sustentação do novo modelo em surgimento.

¹⁶⁷ Sobre o tema, OLIVERA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “Efetividade e Processo de Conhecimento”. *Op. cit.*, e também “A garantia do contraditório”, *Op. cit.*. O primeiro com uma visão mais sucinta e o segundo com incursões mais profundas sobre o tema. Ainda, Nicola Picardi, que usa das mesmas características para descrever o processo na Idade Moderna, vide apresentação da obra de NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. *Op. cit.*, p. 16.

A mudança de paradigma a respeito do conteúdo do contraditório consolidou-se, então, com o surgimento das legislações, podendo ser citada a Ordenança de processo da Prússia de 1781, como a pioneira neste sentido. O contraditório passa a ser encarado como uma mera contrariedade de interesses,¹⁶⁸ definindo-se como estático, afinal, a decisão seria construída unicamente pelo juiz, com aparente oportunidade de manifestação das partes.

A lei escrita emerge, pois, como o fundamento do processo. O juiz deve prestar contas ao soberano e seguir as regras determinadas pelo legislador – este desvendaria a verdade previamente através de enunciados gerais e abstratos. Sem o debate das partes na construção cooperativa da verdade provável e sem a premissa da igualdade, a escassa participação dos contendores na lide revela o processo como competição, “repleto de obstáculos, em que a vitória apenas sorriria para o jogador mais hábil”.¹⁶⁹

A alteração de paradigma do contraditório, coincidente com o firmamento das legislações positivadas, também acaba por combinar com uma mudança de suma importância para o processo, qual seja, a passagem do liberalismo processual (processo visto como “coisa das partes”), para o socialismo processual, no qual a figura central é o juiz – ele abraçaria o papel de protagonista do procedimento, ultrapassando muitas vezes a figura de intérprete do direito.¹⁷⁰ O processo social com o seu magistrado autoritário (leia-se, juiz ativo na condução do procedimento) subsidia a visão de um vazio conteúdo valorativo do contraditório, delineada pela técnica da já propalada audiência bilateral.

A perda de substância do contraditório em contraposição à erupção do processo burocrata encontra guarida nos períodos subsequentes. O século XIX, marcado pelo advento das codificações e das ideias positivistas, ratificaram o vazio axiológico do contraditório. O primado da lei sobrepunha-se a qualquer ordem valorativa, o que solidifica o rebaixamento do princípio e seu estabelecimento como regra técnica de segunda ordem. A situação não se altera no início do século XX, quando permanece relegado à regra de escalão inferior e com

¹⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre, ano XXV, n. 28. Jan/jun. 2009, p. 180-181. GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, *Op. cit.*.

¹⁶⁹ SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária ...** *Op. cit.*, p. 32-33. No mesmo sentido. FAZZALARI, Elio. **Valori Permanenti del processo ...** *Op. cit.*, p. 7.

¹⁷⁰ Para um visão mais profunda sobre as mutações do processo, MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 38-60. No mesmo sentido do texto, ver NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação**. *Op. cit.*, p. 181.

manifestações de respeitáveis juristas no sentido de que uma decisão justa também poderia ser alcançada sem a cooperação das partes.¹⁷¹

O ponto paradigmático da perda de sentido do princípio do contraditório é observado em projeto elaborado na Alemanha dos anos 30, vigência do regime nazista, que buscava eliminar o contraditório do processo, além de deslocar o “processo de partes” para os procedimentos de jurisdição voluntária.¹⁷²

3.1.2 O contraditório na perspectiva contemporânea

A perspectiva do contraditório na primeira metade do século XX resume-se no tradicional esquema “informação-reação”. Autor e réu, necessariamente, deveriam ser notificados das manifestações do processo, sendo-lhes, todavia, facultado o direito de intervir. A audiência bilateral comporia o núcleo do contraditório, cuja função de obrigatória informação e possível reação justificaria a imposição da decisão judicial. Em termos gerais, o Estado, no exercício de um poder, facultaria a participação das partes, as quais seriam diretamente afetadas pela emanção de uma ordem direcionada.¹⁷³

Neste período, o contraditório era caracterizado como estático. Isto porque, ainda que se garantisse a participação das partes quando de sua obrigatória informação, eventual manifestação era apenas formal, pois o juiz decidiria a demanda de acordo com seu livre convencimento a respeito dos fatos da causa – sem qualquer vinculação com as alegações de autor e réu.

Assim, a legitimação da decisão judicial se encontraria na mera possibilidade conferida aos cidadãos de interferir no pronunciamento estatal através de manifestações aleatórias, que poderiam ou não influenciar o Judiciário. Os meios de prova, por exemplo, seriam formas de exteriorização das partes na tentativa de intervir na declaração do direito pelo magistrado – rememore-se porém que, nesta época a prova teria como objetivo primacial

¹⁷¹ PICARDI, Nicola. *Audiat et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. *Op. cit.*, p. 140. O autor italiano cita passagem da obra de Emilio Betti (*Diritto Processuale Civile*, 1936), que afirma a possibilidade de se alcançar uma resolução justa do processo sem o diálogo das partes. Em outro texto, PICARDI, Nicola. Il Principio del Contraddittorio. *Op. cit.*, p. 677, afirma que Carnelutti (*Lezioni de diritto processuale civile*, 1936) também advogava sobre a prescindibilidade do contraditório, que, na sua visão, poderia ser útil quando existente razão para manifestação das partes, do contrário, se mostraria como um estorvo.

¹⁷² *Idem*. Também neste sentido, GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. *Op. cit.*, p. 72.

¹⁷³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 1, p. 218; no mesmo sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 168-173.

a formação do convencimento judicial, e não o viés participativo-influenciador que atualmente vige.¹⁷⁴ Em suma, era a observância de regras formais que conferia legitimidade ao pronunciamento judicial.

Mas, conforme afirmado, a vetusta concepção de contraditório como audiência bilateral não mais se coaduna com o hodierno estágio de evolução da sociedade. A figura proeminente do juiz, e tão somente dele, dentro de um Estado Democrático de Direito é visão retrógrada, iluminada por ideias paternalistas que não se amoldam à espécime estatal atual.

Uma mudança houve na concepção do contraditório: de uma compreensão inicialmente estática, o segundo quartel do século XX nos legou um contraditório democrático e participativo. Esta mudança de paradigma, contudo, não importa uma revolução nos conceitos de outrora, que permanecem presentes e atuantes, mas sim a incursão de novos elementos, que agregando aos anteriores (uma reconstrução teórica, pois), formam o atual núcleo integrativo do contraditório. É o ressurgimento da democracia – propagando a maior e a mais direta participação dos cidadãos na vida estatal, cuja ideia central funda-se na dignidade da pessoa humana – quem impõe a reviravolta na inteligibilidade do conteúdo do princípio.

O juiz não perde importância na sua função decisória; ele continua sendo o senhor do pronunciamento estatal que declara o direito. Sua atividade ainda é vista como o exercício de um poder. Da mesma forma, as partes têm que ser informadas do andamento processual, tendo ainda a faculdade de manifestar-se a respeito dos acontecimentos processuais. No entanto, novas perspectivas são agregadas para formar o denominado contraditório-participativo.

No Brasil, estas novas figuras são observadas com o movimento de constitucionalização do Direito em finais da década de 80, que reinseriu nas normas da CRFB/88 o viés valorativo necessário à atuação de suas previsões normativas.¹⁷⁵ A retomada

¹⁷⁴ A respeito da função da prova especificamente, suas nuances e finalidades, objeto que foge do tema em discussão, ver TARUFFO, Michele, *La Recolección y presentación de las pruebas en proceso civil: tradiciones culturales e tendencias teóricas*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009; e ainda ARENHART, Sérgio Cruz. *A verdade substancial*. In: **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, nº 3 p. 685-695, set.-dez. 1996.

¹⁷⁵ Especificamente sobre o contraditório, impõe ressaltar que a existência de sua expressa previsão constitucional para o processo civil somente veio existir com a CRFB/88, uma vez que as Constituições anteriores nada previam a respeito. Já no que se refere ao processo penal, a Constituição de 1937, notadamente no art. 122, §1º, trazia previsão sobre o instituto, o que se manteve nos textos de 1946 e 1967. Cfr. CABRAL, Antonio do Passo. **Contraditório**. In: **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Org. TORRES, Ricardo Lobo *et alii*. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, 2011. p. 194. Todavia, Barbosa Moreira alerta que apesar da falta de previsão expressa, havia autores que relacionavam a garantia do contraditório com o direito de ação, previsto no art. 153, §4º, primeira parte, da Constituição de 1967. Ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Garantia do*

do conteúdo axiológico dos princípios jurídicos permitiu a associação de valores prementes em um Estado Democrático, possibilitando o alargamento de seu espectro de atuação e ingerência.

Em breve digressão, associado ao conteúdo valorativo das normas, a acepção de algumas delas como garantias fundamentais dos cidadãos se mostra como a pedra de toque de sua ampla utilização na defesa dos direitos estabelecidos pelas Cartas Constitucionais pós-bélicas. No ambiente processual, o enfoque destas regras é notório; ele é o instrumento que, por natureza, visa a resguardar o direito posto. Assegurar um mínimo de regras que blindem as partes, concedendo-lhes maior proteção na defesa de seus direitos, é a função das garantias fundamentais processuais, cuja finalidade última é concretizar um processo justo.¹⁷⁶ No contexto, o contraditório assume importância notável frente ao seu significado dialógico: norma fundamental que assegura o direito das partes de manifestar, colaborar e influenciar a decisão judicial, além de permitir o controle dos pronunciamentos do magistrado. Em suma, o contraditório representa a concretização da participação democrática no processo.

Retornando, reitera-se que o viés participativo é a mola propulsora do movimento de resgate do conteúdo valorativo do contraditório. Ora, em um Estado Democrático de Direito, “a participação em todos os atos intermédios que compõe o procedimento prévio de formação da decisão”¹⁷⁷ deve ser garantido e concretizado. O contraditório é o meio para este fim.

Apesar de muito se falar em reinauguração (fazendo associação ao período da *ordo iudiciarius*), deve-se destacar que as origens do atual entendimento a respeito do contraditório diferem um pouco daquele oriundo do direito comum. Isto porque, contemporaneamente, é o constitucionalismo do Segundo Pós-Guerra que propicia a reinserção da moral no direito –

Contraditório na Atividade de Instrução. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 35, jul/1984, p. 231 e seguintes.

¹⁷⁶ Sobre as garantias fundamentais processuais e o processo justo ver GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacases: Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286, e ainda COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 112, out-dez de 2003, p. 159-176; Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 133, out de 2002, p. 133 e seguintes. Neste último texto, o mestre italiano, assim destaca sobre as garantias fundamentais neste período de redemocratização: “*I molteplici valori, di ordine ideologico e tecnico, sui quali si basa la ‘giustizia procedurale’ o l’equità nel processo - così come sono progressivamente emersi dall’evoluzione storica degli ordinamenti angloamericani di common law - si sono affermati a livello costituzionale ed internazionale, verso la metà del secolo XX. Essi sono certamente la matrice etico-culturale del “giusto processo” (o, se si vuole, del “processo equo e giusto”), nell’accezione più moderna, sviluppatasi - in Italia, soprattutto dagli anni ‘60 - per opera di quella importante corrente culturale che, sulla base di raffinate indagini comparatistiche, ha dato vita al c.d. ‘giusnaturalismo processuale’.*”. Não se defende aqui, a noção de justiça da decisão pela simples obediência de normas procedimentais, todavia, entende que o respeito aos textos normativos procedurais são necessários para o alcance daquela.

¹⁷⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 107.

possibilitando uma releitura da norma em semelhança àquela embebida pelos princípios do direito natural –, sendo certo que esta tarefa é realizada de uma forma mais ampla que no passado, afinal hoje o contraditório é uma garantia fundamental de todo e qualquer cidadão, situação inexistente em uma sociedade de castas como aquela de outrora.¹⁷⁸⁻¹⁷⁹

A participação que se almeja é aquela que visa ações efetivas por parte de autor, réu e juiz, com estreita colaboração entre todos. A vetusta ideia de processo como jogo,¹⁸⁰ caracterizada pela contraposição de teses das partes e a suma realizada pelo juiz (através do ato decisório), não mais prevalece. Isto não quer dizer que desaparecerá o confronto entre autor e réu, mas o embate estará mais bem respaldado pelas normas da Constituição. Lado outro, a conexão do contraditório com a ideia de prejuízo (visão individualista, calcada no dano sofrido por partes ou terceiros) deve ser repelida, pois seu entendimento limita a abrangência que a norma pode e deve alcançar.¹⁸¹ Por fim, mas não menos importante, o princípio da igualdade, consubstanciado na paridade de armas, funciona quase como uma extensão automática desse novo modelo de contraditório.

¹⁷⁸ Neste sentido, NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. *Revista da faculdade de direito do sul de minas. Op. cit.*, p. 180-181.

¹⁷⁹ Interessante apontamento realizado sobre eventual aproximação entre o direito natural e constitucionalismo contemporâneo (incluindo-se, aí, a visão do novo contraditório em apresentação) é realizada por Cappelletti, que assim pontua: “Semelhante desenvolvimento marca o renascimento de um novo ‘direito natural’? Muitos afirmam isso. Eu iria além, para dizer que o moderno constitucionalismo, com seus ingredientes básicos – uma Constituição garantidora de liberdades civis e sua imposição – é a única tentativa realística de implementar valores de direito natural em nosso mundo real. Neste sentido, nossa época, e nenhuma outra, é a época do direito natural. Mais acuradamente, entretanto, eu diria que o moderno constitucionalismo constitui uma tentativa de suplantar o plurimilenar contraste entre o direito natural e o positivismo, (...)”. CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando a Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *In: Revista do Tribunal Região Federal 4ª região*. Trad. Fernando Sá. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 49, disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em 15 de dezembro de 2013.

¹⁸⁰ CALAMANDREI, Pierro. Il processo come giuoco. *In: Scritti in onore di Francesco Carnelutti*. Padova, 1950 *apud* PICARDI, Nicola. Il Principio del Contraddittorio. *Op. cit.*, p. 679; ainda PICARDI, Nicola. *Manuale de processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 211. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. *Op. cit.*, p. 216.

¹⁸¹ Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório*. *Op. cit.*, assim destacando em p. 197: “Todavia, a conexão necessária entre o contraditório e o interesse ou prejuízo individual das partes ou terceiros, importa em severas limitações aos contornos que o princípio assume atualmente. A própria sistemática das ações coletivas aponta neste sentido, consagrando a técnica da legitimidade extraordinária com a correspondente vinculação coletiva à decisão proferida apenas com a participação do substituto processual (art. 103 do Código de Defesa do Consumidor).” e continua “(...) o contraditório encontra outras aplicações que o afastam das noções patrimonialistas e individualistas, notadamente sua configuração como dever (em sua dimensão colaborativa para as partes e participativa para o magistrado) e como direito de influência, desvinculado dos conceitos de interesse ou prejuízo e atendendo, a um só tempo, à concepção de democracia deliberativa e aos objetivos políticos do processo”. Em outra obra, *Nulidades no Processo Moderno ... Op. cit.*, p. 105, assim sedimenta o autor sobre a visão individualista do contraditório, “Essa concepção poderia levar à conclusão, frequentemente extraída pela doutrina e jurisprudência, de que somente quem pudesse sofrer prejuízos ou aqueles que já os estivessem sentindo poderiam manifestar-se no processo. Vale dizer, sem dano patrimonial, partes ou terceiros nada poderiam dizer.”.

Em suma, participar ativamente do processo – com manifestações e produções probatórias variadas –, visando a efetivamente influenciar o pronunciamento judicial, dentro de um cenário colaborativo e em paridade de armas, são as principais nuances do contraditório contemporâneo.¹⁸² O antigo binômio “informação-reação”, pode ser visto hoje como o trinômio “informação-reação-participação”, sendo que esta terceira via acrescentada é dirigida tanto às partes, quanto aos magistrados.¹⁸³ Eis a multifuncionalidade do contraditório propagada por Daniel Mitidiero.¹⁸⁴

É atentando-se para o aspecto dialógico do processo, que se buscará desenvolver as novas ideias que circundam o princípio do contraditório, norma esta que, por excelência, reata com a dialética no ambiente procedimental. A visão de um contraditório que permita o debate entre as partes e entre elas e o juiz é o corolário de um Estado Democrático de Direito, e tendência dos principais ordenamentos contemporâneos, tudo com vias a legitimar a atuação jurisdicional, a qual será testada e controlada através dos motivos da decisão proferida pelo juízo.

3.1.2.1 O contraditório e a ampla possibilidade de participação

O viés participativo do contraditório é revelador de uma nova forma de intelecção sobre a norma. O que se objetiva é a ampliação de seus horizontes e sua difusão dentro e fora do processo. Essa leitura do princípio caracteriza o contraditório-participativo como face do contraditório, o qual iluminaria as interpretações e os entendimentos sobre suas novas

¹⁸² Apesar de atual, o referido entendimento já era defendido por José Carlos Barbosa Moreira, que antes mesmo da promulgação da CRFB/88, assim pontuava: “Tanto maior, conforme bem se compreende, a necessidade de assegurar às partes, nesse momento capital, o pleno gozo das garantias que o ordenamento lhes deve proporcionar, com o fito de permitir-lhes influir no desfecho do processo, tornando-lhes possível, ao mesmo tempo em que uma atuação eficiente na defesa de seus interesses, também - e sobretudo - uma colaboração prestada no trabalho de esclarecimento dos fatos e na formação do material probatório a cuja luz tratará o juiz de reconstruí-los.” em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução**. *Op. cit.*, p. 231.

¹⁸³ Em sentido semelhante, LOPES, João Batista. **Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na Reforma da Execução Civil. Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Coordenadores: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 80, que assim destaca: “o contraditório ganhou mais elástico, deixando de ser apenas o binômio ‘informação-reação’, para converter-se no trinômio ‘informação-reação-diálogo’”, pretendendo-se, com isso, “garantir às partes a possibilidade de ‘participação efetiva’ no processo, no sentido de que o julgador analise e leve em consideração as alegações e provas por elas produzidas”.

¹⁸⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 144, fev/2007, p. 108-109.

nuances. Todavia, ainda que expressão do novo contraditório, o viés participativo também pode ser encarado como uma subespécie da norma. É o que se pretende demonstrar.

Pois bem. Nos termos afirmados alhures, o contraditório não perdeu o enfoque assegurado pelo binômio informação-reação, este apenas deixou de ser sua única vertente. O dever de informação e a possível reação da parte são elementos necessários à boa compreensão do princípio – eles compõem o núcleo do contraditório como direito de participar do provimento jurisdicional

É uníssono em sede doutrinária, e também jurisprudencial, que ninguém sofrerá gravame decorrente de uma decisão judicial sem a devida oportunidade de manifestar-se a respeito dos fatos que lhes estão sendo imputados. É neste meandro que o dever de informação floresce.

A parte tem a obrigação de notificar à outra a respeito do ajuizamento da ação judicial. Esse dever é inerente ao contraditório e faz parte de seu núcleo, resumindo-se na ideia de “permitir oportunidades de reagir ou evitar posições processuais desfavoráveis”.¹⁸⁵ É imprescindível que a parte tenha efetiva ciência do processo, afinal, tem o direito de defender-se de toda e qualquer imputação que lhe for dirigida.

A reação é dependente da informação necessária e obrigatória. Nada mais ilógico do que pensar em reação sem a ciência prévia daquele que irá reagir; assim, para que se possa oportunizar uma devida manifestação da parte contrária, é imperioso que se garanta uma adequada e, preferencialmente, precedente comunicação dos fatos descritos nos autos.

A comunicação do ato processual, que possibilita a manifestação sobre as afirmações apresentadas por uma das partes, deve valer para todos os atos do processo e enquanto este perdurar. Ademais, ao juiz também é imposta a obrigação de oportunizar as partes que se manifestem sobre suas ponderações e decisões.¹⁸⁶ A preferência para que a ciência ocorra anteriormente à eventual gravame é outro aspecto salutar sobre o tema, afinal é da própria essência da norma que, se é garantido um direito de manifestação, este deve ocorrer previamente à possível consequência advinda com a informação recebida – nada impede,

¹⁸⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Contraditório**. *Op. cit.*, p. 195.

¹⁸⁶ Leonardo Greco bem define a noção atual da audiência bilateral, assim destacando: “O sentido moderno da *audiência bilateral* é o de adequada e tempestiva notificação do ajuizamento da causa e de todos os atos processuais através de comunicações preferencialmente reais, bem como ampla possibilidade de impugnar e contrariar os atos dos demais sujeitos, de modo que nenhuma questão seja decidida sem essa prévia audiência das partes. O processo deve formar-se e desenvolver-se em permanente contraditório. As sucessivas decisões que o juiz deva adotar devem ser antecedidas de comunicação efetiva às partes (reservado o emprego de meios de comunicação ficta, como os editais, apenas para as hipóteses em que seja impossível a comunicação real), assim como da ampla concessão às partes das faculdades de apresentar alegações, propor e produzir provas e requerer providências aptas a influir substancialmente nas decisões.” em GRECO, Leonardo. **O princípio do Contraditório**. *Op. cit.*, p. 74.

todavia, que em casos excepcionais se postergue o exercício do contraditório, cujo caso emblemático se refere à concessão de tutelas de urgência.¹⁸⁷

A audiência bilateral é, assim, a primeira e mais antiga demonstração de que o contraditório é participativo. Através da informação concedida às partes é que se possibilita sua insurgência no processo, a qual pode ser realizada através das mais variadas manifestações, desde simples contra-argumentos até requerimentos direcionados ao juiz. As partes, pois, têm o “direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas (...) e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses”.¹⁸⁸

Mas não é só. Como já destacado, o juiz também deve ser participante do maior diálogo processual, ou seja, o debate não é apenas linear, mas angular, abarcando as três pontas da relação jurídica. E neste aspecto ganha importância tema de grande relevo: a vedação de “decisões surpresa”.

Um corolário do contraditório como direito de participação das partes encontra-se no dever de o juiz abrir aos litigantes a possibilidade de discutir questões a respeito das quais não se pronunciaram; o entendimento se estende, inclusive, para as decisões que o magistrado possa tomar oficiosamente. O assunto foi tema de debate nos mais variados países, sendo que as primeiras previsões para um dever do magistrado chamar ao processo as partes para que dialoguem a respeito de uma matéria que possa ser decidida oficiosamente (ou sobre a qual ainda não se manifestaram), encontram-se nos códigos francês e alemão.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Sobre o tema, SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária ...** *Op. cit.*, p. 178-237. Especificamente sobre o tema das tutelas emergenciais, ver FUX, Luiz. **Tutela da Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

¹⁸⁸ GRECO, Leonardo. **O princípio do Contraditório**. *Op. cit.*, p. 75.

¹⁸⁹ O art. 16 do *Code de Procédure Civile* francês e os §§ 139 e 278, III, da ZPO (*Zivilprozessordnung*) são os dispositivos que embasam as correntes a respeito da proibição de decisões surpresa. Sobre o tema, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 225 e OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Juiz e o Princípio do Contraditório. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 71, jul-1993, p. 31 e seguintes. A Itália, somente no ano de 2009 modificou sua legislação para incluir o *secondo comma*, ao art. 101, do *codice de procedura civile*, que visava abraçar a proibição das decisões surpresa, notadamente no que se refere às questões cognoscíveis oficiosamente, sobre o tema DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. In: **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1968, p. 217-231. Ainda sobre a proibição de decisões surpresa, dissertando sobre o desenvolvimento da jurisprudência alemã a respeito do tema, a qual vincula a questão em comento ao direito de ser ouvido (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) ver TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione** – problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 499-502. O Brasil ainda não tem previsão a respeito, mas o novo Código de Processo Civil, que se encontra em votação no Congresso Nacional prevê, desde a sua primeira versão (PLS 166/10, notadamente em seu art. 10), dispositivo proibindo ao juiz que decida qualquer ponto em relação a questões cujo conteúdo não foi dado às partes oportunidade de manifestarem-se. No entanto, a doutrina atual sinaliza para esta importante face do contraditório. Neste sentido, além dos autores brasileiros já citados, sem prejuízo de outros que ainda serão destacados neste trabalho, ver BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. In: **Causa de pedir e pedido no processo civil**. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci *et alii*. São Paulo: RT, 2002, p. 41.

A participação somente será ampla e irrestrita se às partes forem dadas oportunidades efetivas de manifestação no processo, seja no que tange às alegações do *ex adverso*, seja no que se refere aos próprios apontamentos judiciais, notadamente em caso de pronunciamentos com conteúdo decisório. O efetivo respeito ao contraditório pressupõe a possibilidade de participação das partes antes de qualquer provimento judicial.¹⁹⁰

A impossibilidade de pronunciar decisões surpresa, assim, deve ser observada como a garantia conferida à parte de não ter contra si um pronunciamento judicial do qual não tenha participado, ou seja, não se lhe tenha dado oportunidade de expor suas razões a respeito do fato ou do direito, exercendo ou conferindo possibilidade de convencer o juiz em relação aquele ponto em discussão. E aqui já se observa um primeiro distanciamento da noção individualista do contraditório, aquele conectado à ideia de que somente havendo um prejuízo à parte é que sua manifestação estaria garantida – o contraditório-influência deita suas raízes nessa abordagem.

O escopo democrático do processo impõe uma visão mais ampliada da ideia de contraditório; sua ligação com a noção de prejuízo existe, mas não é a única. A maior participação das partes no ambiente processual, em verdadeiro e nítido auxílio ao juiz na decisão da *quaestio juris*, adorna o novo conteúdo da norma em apresentação.

E salienta-se, nos termos propostos por Dino Buoncristiani, que esse direito de manifestar-se antes do pronunciamento decisório deve abarcar tanto a apresentação de escritos contendo as razões de cada parte sobre a matéria a ser decidida, como também a possibilidade posterior de examinar e impugnar os fundamentos utilizados pelos adversários sobre a vista concedida anteriormente.¹⁹¹ Somente com esta interpretação do princípio é que se concretiza a verdadeira ideia de uma ampla e efetiva participação por meio do contraditório.

¹⁹⁰ NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. **O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação.** *Op. cit.*, p. 190, que assim expõe: “Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em ‘solitária onipotência’ aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. Tudo que o juiz decidir fora do debate já ensejado às partes, corresponde a surpreendê-las, e a desconsiderar o caráter dialético do processo, mesmo que o objeto do decisório corresponda a matéria apreciável de ofício”. Sobre o fundamento das decisões surpresa, assim destaca TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione ...** *Op. cit.*, p. 600, “*L’obiettivo di fondo che anima la tesi è semplicemente quello di assicurare in maniera adeguata l’esigenza di effettività inerente alla garanzia di azione e di difesa, predisponendo un valido accorgimento che tuteli le parti di fronte al pericolo delle decisioni a sorpresa.*”.

¹⁹¹ BUONCRISTIANO, Dino. Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice. **Judicium.** Disponível em <http://www.judicium.it>. Acesso em 20 de novembro de 2013, que assim destaca: “*Il legislatore parla di «un termine» e di «memorie»; quindi, da un lato, non dovrebbe essere prevista la possibilità di repliche, essendo prevista l’assegnazione di un solo termine; dall’altro lato, però, si prevede il deposito di memorie. Nel dubbio, considerato che non è prevista un’ulteriore udienza e che il diritto alla replica deve essere*

Nestes termos, ainda que a previsão do art. 462¹⁹² do CPC/73 traga em seu bojo a faculdade conferida ao juiz de poder embasar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, já se viu outrora que o princípio do contraditório, garantia fundamental conferida aos sujeitos do processo, deve ser analisado sob o prisma dos ideais democráticos. Neste teor, é inconcebível que não se oportunize a manifestação sobre questões que possam ser conhecidas oficiosamente pelo magistrado¹⁹³ ou sobre as quais ainda não houve pronunciamento. O contraditório no espectro atual reprime com veemência o pronunciamento de decisões surpresa.

Por fim, o que se pretende com a defesa do contraditório-participativo é a ampla e irrestrita possibilidade de manifestação das partes durante todo o *iter* processual, com possibilidades de exteriorizações de razões a respeito de todos os fatos postos pela parte contrária ou pelo juiz, preferencialmente, em caráter antecedente a qualquer decisão. E mais: a participação não se limita aos sujeitos do processo, mas a todas as pessoas (físicas ou jurídicas) que possam trazer algum tipo de contribuição para a elucidação dos argumentos discutidos no processo. A democracia, participativa ou representativa,¹⁹⁴ impõe que os mais variados segmentos da sociedade tragam subsídios para a esfera jurisdicional, ainda mais em

garantito, è auspicabile che il giudice fissi un termine per il deposito di memoria ed uno per il deposito di repliche, restando nel lasso temporale tra venti e quaranta giorni dalla comunicazione della sua ordinanza.”.

¹⁹² “Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.”.

¹⁹³ Em termos práticos, assim pontua Fredie Didier Jr.: “Imagine a seguinte situação: A e B estão litigando, cada um argumenta o que quis e o juiz, no momento da sentença, baseia-se em um fato que não foi alegado pelas partes, não foi discutido por elas, mas está provado nos autos. Ele trouxe esse fato para fundamentar a sua decisão com base no art. 131, conjugado com o art. 462, ambos do CPC. Mas ele não poderia ter feito isso sem submeter esse fato ao prévio debate entre as partes. Isso feriria, escancaradamente, o contraditório. A decisão formar-se-ia com base em questão de fato sobre a qual as partes não falaram, e, portanto, basear-se-ia em questão a respeito da qual as partes não puderam ter exercitado o ‘poder de influência’, não puderam dizer se o fato aconteceu ou não aconteceu, ou aconteceu daquela forma, ou de uma outra forma”. Ao final, assim conclui o autor: “(...) Assim, evita-se a prolação de uma decisão-surpresa”. DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm. 2010, p. 54-55.

¹⁹⁴ A democracia participativa quer dizer a possibilidade de intervenção direta dos cidadãos nos procedimentos de tomada de decisão estatal. Diferentemente da democracia representativa, que denota uma atuação indireta da sociedade, na democracia participativa a atuação é direta, pois são os próprios cidadãos que se encontram no espaço de deliberação pública. Isso influencia diretamente nos rumos estatais, afinal, o controle das atividades do Estado também é realizado diretamente pelos cidadãos, aumentando o grau de responsabilidade dos governantes. Por óbvio, o meio através do qual se operacionaliza a democracia participativa é o diálogo, que deve ser oportunizado a todos os integrantes de um Estado, garantindo-lhes iguais oportunidades de participação no debate público. Para maiores incursões sobre o tema da democracia participativa, ver AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 76 e ss.. A relação entre democracia participativa e contraditório participativo é natural: o segundo é decorrência da primeira.

tempos de atribuição de efeitos *erga omnes* às decisões dos tribunais superiores e disseminação do uso das ações coletivas.

É inquestionável, pois, que quanto maior a participação das partes, maior a aceitabilidade da decisão proferida;¹⁹⁵ ademais, será também mais fiel à realidade dos fatos ocorridos.¹⁹⁶

Reafirma-se que o contraditório dinâmico deve ter características expansivas, sua abrangência não pode ser limitada às partes do processo. Neste contexto, a participação da sociedade através da audiência pública, *v.g.*, é um novo elemento que busca disseminar a democratização processual. A participação da comunidade com a exposição de questões e dados que, até então, poderiam ser desconhecidos pelos julgadores e partes, é uma forma de ampliar o leque cognitivo do juiz, permitindo decisões cada vez mais racionais e aceitáveis.

A realização de audiências públicas já é uma realidade – tímida, por óbvio – no cenário judicial brasileiro, mas certamente sua atuação tenderá a aumentar com o advento da nova lei processual em estado gestacional no legislativo. O projeto do novo Código traz em

¹⁹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, anno 60, n. 2, p. 449-463, apr./giu. 2005, p. 459.

¹⁹⁶ Não se imiscuirá na discussão a respeito da verdade no processo, tema árido e nada pacificado, mas é inegável que a verdade, aqui entendida como a realidade acontecida, é mais fácil de ser atingida quando os envolvidos no evento trazem suas afirmações a respeito de como ocorreram os fatos – afinal, eles foram os partícipes dos acontecimentos, possibilitando atingir uma “melhor verdade”. Aqui, tomam-se por empréstimo as noções expostas sobre a *ordo iudicarius*, quando o processo dialético daquele tempo visava o alcance da verdade provável. E no mesmo sentido de outrora, tem-se PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. *Op. cit.*, p. 680, que assim afirma: “(...) il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica, condotta con la collaborazione delle parti (...) uno strumento di ricerca della verità probabile.”. Ainda sobre esta questão, veja-se a síntese que Robson Renault Godinho fez da ideia de Michele Taruffo a respeito da verdade no processo, quando afirma “apesar das dificuldades que cercam a determinação da verdade dos fatos, a justiça da decisão judicial passa necessariamente pela busca da verdade no processo, que é denominada de verdade relativa e deve ser buscada dentro de um contexto processual específico”. Citando especificamente os dizeres do mestre italiano sobre o assunto, que fora publicada na tradução espanhola de sua obra (**La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002, p. 525), assim aponta Robson: “o verdadeiro problema não é se a verdade dos fatos deve ou não ser buscada no processo e tampouco se a verdade pode ou não ser alcançada em abstrato, senão compreender qual é a verdade dos fatos que pode e deve ser estabelecida pelo juiz para que constitua o fundamento da decisão”, GODINHO, Robson Renault. A Distribuição do Ônus da Prova na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: CAMARGO, M. N (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: Podivm, 2006, p.181. Também sobre o tema, Taruffo, em outra obra, destaca que a questão de falar ou não em alcance da verdade no processo dependerá do pressuposto com o qual se trabalhe; assim ao entender que buscar a verdade é sem sentido, que não há que se perder tempo com discussões sobre este assunto, estar-se-á destinado a acreditar que não há que se falar em “verdade judicial”; lado outro, em se pensando que o alcance da verdade é possível, mas não uma verdade absoluta, e sim naqueles termos detalhados por Picardi, então tem-se potencial em acreditar na busca da “verdade judicial” no processo. É que se observa em TARUFFO, Michele. La Recolección y presentación de las pruebas en proceso civil: ... *Op. cit.*, p. 347-348. O presente trabalho, quando analisou a evolução histórica do contraditório (item 3.1.1 *supra*), em algumas passagens pincelou a respeito do tema, indicando outras fontes bibliográficas, motivo pelo qual remete-se o leitor para referido tópico.

três dispositivos,¹⁹⁷ expressa menção que autoriza a convocação da audiência pública dentro do cenário processual, cuja finalidade é justamente auxiliar o juízo na determinação dos pontos discutidos e acessorá-lo na tomada de posição.

Mas a participação da sociedade não pode funcionar como um parlatório formal, no qual as pessoas (físicas e jurídicas) exporão suas razões e o Judiciário faria o papel de ouvinte estagnado. Eis a razão de relacioná-la ao contraditório dinâmico, cujas características devem ser estendidas à audiência pública, para que os dados coletados neste amplo debate sejam efetivamente aproveitados na deliberação judicial.¹⁹⁸

Está posta, pois, uma concepção de contraditório que realmente concretiza a participação. Permite-se a exposição de razões não somente pelas partes do processo, mas também à sociedade como um todo, que muita contribuição pode e deve trazer para a solução das questões discutidas. A deliberação judicial é tanto mais legítima quando uma ampla discussão das vicissitudes do caso é possibilitada. A audiência pública tem esse condão e o judiciário deve curvar-se a essa fonte de conhecimento, afinal, como está disposto na própria Constituição, todo – e qualquer – poder emana do povo.

3.1.2.2 O contraditório e o dever de colaboração

Invariavelmente relacionada com a participação encontra-se a colaboração, termos sinônimos, mas que no aspecto processual têm minudências que os diferem. E a peculiaridade, no caso, fica por conta de que o viés cooperativo mostra-se como um dever imposto às partes e ao próprio juiz.¹⁹⁹

¹⁹⁷ As previsões comentadas encontram-se, especificamente, nos artigos 520, §8º, 992, parágrafo único e 1.051, §4º, do projeto de lei 8.046/10, destacando que o texto foi recentemente aprovado na Câmara dos Deputados, e retornará agora para o Senado. Seus textos já foram apresentadas na nota de nº 154, *supra*.

¹⁹⁸ Sobre a audiência pública e suas principais questões ver GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**. São Paulo: RT, 2011; GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009, T. II. Disponível em www.gordillo.com; MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2586>>; e ainda OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. **A Audiência Pública no Estado de Direito: debate popular e atuação dos tribunais**. 2013, no prelo.

¹⁹⁹ Nicolò Trocker, nos anos 70 do século passado, escrevendo sobre o direito italiano e alemão, já suscitava a questão da colaboração como algo além do mero direito das partes, senão veja-se em TROCKER. Nicolò. **Processo civile e Costituzione** — problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 667, assim dispendo: “*Collaborazione e partecipazione non si configurano soltanto come diritti o facoltà, ma anche come ‘oneri’*.” Também neste sentido, e ainda indicando a origem do dever de cooperação, GRASSI. Lúcio. Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 174-175, “De origem

Com relação ao magistrado, não é difícil assimilar que é sua obrigação instaurar o debate processual. A participação como mola propulsora do atual contraditório determina que as partes devam contribuir com argumentos para o deslinde da controvérsia. O juiz, por sua vez, teria a exata função de fomentar o diálogo, seja chamando os sujeitos para se pronunciarem sobre as manifestações da outra parte, seja trazendo-os para um colóquio sobre as pré-concepções que teria a respeito dos fatos até então expostos.

Esse novo espectro de atuação judicial engloba-se nas nuances da atuação pró-ativa do magistrado, que deixa seu posto burocrático de mero espectador de um auditório, para contracenar com as partes, e juntos construírem a decisão do caso.

Ademais, a efetiva participação dentro do dever colaborativo do magistrado pressupõe uma antecipação às partes de seu entendimento a respeito dos pontos que envolvam a questão discutida, tudo com vias a facilitar os meios de comunicação entre os sujeitos do processo e direcionar o debate produtivamente. Essa abertura do juiz ao diálogo franco com as partes não pode ser vista como perda de imparcialidade, afinal o juiz apenas estaria expondo suas ideias para que as partes tenham condições de dissuadi-lo de seus pré-conceitos, ou mesmo apresentar novas justificativas que corroborem seu entendimento pré-estabelecido.²⁰⁰ Repisa-se que, de acordo com a ideia mestra do contraditório como colaboração, a decisão judicial deve ser construída com esta conjunção de fatores, no labor harmonioso de juiz, partes e outras pessoas que possam vir a se manifestar no processo.²⁰¹⁻²⁰²

alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Frage und Aufklärungspflicht*). Admite, inclusive o direito alemão, recurso, quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições, de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes. (...) O dever de esclarecimento do tribunal se acompanha logicamente de um direito – e dever – de questionamento decorrente da necessidade de clarificar os fatos a fim de alcançar uma solução concreta do litígio”.

²⁰⁰ Defendendo que o magistrado não perderia sua imparcialidade ao abrir-se ao diálogo, CABRAL, Antonio do Passo. **Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito**. *Op. cit.*, p. 461, assim expõe: “*Comincia ad essere abbandonata l’idea che il giudice perderebbe l’imparzialità nel caso in cui esprimesse il suo pensiero sulle questioni prima del giudizio, cosa che accade innumerevoli volte: quando presiede la conciliazione, quando chiarisce le parti sugli oneri probatori, o quando le avverte riguardo alle conseguenze che possono essere determinate dai comportamenti processuali.*”. No mesmo sentido, GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual** – introdução ao direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 450, “Ao expor as suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto da sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento.”, e finaliza o eminente professor com um questionamento que desmantela qualquer entendimento em sentido contrário ao exposto no texto, “Ora, como as partes podem influir no convencimento do juiz se não sabem o que ele pensa?”.

²⁰¹ Sobre a colaboração entre partes e juiz ver GRECO, Leonardo. **O princípio do contraditório**. *Op. cit.*, p. 74 e ainda OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **O juiz e o princípio do contraditório**. *Op. cit.*, p. 34 e seguintes. O jurista gaúcho assim aponta quando destaca a nova visão do contraditório, p. 35: “A realidade, porém, é muito mais complexa, a impor permanente disquisição em conjunto do órgão judicial e dos participantes do litígio processual.”. Também neste sentido, CABRAL. Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*,

De antemão, fica claro que o dever de colaboração existente entre o juiz e as partes, apesar de gerar polêmicas em relação à suposta perda de imparcialidade do magistrado, é assunto que deve receber tratamento especial em tempos de dialética processual, pois concomitante ao ponto de que as partes devem colaborar com o juiz na apresentação de fatos e fundamentos de suas razões de pedir, o juiz tem a obrigação de promover os diálogos e efetivamente participar dos debates instaurados, inclusive mostrando suas posições.²⁰³

Entende-se, contudo, que o dever de cooperação é mais abrangente do que a colaboração entre partes com o juiz; deve ele ser visualizado no próprio trato entre as partes.²⁰⁴

E esta colaboração é bem relacionada com os deveres éticos das partes na sua atuação no processo. Não se advoga a tese de uma total benevolência processual na qual as partes deveriam apresentar todas as suas armas à parte contrária,²⁰⁵ mas sim que, a partir do momento em que o Estado é chamado para dirimir um litígio, outros elementos são atraídos para o ambiente procedimental, dentre os quais a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) e, também, as condutas que visam coibir a litigância de má-

p. 207-229, sendo que assim pontua em fl. 208: “A perspectiva intersubjetiva da descoberta da decisão, imersa em pressupostos argumentativos, impede que a participação dos sujeitos do processo seja reflexo de monólogos em paralelo, favorecendo, ao contrário, a busca cooperativa da solução correta.”.

²⁰² Sobre a participação de pessoas que não integram, de fato, a relação processual, ver SOUZA, Artur César de. O princípio da cooperação no projeto do novo Código de Processo Civil. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 225, nov/2013, p. 65 e seguintes, que assim afirma: “o dever de colaboração é de todos aqueles que de certa forma participam no processo, seja parte, terceiro ou mesmo auxiliar do juízo”, não podendo se olvidar do próprio juiz da causa.

²⁰³ Para maiores incursões sobre o dever de colaboração, ver MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009; e MITIDIERO, Daniel Francisco. Colaboração no Processo Civil como um *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 194, abr/2011. Para uma visão mais sintética sobre a colaboração ver DIDIER, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 127, set/2005.

²⁰⁴ Em sentido contrário, considerando que a cooperação somente se instaura entre as partes e o juiz, e nunca entre as partes tão somente, MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: RT, 2009; Colaboração no Processo Civil como um *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 194, abr-2011, p. 75, senão veja suas palavras: “a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes.”.

²⁰⁵ E nem se poderia pensar assim. Deve-se ressaltar que apesar da existência de deveres das partes em decorrência da colaboração, existem outras normas no ordenamento que operam em congruência com o contraditório. A questão é: os deveres decorrentes da colaboração não são absolutos, ou seja, sua aplicabilidade deve ser sopesada com as demais normas e garantias fundamentais do cidadão. Aliás, este motivo é o que impede de listar, *prima facie*, os deveres das partes, os quais devem ser observados à luz do caso concreto. Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo Moderno ... Op. cit.**, p. 218, nota de rodapé 44. Todavia, conforme se observará, o fato é que a finalidade da conduta dos sujeitos do processo não pode ser alterada, ou seja, devem atuar eticamente.

fé e os atos atentatórios à dignidade da jurisdição. Ora, “se participar é garantido, a atuação deve ser ética, consentânea com os objetivos estatais da jurisdição”.²⁰⁶

A grande crítica contra a imposição de deveres colaborativos às partes concerne ao fato de que referida obrigação processual decorreria de uma garantia fundamental do cidadão, como é o caso do contraditório – assim, na perspectiva dos opositores, um direito subjetivo não poderia estabelecer um dever para as partes. Antonio do Passo Cabral utiliza-se da doutrina constitucional e traz a solução para o problema ao discorrer sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Desta feita, tendo em vista que o viés das garantias do cidadão também tem o condão de enaltecere os valores centrais de um ordenamento jurídico, cuja aplicação e incidência é direta a todas as demais normas do sistema, não haveria óbice às restrições impostas por estes valores aos demais direitos fundamentais.²⁰⁷⁻²⁰⁸ Em suma, os direitos fundamentais podem sofrer restrições em razão dos valores presentes nos demais direitos fundamentais da ordem constitucional. A Constituição não é um círculo hermético, mas sim um conjunto de normas que interagem e complementam entre si.

Em boa hora, a evolução doutrinária vem se mostrando presente no campo do direito positivo, com normas que objetivariam resguardar a atuação cooperativa das partes, situação observada no art. 5º do PLS 166/10, projeto de lei do novo Código de Processo Civil brasileiro, que teve seu trâmite iniciado no Senado Federal. O texto previa que “as partes têm o direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões (...)”, sendo certo que a redação atual²⁰⁹ permaneceu semelhante à idealizada pelo legislador primevo.

²⁰⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: **Revista de Processo**. São Paulo; RT, vol. 126, ago/2005, p. 62.

²⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Op. cit.*, p. 63 e seguintes. Ver ainda CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno: Contraditório, Proteção da Confiança e Validade *Prima Facie* dos Atos Processuais**. *Op. cit.*, p. 213-215.

²⁰⁸ Sobre o espectro limitador que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais exerce sobre o direito subjetivo das partes – representado pelo direito fundamental em si – ver MENDES, Gilmar Ferreira *et alii*. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 152-155. Assim destaca o Ministro em fl. 153: “A perspectiva objetiva, nesse sentido, legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais em favor deles próprios”. Cf. ainda MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 216-217.

²⁰⁹ O texto destacado é do projeto original, qual seja, PLS 166/10. Apesar de a redação ter sofrido críticas por parte da doutrina, isso pelo fato de que não se poderia falar em cooperação entre as partes (vide MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luiz Guilherme. **O projeto do CPC**. São Paulo: RT, 2010. p. 73), tem-se que o espectro cooperativo foi mantido, sendo que assim prescreve o atual art. 6º, do texto aprovado em março de 2014 pela Câmara dos Deputados: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. O princípio da cooperação ainda pode ser vislumbrado no art. 5º, que trata da atuação ética das partes, consequência direta de um dever de colaboração, senão veja-se a redação: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Para ter acesso aos projetos de lei mencionados, ver www.senado.gov.br e www.camara.gov.br.

E mesmo que as previsões normativas específicas da norma processual em gestação deixem de prestigiar a colaboração entre as partes, sua essência não desaparecerá. Revolve-se, aqui, a tudo o que se disse sobre os valores da ética e da moral que devem circundar a atuação dos sujeitos processuais. A interdependência entre contraditório e cooperação permite afirmar a existência de um verdadeiro dever entre as partes, os quais têm que ser observados sob pena de caracterização das sanções previstas na lei processual.

O dever de cooperação representa, pois, uma imposição às partes de que suas atitudes dentro do processo devam ser probas e leais; descaracterizar referida obrigação é retirar do sujeito sua responsabilidade na condução e no alcance dos escopos do processo.²¹⁰ É importante ressaltar que, independente do resultado da lide, devem existir meios de coação para que as partes atuem em sintonia com os valores basilares do ordenamento jurídico, destacando que, no atual estágio democrático de direito, a ética é virtude de primeira grandeza.

E neste cenário, a figura do juiz é essencial, pois como terceiro imparcial e um dos destinatários das manifestações das partes, acumula a função de coibir as condutas que não respeitem os valores basilares que se irradiam por todo o processo. Um sistema de penalização efetivo, mas legalmente previsto, é a melhor forma de impedir atitudes contrárias à moral processual.²¹¹

3.1.2.2.1 Os deveres decorrentes da colaboração

Muito se falou em deveres de cooperação das partes entre si e delas com o juiz, tendo sido amplamente exposto que a colaboração advém da maior participação dos sujeitos processuais no desenvolvimento processo. No entanto, importa destacar, especificamente, quais seriam estes deveres.

Com relação à cooperação entre as partes, a delimitação desses deveres seria tarefa árdua, pois tendo em mente que a obrigação decorre de um fim maior, qual seja, uma atuação ética e moral, especificar todas as condutas e comportamentos que poderiam contrariar

²¹⁰ Sobre os escopos do processo ver DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 177-263. Sobre a leitura que este autor faz dos escopos defendidos por Dinamarco, ver nota 219, *infra*.

²¹¹ No Brasil, os artigos 14 a 18 e os artigos 14, V, 599, 600 e 601, todos do CPC, são alguns exemplos de sanções tipificadas para os litigantes que atuam em contraposição aos valores do ordenamento. Todavia, o seu uso ainda é tímido por parte dos magistrados brasileiros.

referidos valores não seria possível. De qualquer forma, o sistema processual desde há muito convive com uma previsão legal mais ampla em relação às atitudes das partes, o que deve ser mantido.²¹²

No entanto, é indubitável que para dar concreção à norma que impõe os deveres, há que se enrijecer os meios de controle por parte do juiz. De nada adianta defender o entendimento que imponha um dever de colaboração se não há uma efetiva e direcionada atuação judicial visando controlar as ações das partes. Um melhor manejo da legislação processual a respeito das condutas antiéticas já seria bastante suficiente para dar concretude aos pontos ora defendidos.²¹³

Já no que tange ao magistrado, ator que assume deveres relevantes no processo, é mais facilitada a delimitação de suas obrigações decorrentes da colaboração.

Neste sentido, defende-se a existência de três deveres ínsitos aos juízes quando se refere à colaboração: dever de esclarecimento, de consulta e de prevenção.²¹⁴

O dever de esclarecimento consiste no “dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, de forma a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada”.²¹⁵ O cerne do dever de esclarecimento, pois, consiste na obrigação imposta ao juiz

²¹² Antonio do Passo Cabral aponta, a título elucidativo, alguns deveres das partes, como o dever de veracidade e o dever de completeza, cfr. **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*, p. 218.

²¹³ Neste sentido, inclusive expondo doutrina contrária ao maior rigor do juiz na aplicação das penas aos litigantes antiéticos, ver CABRAL. Antonio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva.** *Op. cit.*, p. 59 e seguintes.

²¹⁴ Cfr., CABRAL. Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno ...** *Op. cit.*, 228-229; DIDIER, Fredie. **O princípio da cooperação: uma apresentação.** *Op. cit.*, p. 76. Há que se destacar, porém, que parte da doutrina nacional, influenciada pelos ensinamentos do português Miguel de Sousa Teixeira (*vide*, v.g. SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. **Revista Forense.** Rio de Janeiro: Ed. Forense. v. 338. ano 93. 1997. p. 149-158), acrescenta um quarto elemento, qual seja, o dever de auxílio. Neste sentido, MITIDIERO. Daniel. Colaboração no Processo Civil como um *prêt-à-porter*? ... *Op. cit.*, Assim, somente a título de curiosidade, para Mitidiero, o dever de auxílio corresponderia ao “dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. O presente trabalho não se ocupará desta questão, uma vez que pelos próprios exemplos dados para justificar o dever de auxílio (v.g. ordenar a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro), vislumbra-se que esta obrigação do juiz nada mais simboliza do que a resolução de questões inerentes ao direito material discutido no processo, o que se encontra dentro do poder-dever de decisão do magistrado. Assim, o dever de auxílio, na forma como exposto pela doutrina, não representa, autonomamente, um típico dever oriundo da cooperação, mas sim o exercício do vetusto poder decisório do juiz em dirimir determinadas controvérsias no decorrer do processo. Essa vertente do dever de cooperação, apesar de não unanimemente suscitada na doutrina brasileira, ainda encontra amparo em Portugal, que recentemente alterou seu Código de Processo Civil (a lei 41/2013 entrou em vigor em 1º de setembro de 2013) e manteve incólume sua previsão, ao determinar no art. 7º, nº 4: “Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo.” Disponível em <http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/0351803665.pdf>.

²¹⁵ GRASSI, Lúcio. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. In: **Revista de Processo.** São Paulo: RT, vol. 172, jun/2009, p. 32 e seguintes.

de sempre consultar as partes caso tenha problemas com a cognição das afirmações presentes nos autos. E este é um dever de ação e reação, ou seja, tanto o juiz deve pedir os esclarecimentos, quanto as partes têm o dever de prestar os esclarecimentos solicitados.²¹⁶

O dever de consulta refere-se ao “dever do juízo ou tribunal de consultar as partes sempre que pretenda conhecer da matéria de fato ou de direito, de rito ou de mérito, sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem”.²¹⁷ Esse dever é um consectário lógico do que já se explanou sobre a vedação de decisões-surpresa. Assim, caracterizado que o processo atual se desenvolve por meio do intenso diálogo entre os sujeitos processuais, as partes têm o direito de manifestar sobre todas as questões perante as quais o magistrado proferirá uma decisão; neste contexto, obriga-se ao juiz a oportunização de que os sujeitos tragam aos autos manifestações sobre todos os pontos passíveis de serem atingidos pelo pronunciamento judicial.

Já o dever de prevenção é atinente ao “dever do tribunal de prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos”.²¹⁸ A prevenção tem por finalidade cientificar as partes da necessidade de adequar as suas afirmações para que o juiz e a própria parte contrária tenham plena inteligibilidade do que está sendo exposto. Esse dever também pressupõe a possibilidade de correção dos erros processuais cometidos pelas partes, tudo com o fito de obter um processo apto ao julgamento do mérito.

Em suma, o que deve ser frisado é que o dever de colaboração não retirou do juiz os poderes advindos do monopólio da jurisdição pelo Estado, todavia, o exercício deles deve ser realizado com o auxílio das partes. A cooperação das partes entre si e delas com o juiz na construção da decisão judicial elevam o nível de excelência da tomada de posição. O alcance dos escopos social e jurídico²¹⁹ do processo é mais bem sucedido com a participação e interação entre os sujeitos processuais e o órgão decisor.²²⁰

²¹⁶ GRASSI, Lúcio. *Cognição Processual Civil ... Op. cit.*, p. 177.

²¹⁷ *Ibidem*.

²¹⁸ *Ibidem*. Ao contrário do dever de esclarecimento, neste não há qualquer obrigação das partes.

²¹⁹ Nos ensinamentos de Dinamarco, o escopo social é aquele que visa a pacificação social com a solução da controvérsia instaurada, enquanto o escopo jurídico representa o adequado enquadramento dos fatos narrados ao direito legislado. Não se olvide que, com o contraditório como dever de colaboração, até mesmo o escopo político se mostra melhor articulado, pois ao representar a capacidade do Estado de decidir imperativamente, a decisão alcançada em cooperação encerra uma maior aceitabilidade e, via de consequência, ganha em legitimidade – este assunto, todavia, será alvo de melhor abordagem posteriormente – capítulo 5, *infra*. Uma vez mais, sobre os escopos do processo, cfr. DINAMARCO. Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. *Op. cit.*, p. 177-263. Entende-se, todavia, que aos escopos salientados pelo professor, necessário se faz acrescentar um “escopo humanístico”, cujo intuito seria enxergar o processo como instrumento de vívido diálogo entre as partes, possibilitando que assim se possa adequar os escopos suscitados com a noção de processo participativo, ora defendido. A jurisdição, pois, não se prestaria ao alcance da decisão com a resolução da lide pelo Estado, mas sim à construção do pronunciamento final com a participação dos sujeitos envolvidos.

3.1.2.3 O contraditório e a paridade de armas

A relação entre contraditório e igualdade substancial seria tema auspicioso para um trabalho à parte. Há quase uma relação de prejudicialidade entre as normas, pois no espectro do atual Estado Democrático de Direito, dificilmente seria possível definir a primeira sem o envolvimento da segunda. Todavia, aqui não se delongará sobre o tema, uma vez que o principal objetivo é demonstrar que a paridade de armas entre os litigantes é um aspecto pressuposto para a melhor inteligibilidade do contraditório vigente.²²¹

No período da *ordo iudicarius*, a igualdade entre as partes era fator preponderante no diálogo travado entre os litigantes. O objetivo do processo, que se desenvolvia através do debate, era garantir o igual tratamento, e conferir aos sujeitos do processo paridade de armas no desenvolver deste procedimento em diálogo. Eis as razões de sua denominação como “ordem isonômica”.

A perda de essência da isonomia, ocorrida nos séculos seguintes, respaldou a existência de uma igualdade formal, na qual não se via uma atuação estatal procurando dissipar as disparidades (econômicas, sociais, culturais, etc) existentes entre os litigantes. O Estado agiria para atuar o direito escrito tão somente, ou seja, reproduzir o que “dizia” a lei.

A simetria entre contraditório e igualdade foi restabelecida com a redemocratização iniciada em meados do século XX, quando foram inseridos como direitos dos cidadãos um espectro de garantias que visavam a realização de uma justiça efetiva. Enquadrava-se neste rol as discussões sobre o verdadeiro conteúdo do princípio da isonomia.²²² Não se visualiza um processo participativo sem a equalização dos polos processuais.

²²⁰ Neste sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Poderes do juiz e visão cooperativa do processo**. Disponível em www.abdpc.org.br, acesso em 29 de novembro de 2013, que nestes termos destaca em p. 12, “Em tal seara, a colaboração das partes com o juízo encontra sua razão de ser num plano mais amplo, na medida em que não se cuida apenas de investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas de estabelecer o seu conteúdo e alcance, não só evitando surpresas mas também as consequências negativas daí decorrentes para o exercício do direito de defesa e da tutela de outros valores, como a concentração e celeridade do processo e a qualidade do pronunciamento judicial.”.

²²¹ Na legislação comparada, pode-se dizer que a Constituição italiana foi uma das pioneiras em relacionar, expressamente, contraditório e paridade de armas, o que se verificou com a modificação do art. 111, no final de década de 90, cuja redação atual assim dispõe: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale (...)*”.

²²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **A garantia do contraditório**. *Op. cit.*. O autor em p. 230-231 destaca: “Realmente, a aspiração de se fazer a justiça mais acessível e efetiva revela-se como importante faceta da orientação que tem marcado os mais avançados sistemas legais do século XX. Esse reclamo espelha-se de maneira bastante acentuada na maioria das Constituições do mundo ocidental caracterizadas pelo esforço de integrar a tradicionais liberdades ‘individuais’ - incluindo aquelas de natureza processual - com direitos e garantias de caráter ‘social’, que em essência buscam não só torná-las acessíveis a todos como também assegurar

Assim, a igualdade no processo é vista hoje como a possibilidade de os sujeitos processuais desfrutarem das mesmas chances de vitória, com idênticas possibilidades de manifestação e iguais meios de tutelar o direito invocado, ou seja, igualdade no e ao processo – na lição de Marinoni, seria mais plausível falar em “igualdade diante da jurisdição”.²²³ Para tanto, em algumas oportunidades, é imprescindível que o Estado intervenha na relação processual buscando suprir as lacunas disparitárias existentes em razão de questões jurídicas e extrajurídicas.²²⁴

No ambiente endoprocessual, a relação entre igualdade e contraditório é simbiótica.²²⁵ O contraditório atual não consegue alcançar suas finalidades e ser definido se às partes não for concedida a paridade de armas.²²⁶ E mais: os escopos de um contraditório participativo exigem que a igualdade substancial seja presente na relação estabelecida entre as partes e entre as partes e o juiz.²²⁷

E o caráter isonômico da relação processual – assim como o viés participativo-colaborador, conforme exposto alhures – deve imperar durante todo o tempo de tramitação da

a real e não meramente formal igualdade das partes em face da lei e na sua atividade concreta processual.” Sobre as garantias fundamentais processuais ver nota 176, *supra*.

²²³ É neste sentido que defende MARINONI, Luis Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em www.marinoni.adv.br. Acesso em 29 de novembro de 2013, assim expondo: “Como está claro, não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nesta dimensão, se é possível falar, para facilitar a comunicação, em igualdade *no* processo e em igualdade *ao* processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual.” O professor fala ainda da igualdade perante as decisões judiciais, que seria o resultado das igualdades ao e no processo. Em breve suma, para Marinoni, esta igualdade somente seria alcançada com a concretização da igualdade de acesso, da igualdade à técnica processual e da igualdade de tratamento no processo, todas embebidas das particularidades que o movimento de constitucionalização trouxe para a seara da interpretação jurídica.

²²⁴ Neste sentido, Greco, Leonardo. **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. *Op. cit.*, que assim destaca em p. 255: “As partes devem ser tratadas com igualdade, de tal modo que desfrutem concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final, em face das circunstâncias da causa. Para assegurar a efetiva paridade de armas o juiz deve suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas de uma parte que a coloquem em posição de inferioridade em relação à outra, para que ambas concretamente se apresentem nas mesmas condições de acesso à tutela jurisdicional dos seus interesses.”

²²⁵ Assim destaca PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. *Op. cit.*, p. 211-212, “*Il proceso non va costruito su una posizione di supremazia del giudice, su un ‘ordine asimmetrico’. Il contraddittorio in senso forte ha una funzione compensativa delle ineguaglianze che, per la natura delle cose, esistono fra le parti (ad es. fra governanti e governati; fra ricchi e poveri); esso comporta che il processo assicuri reciprocità ed uguaglianza e, quindi, sia impostato sulla base di rapporti paritetici, su quello che è stato chiamato l’ordine isonómico.*”

²²⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil ...** *Op. cit.*, p.449, “O princípio do contraditório pode ser definido como aquele segundo o qual ninguém pode ser atingido por uma decisão judicial na sua esfera de interesses, sem ter tido ampla possibilidade de influir eficazmente na sua formação em igualdade de condições com a parte contrária.”

²²⁷ “*Ma il cardine del nuovo orientamento consiste, soprattutto, nella convinzione che il contraddittorio si risolva nella regolamentazione del dialogo, in modo da assicurare reciprocità ed uguaglianza non solo fra le parti, ma anche fra il giudice e le parti.*” PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. *Op. cit.*, p. 210-211.

ação, cabendo ao juiz velar, desde sempre, pela manutenção das iguais oportunidades conferidas aos sujeitos processuais.²²⁸

Pelo exposto, a paridade de armas que se relaciona com o contraditório é aquela que assegura aos litigantes iguais meios processuais para fazer valer a posição jurídica afirmada. E a atuação judicial visando a equalizar os sujeitos processuais deve ser positiva e negativa: ele deve tanto atuar na promoção de situações para compensar as desigualdades, como na exclusão de condições que fomentem as disparidades.

3.1.2.4 O contraditório como direito de influir na decisão judicial

As vicissitudes do contraditório analisadas anteriormente relacionam-se. O viés participativo respalda a colaboração, cujo entendimento preponderante alinha-se com a atribuição de deveres às partes e ao juiz. Ao mesmo tempo, a efetiva participação somente é possível se às partes são asseguradas iguais oportunidades de manifestação no processo. Em algumas vezes, todavia, para concretizar a paridade de armas, carece o juiz de lançar mão de seu poder de eliminar diferenças – sejam elas jurídicas ou não –, o que se reveste atualmente como um dever seu (colaboração com as partes). Ratifica-se, pois, que todas as facetas estão trançadas como os fios de uma teia.²²⁹

Não diferente se mostra a questão do contraditório-influência, cujo conteúdo é dependente de todos os demais aspectos substanciais acima analisados. Todavia, ousa-se dizer

²²⁸ Cfr. DENTI, Vitorio. **Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio**, *Op. cit.*, p. 222, que citando Liebman e Martinetto, assim afirma sobre a igualdade no processo: “*Si rileva, infatti, che la regola [del contraddittorio] stessa sprime l’esigenza che ‘ad entrambe, le parte sia garantita la possibilità di svolgere pienamente la difesa delle proprie ragioni’ e che ciò significa ‘costante possibilità di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti ed alla raccolta delle prove, sia alla elaborazione ed alla formazione del convincimento del giudice’*”.

²²⁹ Em sentido semelhante, PICARDI, Nicola. **Manuale del processo civile**. *Op. cit.*, p. 208-209 “*L’attività giurisdizionale è strutturata necessariamente come processo, inteso come sottospecie del procedimento, cioè come procedimento a struttura policentrica ed a svolgimento dialettico (cfr. artt. 111 e 24 Cost. e 101 c.p.c.). Il processo è policentrico poichè coinvolge soggetti diversi, ognuno dei quali ha una collocazione particolare e svolge un ruolo specifico. Alla struttura soggettivamente complessa corrisponde poi uno svolgimento dialettico. Ciscuna delle parti è, in effetti, fornita di poteri speculari rispetto al controinteressato, per cui si parla anche di parità delle armi. A ciascuna delle parti, non solo è consentito di partecipare alla ricognizione dei presupposti su piede di reciproca parità, ma sono anche assicurate identiche possibilità tecnico-processuali di condizionare il convincimento del giudice, assumendo le iniziative necessarie a contaddire le altrui deduzioni, allegazioni ed istanze. Le parti sono poste, quindi, in equilibrio dinamico dall’instaurazione del giudizio fino sua definizione, con astratta equivalenza di chances. Il tessuto connettivo di questo equilibrio viene chiamato principio del contraddittorio. (...) Da parte sua, il giudice, nell’emanare la sentenza, può disattendere, ma non obliterare, le deduzione e la attività svolta in contraddittorio da entrambe le parti.*”.

que o direito de influir é, praticamente, a finalidade precípua do contraditório como direito de participação.²³⁰

Antes de adentrar especificamente sobre o seu conteúdo, é preciso destacar que o direito de influir na decisão judicial advém do próprio exercício da democracia. Partindo-se da ideia de que no atual estágio estatal, as instâncias de poder devem procurar, constantemente, legitimar seus atos (insuficiência da democracia representativa), é a efetiva participação da sociedade nas esferas de decisão que tem o condão de concretizar tal desiderato.²³¹

No processo, como não poderia ser diferente, o ideal de ser ouvido e influir no conteúdo decisório do juiz é alcançado com o contraditório. Os partícipes do procedimento de resolução de controvérsias devem ser enxergados sob o viés democrático. O Estado-Juiz tem a obrigação de promover a participação ampliando o espaço para debates entre todos os envolvidos no procedimento. É o que a doutrina tem comumente denominado de *status activus processualis*.²³²

Assim, conforme afirmado, a participação em uma democracia contemporânea (não apenas representativa, mas também participativa e deliberativa), deve ser entendida como o direito de ser ouvido e, ainda, como o direito de influir na decisão a ser tomada. A participação somente se concretiza se os cidadãos efetivamente tiveram o poder de ver seus argumentos enfrentados pelo juiz na hora de decidir a respeito de alguma matéria. Atender as razões das partes significa mais do que respeitar um ambiente de igualdade e diálogo no

²³⁰ TROCKER. Nicolò. Nicolò. **Processo civile e costituzione ...** *Op. cit.*, p. 371. Como bem ressalta o professor italiano, o contraditório como direito de participação tem como objetivo principal a “possibilidade de influenciar ativamente o desenvolvimento e resultado do processo” (tradução livre); no original: “*possibilità di incidere attivamente sullo svolgimento e sul’esito del giudizio*”.

²³¹ CABRAL. Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*, p. 106-107. TROCKER. Nicolò. **Processo civile e costituzione ...** *Op. cit.*, p. 114-115. Assim destaca o professor italiano em p. 114: “*In uno Stato di diritto che vuole essere degno di questo nome – che sul piano storico e teorico nasce e si sviluppa dalla trasposizione dell’idea del processo giudiziale al processo politico (di formazione delle leggi) e che trova nell’audiatur et altera pars (filtrato delle esigenze di rappresentanza) la sua fondamentale regola di gioco – dev’essere posto a base di tutti o rapporti tra Stato e cittadino.*”.

²³² Para uma noção panorâmica e geral sobre os *status* dos direitos fundamentais no atual cenário democrático, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Ano I – Vol. I – n.º. 1 – Abril de 2001 – Salvador – Bahia – Brasil. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf. No sentido do texto, ver CABRAL. Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*, p. 109; CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. *Op. cit.*, p. 458; TROCKER. Nicolò. **Processo civile e costituzione ...** *Op. cit.*, p. 114-115; NERGELIUS, Joakim. Derecho y Democracia. Trad. Mercedes Carreras. In: **Doxa** – cuadernos de filosofía del derecho, n. 8, 1990, p. 314, disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01471734433736095354480/cuaderno8/Doxa8_16.pdf?portal=4.

processo, mas é a expressão de uma tomada de decisão legítima e racional, na qual todos os envolvidos tenham condições de participar e condicionar o pronunciamento revelado.

A ideia de influência ultrapassa, assim, o entendimento de que somente os atos que possuiriam uma coação como sanção (no caso de eventual descumprimento) teriam o condão de modificar, substituir ou mesmo condicionar a conduta de outro sujeito. Isto porque, em uma democracia na qual os cidadãos participam ativamente das deliberações governamentais, não se verificaria plausível atrelar toda e qualquer forma de “poder” à atuação coercitiva que o ato possa vir a ter. É inegável que a comunidade partícipe das atuações estatais condiciona a conduta dos administradores, ao passo que, é inquestionável que os cidadãos comuns não possuem meios coercitivos de fazer valer sua vontade.

Obviamente que a influência prescinde de um elemento para sua propagação, e o diálogo é o meio através do qual ocorre a sua dissipação. Eis a razão e importância do atual estágio do Estado Democrático de Direito, pois somente em ambientes nos quais se permitam a interação entre agentes públicos e indivíduos é possível alcançar o estímulo necessário para fazer frente ao comportamento de determinado sujeito.

Trabalha-se, pois, com a visão de que as pessoas inseridas dentro de uma sociedade plural, mas com iguais condições de manifestação – ou seja, em um espaço público de deliberação –, tenham possibilidades de expor seus argumentos, inculcando suas razões na mente de outrem. O convencimento, a persuasão e a força dos fundamentos são as “armas” dos interlocutores neste ambiente de diálogo amplo e racional.²³³

A influência, pois, representa “qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, (...) motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso”.²³⁴

E quanto ao aspecto jurisdicional, o processo é *locus* propício para o desenvolvimento da influência, afinal, a contraposição das ideias de autor e réu é ideal para a inclusão do diálogo e condicionamentos recíprocos. E mais, o processo democrático permite manifestações de outros sujeitos que não aqueles envolvidos diretamente na relação jurídica,

²³³ No presente trabalho, impossível se mostra o desenvolvimento a respeito deste ambiente de deliberação pública, ou seja, sua amplitude, racionalidade, forma do debate, *etc.* De qualquer forma, faz-se necessário ressaltar que as ideias ora desenvolvidas são embasadas nos ensinamentos de Habermas, que ressalta a necessidade de um espaço público de diálogo intersubjetivo e racional. Sobre o tema, ver HABERMAS. Jürgen. **Facticidad y Validez - sobre el derecho y el Estado democrático de derechos en términos de teoría del discurso**. Madrid: Trotta, Madrid, 2001. Ademais, a própria democracia pressupõe a efetiva participação dos integrantes da sociedade, não mais prevalecendo o vetusto entendimento de que o regime equivaleria a decisões majoritárias.

²³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno ... Op. cit.**, p. 114.

os quais também têm o poder de influir na conduta dos integrantes dos polos da demanda e do próprio magistrado. Ainda mais: o juiz, alvo dos argumentos dos participantes do processo, deixa de ser sujeito condicionado para ser também sujeito condicionante, o que se verificaria através de suas manifestações ordinatórias e até mesmo na sentença – não se pode olvidar que no discurso intersubjetivo, as razões apontadas visam, em última análise, a um pronunciamento judicial sobre determinado direito.

E o contraditório é o meio pelo qual a influência adentraria no terreno processual. O debate permitido pelo remodelado princípio, tendo a participação como elemento norteador, permite transformar o processo no cenário propício ao diálogo entre as partes, simbolizando, assim, o propalado espaço de deliberação pública.²³⁵

O que não pode ser despercebido é que o direito de influir percorre todos os atos do processo e deve ser respeitado em todas as manifestações de partes, juiz e demais sujeitos. A cada revelação de novos fatos ou novos fundamentos, deve-se oportunizar aos sujeitos a exposição de seus entendimentos, com o intuito de condicionar a atuação de outrem, seja modificando a posição inicial ou mesmo ratificando-a, mas por outras razões que não aquelas verificadas até o momento de instauração do diálogo.²³⁶ O importante, e que deve servir de ponto de partida para a influência, é que toda e qualquer exposição de razões no processo deve garantir uma contrarresposta dos demais sujeitos envolvidos, para que também possam convencer quem quer que seja de sua posição.²³⁷

E conforme já relatado, o conceito de influência possibilita que se remodele a definição dos sujeitos do processo, alargando sua compreensão para agregar indivíduos não comumente associados à relação jurídica material e processual. O contraditório como direito de influir permite que à lide seja integrada toda e qualquer pessoa que, de alguma forma,

²³⁵ Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Op. cit.* p. 456, quando assim afirma: “*In questo contesto, osserviamo che la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisori statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista.*”

²³⁶ Neste sentido, interessante o texto de REDONDO, Bruno Garcia. Réplica, Tréplica e Quadrúplica no direito processual civil: esmiuçando o estudo de relevantes institutos desprestigiados. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 215, jan. 2013, p. 87 e seguintes, que traz uma abordagem sobre a necessidade conceder prazo às partes para manifestação quando em defesa e réplica forem suscitados fatos não abordados pela inicial. O apontamento necessário fica por conta de que a oportunidade de manifestação deve ocorrer em toda e qualquer fase do processo, desde que postas situações ainda não debatidas pelos sujeitos processuais.

²³⁷ Neste ponto é que Antonio do Passo Cabral sustenta a reflexividade da influência, além de seu caráter autorreferencial, assim destacando: “Ou seja, (b) ao argumentar racionalmente, o participante antecipa a reflexividade, projetando as futuras objeções do *alter* e as incorporando virtualmente a suas afirmações e atos.”, em **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*, p. 125. O autor continua ao afirmar que o comportamento de um sujeito somente pode ser completamente compreendido quando observadas as reações de outro(s) sujeito(s), por isso que, ao seu entender, a “reação supõe a alteridade”.

possa apresentar informações que auxiliem no deslinde da controvérsia instaurada, como é o caso do *amicus curiae* e dos participantes de uma audiência pública.²³⁸ A ideia é que estes sujeitos, ao se manifestarem, também tenham condições de influir e condicionar a atuação dos sujeitos do processo.²³⁹

O poder dos atos de comunicação no processo, como elemento que pode condicionar o comportamento de outrem, legitima ainda mais a atuação jurisdicional, pois não só concretiza o ideal de uma democracia participativa, mas também propicia ao sujeito atuar conjuntamente na construção da decisão judicial. O sentimento de colaborar com a emissão do pronunciamento do Direito pelo juiz, é fator relevante no contingente de um processo marcado por manobras jurídicas visando a postergação do fim da controvérsia. Mas, para tanto, não basta ao sujeito participar, é necessário que sua participação seja efetiva ao ponto de ver suas razões consideradas na decisão proferida.

3.1.3 Conclusão parcial sobre o contraditório

O que se pode perceber de toda a explanação realizada é que o contraditório contemporâneo ampliou seu conteúdo para poder abarcar os ideais advindos do constitucionalismo reavivado com o Estado Democrático de Direito pós-Segunda Grande Guerra.

O implemento de novas facetas ao contraditório permite a concretização da democracia (no Judiciário) em seu verdadeiro cerne, aquele no qual os cidadãos efetivamente participam das atividades estatais. Vai-se, portanto, para além da representatividade costumeira, na qual os cidadãos delegavam por meio do voto (ou outra forma de representação legalmente prevista) as condutas deliberativas do governo.

Participar, em condições de igualdade, por meio de manifestações probas e leais, e com amplas possibilidades de condicionar e influir na decisão judicial é o mote de um contraditório inserido em um ordenamento eivado de garantias fundamentais que protegem os cidadãos contra o Estado e lhes outorgam direitos exigíveis frente às autoridades governamentais. O juiz, lado outro, também se insere na participação, sendo-lhe ainda

²³⁸ Em sentido semelhante, CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Op. cit.*, p. 459.

²³⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno ...** *Op. cit.*, p. 127 e seguintes.

oponíveis obrigações visando à concretização dessa ampla garantia que encerra o contraditório.

Uma decisão construída com o apoio de todos os partícipes do processo é, ainda, a garantia da legitimidade “faltante” ao Judiciário, questão suscitada por alguns críticos da atuação jurisdicional atual. Se nos atos de Legislativo e Executivo o voto simbolizaria a atuação indireta da população (por meio de seus representantes), no processo democrático, a participação direta das partes, juiz e demais sujeitos, evidenciaria a presença da sociedade no ambiente processual, garantindo a devida e almejada legitimidade democrática do Judiciário.

Cândido Rangel Dinamarco sumariza, com maestria, o núcleo da garantia ora trabalhada: “não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento sem contraditório”.²⁴⁰

3.2 O princípio da motivação das decisões judiciais

Elevada a direito fundamental do cidadão, com previsão no art. 93, IX, da CRFB/88, a necessidade de motivação das decisões judiciais é, antes de tudo, uma necessidade dos Estados Modernos. Trata-se de uma condição imprescindível para a adequada atuação do Poder Judiciário. Segundo Calamandrei “a motivação é o sinal mais importante e mais típico da racionalização da função jurisdicional”.²⁴¹

A apresentação de fundamentos para justificativar os pronunciamentos de juízes visa a combater, acima de tudo, arbitrariedades, autoritarismos e subjetivismos no momento de decidir.²⁴² Representa uma verdadeira demonstração de evolução em relação aos sistemas que

²⁴⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de Processo Civil**. *Op. cit.*, p. 218-219.

²⁴¹ CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Casa Editrice A. Morano, 1965, v.1, p. 664, no original: “*Il segno più importante e più tipico della ‘razionalizzazione’ della funzione giurisdizionale è la motivazione*”. O grande contraponto que se faz ao autor refere-se à natureza jurídica da motivação, para quem a sentença seria um ato de vontade, o que não se ajusta à noção atual, senão veja-se: “*La motivazione è una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la ‘razionalizzazione’ del senso di giustizia; è la dimostrazione, che il giudice vuol dare a sè stesso prima che alle parti, della ratio scripta che convalida la scoperta nata dalla sua intuizione*” (*Idem*, p. 668).

²⁴² Discorrendo sobre a evolução histórica e sobre a necessidade de expor os motivos da decisão, assim destaca Calamandrei: “*Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l’uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta; e a persuadere la parte soccombente che la sua condanna è stata il necessario punto di arrivo di un mediato ragionamento e non frutto improvvisato di arbitrio e di sopraffazione.*”, *Ibidem*, p. 644. E ainda SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Op. cit.*, p. 22, quando assim questiona: “*Afinal, para que teria servido a exigência de fundamentação das sentenças, senão para impedir o arbitrio? (...)*”.

vigiam nos modelos de Estado de outrora, afinal permite a ciência e o esclarecimento dos motivos do pronunciamento judicial.

O Estado de Direito é o “Estado que se justifica”,²⁴³ motivo porque Calmon de Passos destacou que, “decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado de Direito Democrático”.²⁴⁴

A positivação do dever judicial de expor as razões de decidir é imprescindível. Por mais que se defenda a existência de normas implícitas ou mesmo derivativas, é a expressa menção à garantia de ter um pronunciamento justificado que desperta a confiança da sociedade na resposta jurisdicional, além de legitimá-la, é claro.²⁴⁵

É importante salientar que a motivação não é uma ilha isolada das demais garantias previstas no ordenamento. Em verdade, ela é um dos principais componentes do feixe de direitos inalienáveis conferidos pela Constituição para a proteção da sociedade. O entrelaçamento destes direitos dá azo ao devido processo legal, cujo escopo é propiciar aos jurisdicionados a prévia ciência do rito legalmente estabelecido – as partes têm conhecimento do *iter* processual e o juiz o dever de segui-lo –, além de determinar a obediência e a concretização das demais garantias processuais presentes no ordenamento, alcançando o proclamado processo justo.²⁴⁶

O grande mote da motivação das decisões judiciais seria a sua visualização como regra de fechamento,²⁴⁷ afinal aferível, com maior vigor, no último ato processual por excelência, qual seja, a sentença. Esta característica propiciaria à motivação a condição única de servir de

A síntese realizada por Canotilho elucida bem o que será exposto no presente tópico, sendo que o professor português destaca as seguintes atribuições desta garantia: “a) controle da administração da justiça; b) exclusão do caráter voluntarístico e subjectivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; c) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo, um recorte mais preciso e rigoroso das decisões judiciais recorridas.”, em CANOTILHO, Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 667.

²⁴³ Segundo TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione** ... *Op. cit.*, 462, que se utiliza da expressão de Brüggemann. Também citando o excerto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. *In: Temas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2ª série, 1988, p. 89.

²⁴⁴ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 220.

²⁴⁵ Antes mesmo de sua previsão expressa na Constituição, Barbosa Moreira já defendia a necessidade de sua inclusão no texto da lei maior. Cfr. BARBOSA MOREIRA. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Op. cit.*, p. 94-95.

²⁴⁶ Estas definições abraçam o devido processo legal em seus dois aspectos, o formal e o substantivo. A respeito ver LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. *In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 15-30.

²⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573. O autor vê a motivação das decisões como a “última garantia processual (...), que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema”. Maiores apontamentos em nota 89, *supra*.

fonte de verificação do cumprimento e concretização das demais garantias fundamentais, formando juntamente com o contraditório, o núcleo estrutural do devido processo legal.²⁴⁸

A previsão de fundamentar as decisões judiciais pode ser desenvolvida em quatro linhas diferenciadas, ou seja, é um princípio jurídico, um dever do julgador, um direito individual e uma garantia para administração pública.²⁴⁹

A combinação destes elementos que compõe a motivação das decisões judiciais forma o seu núcleo estrutural e permite a sua análise na esteira do que se pretende defender: somente pode ser considerada justificada uma decisão judicial quando observados todos os fundamentos de fato e de direito discutidos pelas partes no processo, desde que, aptos a modificar o resultado da demanda. Isso inclui o dever de apresentar tanto as justificativas pelas quais se acatam determinados pontos, como as razões para refutarem-se outros.

A motivação das decisões judiciais, dentro do quadro democrático, impõe ao juiz o devido respeito ao diálogo existente entre as partes e o obriga a justificar sua tomada de posição analisando, de forma detalhada e convincente, todas as questões e pontos por elas discutidos. Este viés da motivação das decisões judiciais destaca o seu sentido político, que no atual momento, requer, também, a obediência dos preceitos legais e a efetivação dos direitos fundamentais.²⁵⁰ Ainda que estes apontamentos possam confundir-se com as funções da motivação das decisões, sua exposição, neste intróito, é premente, pois se associa ao que foi

²⁴⁸ Para os integrantes da denominada “escola mineira de processo”, além do contraditório e da fundamentação das decisões, a imparcialidade e a ampla argumentação integrariam e consubstanciarão o “devido processo constitucional”, cuja ideia advém do “modelo constitucional de processo” proposto por Andolina e Vignera (ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: Giappichelli, 1997). A respeito ver DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In: Processo Civil Reformado*. DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 567-576; e ainda DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, nº 5, jun. 2010, p. 230-260. Os autores mencionados citam diversas outros autores daquela mesma escola que ratificariam suas conclusões.

²⁴⁹ CARDOSO, Oscar Valente. O aspecto quádruplo da motivação das decisões judiciais: princípio, dever, direito e garantia. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, n. 111, jun. 2012. Segundo o autor, a motivação é um princípio pois é “uma norma de caráter geral e abstrato, um *standard* ou um mandado de otimização, incidente sobre os processos judiciais” (p. 100); é um dever do julgador, “porque é um requisito formal de suas decisões (...) cuja inobservância importa na nulidade” (p. 100); é um direito individual “por evitar abusos e arbítrios do Judiciário na condução e no julgamento dos processos” (p. 100); e é uma garantia para a administração pública “pois assegura que a Constituição e as demais normas jurídicas emanadas do Poder Público seja devidamente aplicadas” (p. 101-102).

²⁵⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Garantia de Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. *In: Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos vinte anos da Constituição da República de 1988*. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 59-62.

dito inicialmente sobre o principal escopo da previsão constitucional do art. 93, IX, qual seja, demonstrar a evolução do modelo estatal vigente e combater atuações parciais e arbitrárias.²⁵¹

Porém, justificar não é demonstrar o *iter* psicológico realizado pelo magistrado ao decidir o caso – contudo, este pode fazer parte da motivação, desde que o procedimento seja parte da explicação da decisão – e sim desenvolver e expor motivos que demonstram que “a decisão se funda em bases racionais idôneas para fazê-la aceitável”.²⁵²

Eis a natureza jurídica da motivação das decisões judiciais, qual seja, é um discurso justificativo no qual o juiz enuncia e desenvolve as razões que fundamentam a legitimidade, legalidade e a racionalidade da decisão,²⁵³ ou, simplificadamente, “dar razões que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo”.²⁵⁴

Mas motivar uma decisão não é apenas transformá-la em um instituto de apresentação de argumentos racionais, conforme almejado pelos governantes e governados de um Estado de Direito. Há um pressuposto para que a decisão judicial se mostre válida, qual seja, a

²⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *Op. cit.*, p. 18, que destaca: “O preceito da motivação é de ordem pública. Ele é que põe a administração da justiça coberto da suspeita dos dois piores vícios que possam manchá-la: o arbírio e a parcialidade”.

²⁵² Cf. TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Madri: Editorial Trotta, 2005, p. 435 (“*la decisión se funda sobre bases racionales idóneas para hacerla aceptable*”). Em minúcias, assim expõe Taruffo sobre a verdadeira natureza da motivação das decisões judiciais: “*El designatum (entendido como significado interno) está integrado por el conjunto orgánico de los significados propios de las proposiciones que componen el discurso, mediante las cuales el juez expresa los argumentos destinados a justificar, es decir, a volver racionalmente válida, legítima y aceptable la decisión. El designatum es, pues, el conjunto de argumentaciones con base en las cuales el juez presenta la decisión como algo fundado. El denotatum (entendido como el objeto del cual se habla, y al cual son referidos los significados expresos) se compone por las razones que el juez consideró idóneas y relevantes como fundamento racional de la decisión. El denotatum es pues, el razonamiento justificativo que el juez plantea como sostén de la decisión.*” (TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 131). Neste momento, também é importante destacar o desenvolvimento dos contextos de descoberta e de justificação, os quais representam dois momentos distintos do raciocínio judicial e que permitem qualificar a motivação da decisão como um discurso justificativo (apesar de criticável, pois cindir o raciocínio é deveras complexo, a distinção ajuda na demonstração da natureza da motivação). O primeiro (contexto de descoberta) estaria atrelado à decisão em si; seria uma atividade na qual o julgador desenvolveria seu raciocínio lógico e encontraria a decisão do caso. Num segundo momento (contexto de justificação) o juiz desenvolveria o seu raciocínio justificativo para motivar a decisão encontrada. Perceba-se que a diferença é estrutural e demonstra que a motivação não pode ser vista como um reflexo do raciocínio lógico do juiz para “descobrir” a decisão. Sobre o tema, ver TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 520-522. Ainda, TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 249-250, quando assim destaca sobre a relação existente entre o raciocínio decisório e o justificativo: “*El nexo entre procedimiento decisório y motivación no puede, pues, ser visto en una pretendida coincidencia entre las ‘razones reales’ y los ‘motivos expresos’ de la decisión, sino más bien en el hecho de que la motivación tiende a proporcionar la justificación de aquello que representa el resultado del procedimiento decisorio, es decir, de la decisión, entendida como el contexto de enunciados en los cuales están expresadas las elecciones ‘finales’ a las que llegó el juez.*”.

²⁵³ TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia*. *Op. cit.*, p. 520.

²⁵⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Garantia de Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988*. *Op. cit.*, p. 67.

necessária correlação lógica entre a motivação e o decidido²⁵⁵ (parte dispositiva da sentença). Assim, ultrapassado esse elemento de validação da decisão, o objetivo principal da motivação dos provimentos jurisdicionais é permitir sua controlabilidade, pelas partes e pela sociedade, de modo a alcançar o respeito ao ordenamento jurídico como um todo.

A adequada fundamentação da decisão judicial é o marco de referência para a verificação do respeito a todas as demais normas processuais garantistas previstas na Constituição da República. O ponto nodal, todavia, é demonstrar o que seria uma adequada motivação dos provimentos jurisdicionais e como funciona sua atuação frente às demais normas fundamentais. É o que se pretende expor adiante.

3.2.1 As funções da decisão judicial

No primeiro capítulo discorreu-se sobre a evolução histórica do dever de motivar as decisões judiciais e o consequente desenvolvimento de uma regra que se referia apenas ao processo em si (ou seja, aos sujeitos do processo e à boa técnica processual – concepção endoprocessual), para uma ideia mais ampla, fora das balizas do processo, na qual toda a sociedade teria interesse na publicidade das justificativas do magistrado (concepção extraprocessual).

Rememore-se que a determinação de motivar as decisões judiciais nos séculos XVII e XVIII cingia-se ao primeiro elemento destacado – certo também que esta obrigação advinha de uma norma de caráter legal –, ao passo que hoje, cada vez mais se corporifica a presença do segundo elemento, que somente pôde ser mais bem analisado a partir do segundo quartel do século XX.²⁵⁶

²⁵⁵ Dissertando a respeito do que seria motivar uma sentença, momento no qual discorda daqueles que entendem que é conhecer os mecanismos psicológicos da decisão, assim afirma Libman: “O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógico e coerente, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente”. LIEBMAN, Enrico Tulio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 1983, v. 29, p. 31.

²⁵⁶ Conforme informa TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 334, em nota de radapé 131, estas concepções a respeito da obrigação de motivar as decisões judiciais e suas adoções pelos diferentes ordenamentos podem ser sintetizadas em: “a) ausencia de la obligación de motivación; b) obligación impuesta siguiendo la concepción endoprosesual; c) obligación impuesta tanto según la concepción endoprosesual como según la concepción extraprosesual; d) obligación configurada esencialmente siguiendo la concepción extraprosesual.”. Sobre os momentos em que cada uma prevaleceu, ver p. 335, quando afirma: “El elemento de mayor relevancia, al respecto, tanto en nuestro ordenamento como en otros, es que, aunque, por una parte, la obligación de la motivación se coloca en el nivel de la normativa ordinaria a partir de las codificaciones de la segunda mitad del siglo XVIII e se generaliza con las codificaciones procesales del siglo

Vê-se, pois, que as concepções acima destacadas influem diretamente na análise das funções da motivação. A endoprocessual está lastreada na tecnicidade do pronunciamento e é questão interna ao processo, afeta apenas aos sujeitos integrantes da relação jurídica discutida. Já a concepção extraprocessual expande suas raias para fora do próprio ambiente processual; sua ligação é com o viés constitucional e garantista da motivação das decisões, cujo fim último é propiciar o conhecimento das razões pelos cidadãos e possibilitá-los o respectivo controle.²⁵⁷

A correta determinação das funções atribuídas à motivação das decisões judiciais deve observar conjuntamente as concepções endo e extraprocessual.

O Estado Democrático de Direito tem seus olhos voltados para a sociedade e para a legalidade, de nada adianta um governo pautado pelas deliberações da maioria, se à minoria não é dado espaço de atuação, ficando constantemente subjugada. Ademais, as leis devem ser elaboradas no espectro de proteção dos cidadãos, prescrevendo-lhes direitos e obrigações. A situação adequa-se perfeitamente à questão da motivação das decisões judiciais.

Os maiores interessados nas razões do pronunciamento judicial são as partes e o juiz – concepção endoprocessual. Os primeiros porque são os seus direitos que estão sob julgamento e nada mais justo a sua ciência a respeito dos motivos que determinaram a viabilidade ou não da postulação realizada. Já o segundo, órgão decisor, tem na exposição das justificativas, simultaneamente, a arma e o escudo do exercício de sua atividade.

Mas à sociedade também interessa saber as razões do pronunciamento judicial. Conforme discorre a Constituição no seu artigo 1º, parágrafo único, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Ora, os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, assim, para que a determinação constitucional possa ser cumprida, o controle há que ser direto. E a situação somente se concretizará se os motivos das decisões forem explícitos²⁵⁸ – concepção extraprocessual.

XIX (...). *La afirmación del principio de obligatoriedad de motivación como principio fundamental, en cambio, es un fenómeno muy reciente (...) que lo podemos encontrar, seguramente, sólo después de la Segunda Guerra Mundial, (...).*”

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia. *Op. cit.*, p. 516-517.

²⁵⁸ Além da motivação, é mister que as decisões jurisdicionais sejam públicas, todavia, para não desvirtuar do tema, fica o registro da necessária publicidade dos atos do Poder Judiciário, sem se aprofundar mais sobre suas nuances. O referido princípio é expressamente previsto no rol de garantias fundamentais do cidadão vide art. 5º, LX, combinado com o art. 93, XI, ambos da CRFB/88, que assim determinam, respectivamente: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” e “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. Sobre o princípio da publicidade, GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil: introdução ao direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 556 e

Reitera-se, a análise das funções da motivação das decisões judiciais somente pode ser plenamente realizada com a apreciação de ambas as concepções suscitadas e com cada uma de suas características examinadas.

3.2.1.1 A concepção endoprocessual

A primeira função destacável é o caráter persuasivo da motivação. Atrelado à concepção endoprocessual e direcionada especificamente às partes do processo, a exposição das razões de decidir teria como substrato convencer as partes da bondade e da justiça da decisão.²⁵⁹ O juiz teria como obrigação demonstrar aos sujeitos do processo que a sua decisão não apenas respeitou o direito vigente, como também provar-lhes que é a que melhor se adequaria ao caso discutido.

Mas o grande mote do viés persuasivo é evitar ou afastar eventual impugnação à decisão – destacando que esta situação pode, igualmente, ser encarada como uma função autônoma da motivação. Se as partes se mostram convencidas de que a decisão proferida é realmente o espelho do ordenamento vigente, não haveria razões para recorrer a um tribunal hierarquicamente superior, afinal o resultado seria o mesmo.²⁶⁰ Tanto as partes quanto o Estado ganhariam neste aspecto, os primeiros porque solveriam desde logo o conflito e o direito caberia a quem devido; o segundo pois, além da pacificação social, o ordenamento permaneceria resguardado e a entrega da tutela estatal se daria em tempo razoável.

Lado outro, havendo erros na decisão, são as justificativas expostas pelo órgão decisor que auxiliam na elaboração do recurso a ser interposto. Através da exposição das razões da decisão, aos sujeitos do processo facilitam-se a apresentação das razões pelas quais o pronunciamento do juízo recorrido não prevaleceria.

Esta situação, contudo, não beneficiaria apenas às partes, mas também ao juízo recorrente – e esta seria uma segunda função atribuída à concepção endoprocessual. Assim, apresentando o magistrado sentenciante as razões de seu convencimento, e impugnada a

ainda GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*, ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

²⁵⁹ TARUFFO, Michele. *La Motivación de la Sentencia Civil*. *Op. cit.*, p. 336.

²⁶⁰ Digno de nota o comentário de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Op. cit.*, p. 86, que a respeito desta questão ressalta a existência deste viés persuasivo que teria o condão de evitar a interposição de recursos, porém afirma que na prática forense este aspecto é desmentido.

decisão proferida, notório que a tarefa de revisão do julgado pelo juízo *ad quem* restaria facilitada e melhor delimitada com os fundamentos conferidos ao pronunciamento.²⁶¹

Todavia, críticas podem ser direcionadas à função em espeque. O principal questionamento refere-se às decisões proferidas pelos tribunais de última instância ou em razão das decisões não recorríveis.

Nestes casos permaneceria a dúvida a respeito da necessidade de expor as razões de decidir, afinal nenhuma valia teria a apresentação de justificativas se, de uma forma ou de outra, as partes terão que se contentar com o pronunciamento dado.²⁶²

Mas vai-se além, como no caso de, independentemente da correção da decisão, as partes decidissem não recorrer do julgado. Enxergar uma função meramente endoprocessual seria equivalente a condenar a motivação como inútil nestes casos – a estrita vinculação com a impugnação do pronunciamento legitimaria a ausência de justificativas para a deliberação judicial. Não parece ser essa a lógica do sistema processual, pelo menos não o atual.

Outra função que pode ser aferida desta concepção é aquela relacionada à exata definição e enquadramento do direito afirmado pelo juiz, bem como a extensão de seus efeitos. Já se discorreu que a persuasão teria como efeito a demonstração da correção da decisão em relação ao direito vigente. Neste aspecto, o que se objetiva é a verificação da adequada individualização dos fatos ao direito na decisão proferida. Com esta função, impede-se, igualmente, que o magistrado possa fugir das balizas estabelecidas pelas partes com a apresentação da petição inicial e da defesa, evitando, via de consequência, que o pronunciamento produza efeitos para além da postulação. Fica claro que o papel desta atribuição da motivação é permitir o controle de legalidade da decisão pelas partes.²⁶³⁻²⁶⁴

É inegável a importância da função endoprocessual da motivação das decisões.²⁶⁵ Mesmo porque, sua estreita relação com a impugnação da decisão revela um aspecto racionalizador do sistema processual – situação que caracterizaria outra função desta

²⁶¹ TARUFFO, Michele. La Motivación de la Sentencia. *Op. cit.*, p. 517.

²⁶² TARUFFO, Michele. La Motivación de la Sentencia. *Op. cit.*, p. 517.

²⁶³ TARUFFO, Michele. **La Motivación ...** *Op. cit.*, p. 339-340.

²⁶⁴ Esta função é correlata à determinação objetiva do julgado, inerente à concepção extraprocessual, sobre a qual se discorrerá no tópico. 3.2.1.2 *infra*. No entanto, a última teria uma abrangência mais ampla, ao passo que a apresentada neste momento restringir-se-ia às partes do processo.

²⁶⁵ CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. ... *Op. cit.*, p. 665 chega a afirmar que a garantia de impugnação contra a decisão judicial é a função mais jurídica da motivação das decisões judiciais, senão veja-se suas palavras: “*la motivazione ha anche un'altra funzione più strettamente giuridica: quella di metter le parti in condizione di verificare se nel ragionamento che ha condotto il giudice a decidere in quel certo modo, sia ravvisabile alcuno de quei difetti che danno àdito ai varí mezzi di impugnazione.*” Para o autor italiano, era a motivação que propiciava a impugnação, sendo que “*dove non è prescritta la motivazione, la impugnazione non è ammessa*”, *Ibidem*.

concepção –, qual seja, permitir a correção de eventuais vícios existentes através de um melhor e mais amplo controle realizado pelas partes – o que se verificaria em razão do enquadramento jurídico da causa.²⁶⁶ Acrescente-se que esse fator de racionalização estende seus efeitos para a própria técnica processual, que fica mais acurada com a exposição dos motivos – inegável que as justificativas a respeito da tomada de posição constituem um fechamento racional da atividade jurisdicional.

E mais. Através desta possível correção de vícios consegue-se efetivar outro direito das partes: o duplo grau de jurisdição. Permite-se que os sujeitos do processo possam se irredimir contra o pronunciamento e, igualmente, elevam as chances de alcançar a correção da decisão,²⁶⁷ o que também evidencia a racionalização desta função.

Todavia, ainda que sumamente relevante para o processo, os pontos falhos antes destacados denotam a inegável insuficiência que esta função, individualmente analisada, possui. Ela, por si só, não sobreviveria dentro de um Estado Democrático, ainda mais quando o objetivo está em transferir para a sociedade o controle sobre os atos estatais. Assim, sua análise é necessária, mas tem que ser conectada a outros fatores.

3.2.1.2 A concepção extraprocessual

A concepção extraprocessual da motivação das decisões judiciais pode ser sistematizada em três funções bem delimitadas: a) caráter instrumental; b) fator de determinação objetiva do julgado; e c) elemento de racionalização da jurisprudência. São elas que, em análise conjunta, determinam a verdadeira razão para se estabelecer uma obrigação generalizada de motivação das decisões judiciais, qual seja, um controle externo do processo realizado por toda a sociedade.

A primeira das funções destacadas, instrumentalidade, já foi analisada anteriormente e sua definição foi muito bem delineada por Luigi Ferrajoli, para quem a motivação das decisões judiciais seria uma “última garantia processual (...), que tem o valor de uma garantia de fechamento do sistema”.²⁶⁸

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 338.

²⁶⁷ Cfr. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia de motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. *Op. cit.*, p. 64.

²⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 573. Ver ainda notas 89 e 247, *supra*.

Mas a motivação das decisões é mais do que uma última garantia processual. Ela também é *locus* de verificação do cumprimento e concretização das demais garantias processuais. Através dos fundamentos do pronunciamento é possível verificar, *v.g.*, a equalização das partes na questão da aplicação dos precedentes; a imparcialidade²⁶⁹ ou a independência do juiz; permitir a aferição da participação das partes através do respeito ao contraditório, entre outras. A própria legalidade é observada neste viés da motivação das decisões, destacando que, na atual vertente, tem sua atribuição expandida para além das partes processuais.

Eis a razão de já ter-se afirmado em outra passagem que a motivação das decisões judiciais representa o “fim e o fim do processo justo”.²⁷⁰ Primeiro, porque ela é uma regra de fechamento, conforme salientado por Ferrajoli, sendo um verdadeiro requisito formal de encerramento do processo. Em segundo lugar, pois somente com a exposição dos fundamentos do pronunciamento é que será possível aferir a implementação das garantias processuais constitucionais conferidas a todos os cidadãos – por isso que seu desrespeito no processo não pode ser analisado apenas no aspecto subjetivo da parte, pois sua ofensa atenta contra a sociedade como um todo –, com a obtenção do que a doutrina se acostumou a denominar de processo justo.²⁷¹

A segunda função destacada é de certa forma coincidente com aquela que se expôs outrora quando se discorreu sobre a concepção endoprocessual. A diferença ficaria por conta de seu espectro de abrangência: toda a sociedade.

Desta feita, é por meio da motivação que os juízes podem demonstrar que suas razões de decidir são suficientemente válidas e boas; conseqüentemente o pronunciamento se torna melhor aceitável e demonstra sua coerência com o ordenamento vigente. É, pois, através da determinação objetiva do julgado, ou seja, mediante a exata definição do conteúdo do pronunciamento que se pode começar a falar em legitimação da decisão. Como bem ressalta Taruffo, pelas razões de decidir pode-se verificar que a sentença “mostra que responde a critérios que guiam o ordenamento e governam a atividade do juiz”.²⁷² A melhor aplicação do

²⁶⁹ Segundo BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de Direito. *Op. cit.*, p. 87, “só pelo exame dos motivos em que se apóia a conclusão poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes.”

²⁷⁰ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto Legitimador. *In: Processo Constitucional*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 619.

²⁷¹ Sobre o processo justo ver notas 42 e 176, *supra*.

²⁷² TARUFFO, Michele. La obligación ... *In: Páginas ... Op. cit.*, p. 518. No original: “*muestra que responde a criterios que guían el ordenamiento y gobiernan la actividad del juez*”.

direito depende da eleição das premissas que as escora. A adequação desta subsunção é matéria afeita à sociedade como um todo.

O terceiro elemento suscitado diz respeito à uniformização da jurisprudência – que é consequentemente atrelado ao segundo, pois depende da adequada e correta determinação do julgado. No primeiro capítulo foi destacado que nos países da *common law* (com exceção para a recente modificação na Inglaterra) não haveria uma regra escrita determinando a motivação das decisões judiciais. No entanto, ainda que ausente uma prescrição expressa, a prática forense demonstrava que os tribunais justificavam seus pronunciamentos; um dos motivos suscitados, a essência do sistema de precedentes.

Não é o foco do presente estudo a abordagem da questão dos precedentes, porém é fato que sua estrutura se desenha sobre os fundamentos da decisão judicial – a identificação de um caso com outro depende da apreciação dos motivos (ou mais tecnicamente, da *ratio decidendi*) entre os julgados comparados.

O tribunal, instância de aplicação do direito posto, tem como atribuição conformar os seus julgados ao ordenamento jurídico, e tratando-se de demandas iguais, sua decisão deve ser a mesma para ambos os casos. Observa-se que as razões apontadas para demonstrar a identidade de casos e a necessidade de conferir a mesma decisão de outrora se embasa nos fundamentos dados pelo juiz para justificar a decisão. Neste sentido, as razões de decidir utilizadas, precipuamente pelos tribunais de impugnação e pelas cortes superiores, têm como fim convencer os demais magistrados a decidir do mesmo modo quando defronte a casos similares ao julgado paradigma.²⁷³

Assim, mais do que propiciar um controle de legalidade para as partes em relação ao pronunciamento do juiz (de uma decisão impugnável), a motivação, vista em um aspecto global, objetiva o controle de legalidade em relação à sociedade como um todo – a unificação da jurisprudência teria esta função.

A formação de um precedente judicial permite a adoção de um mesmo direito para casos semelhantes, prestigiando a igualdade e a segurança jurídica, seja através da previsibilidade que se espera do aplicador do direito e, consequentemente, da estabilidade que as decisões judiciais adquirirão, seja através da confiança depositada nas decisões pretéritas e

²⁷³ TARUFFO, Michele. La obligación ... In: **Páginas ...** Op. cit. p. 519.

de sua correção e adequação ao direito vigente. Estes pressupostos são basilares para uma racionalização e unificação da jurisprudência.²⁷⁴

Percebe-se, pois, que a exigência da obrigação geral da motivação das decisões judiciais somente se satisfaz ao observar as funções destacadas anteriormente, cuja finalidade é a tutela do ordenamento jurídico em relação à sociedade. A visão interna do processo é importante e suas atribuições são aplicáveis nos dias atuais, porém para se alcançar os escopos e ideais do Estado Democrático de Direito somente se se conjungarem as concepções endo e extraprocessual.

3.2.2 A controlabilidade das decisões judiciais

A demonstração das funções da motivação das decisões judiciais fez-se necessária para referendar seu fim último, qual seja, o controle da atividade jurisdicional pela sociedade.

A motivação, no espectro atual, tem como escopo demonstrar à sociedade que a atuação jurisdicional no ato de julgar não é irracional ou arbitrária. O juiz, obrigado a desenvolver os fundamentos de seu pronunciamento, presta contas aos cidadãos de sua tarefa, afinal ainda que a jurisdição seja um monopólio estatal, seu poder deriva do povo.

A superação da concepção puramente endoprocessual teve como causa a necessidade de ultrapassar as raias do processo e alcançar uma forma de controle que possa ser realizado por todos aqueles que se sujeitam ao comando legal.²⁷⁵ Conforme salientado quando se discorreu sobre a concepção extraprocessual, a aplicação adequada da lei – norte do Estado de Direito²⁷⁶ – é válida para a sociedade, e não apenas aos sujeitos da relação jurídica deduzida.

²⁷⁴ A respeito do precedente e sua conexão com a igualdade e com a segurança jurídica ver MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade e O precedente na dimensão da segurança jurídica**, ambos textos disponíveis em <http://www.marinoni.adv.br/artigos.php#>, acesso em 27 de janeiro de 2014.

²⁷⁵ Assim é o pensamento de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Op. cit.*, p. 90, quando expõe: “O pensamento jurídico de nossos dias propugna concepção mais ampla da *controlabilidade* das decisões judiciais, que não se adstringe ao quadro das impugnações previstas nas leis do processo. Não é apenas o controle *endoprocessual* que se precisa assegurar: visa-se ainda, e sobretudo, ‘a tornar possível um controle ‘generalizado’ e ‘difuso’ sobre o modo como o juiz administra a justiça’; e ‘isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados e o juiz da impugnação, mas também a opinião pública entendida seja no seu complexo, seja como opinião do ‘*quisquis de populo*’” – neste último excerto entre aspas, o processualista brasileiro cita a obra de Michele Taruffo, “*La motivazione della sentenza civile*”.

²⁷⁶ Sobre o Estado de Direito ver LAQUIEZE, Alain. *État de droit e soberania nacional na França*. In: COSTA, Pietro. ZOLO, Danilo. (orgs). **O Estado de Direito – história, teoria, crítica**. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. No texto, discorre-se que, nos termos da doutrina francesa, o Estado de Direito era analisado em um duplo viés: o Estado somente agiria conforme as previsões legais e estas previsões limitariam a atuação estatal – uma via de mão dupla.

O momento histórico do segundo quartel do século XX, época da derrocada dos regimes autoritários, demonstrava uma ânsia popular em retomar as rédeas do poder, o qual se encontrava centralizado nas mãos de poucos, coordenados por um déspota ligado a interesses mais subjetivos do que sociais. O renascer do espírito democrático dispersa essa concentração de poder, devolvendo ao povo o controle da ordem estatal. A representação foi uma forma estatuída para a implementação da soberania social; no entanto, é perceptível que ela não atingiu todas as esferas de deliberação.

Isto porque não se verificava a representatividade no Poder Judiciário. Apesar de previsto e legitimado pelas Constituições pós-guerra – pelo menos as Europeias e aquelas por elas influenciadas, como as sul-americanas –, o povo não elegia os integrantes do poder estatal que detinha (e ainda detém) a soberania absoluta em “dizer o direito”.²⁷⁷ O poder dos cidadãos advindo com a democracia representativa não seria observado na atuação jurisdicional.

Mas esta falta de representatividade da sociedade em relação ao Poder Judiciário é desmistificada com a obrigação de motivação das decisões judiciais – entendida na sua forma mais ampla, como um requisito ínsito a todo pronunciamento do juiz. Com o dever geral de justificar as decisões, o povo passa de representante a presentante, afinal sua atribuição

²⁷⁷ E esta questão ganha maior relevo porque a jurisdição, hoje, tem diversas facetas. Ela não se restringe à atuação concreta do direito ou criação da norma do caso concreto, conforme propalavam, respectivamente, Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti – mas isto não significa que esta atuação do juiz deixou de existir. Assim, a utilização da expressão “dizer o direito”, neste estudo, tem significado amplo, englobando não apenas a ideia acima defendida, mas também a preservação das garantias constitucionais, a judicialização de políticas públicas, a tutela dos interesses coletivos, a preocupação com a efetiva pacificação dos conflitos, entre outros. Para maiores incursões sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2009, p. 93-142 e ainda GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil – vol. I**. Rio de Janeiro: Forense, 2011 p. 55-90. Em suma, o atual modelo de jurisdição originou-se do modelo constitucional contemporâneo inaugurado, para a grande parte dos países do globo, no pós-Segunda Grande Guerra, com o reingresso da moral no Direito. Determinou-se, pois, uma abertura semântica das normas em razão da positivação nos textos jurídicos de cláusulas abertas e termos vagos – muitos deles representados por princípios. Assim, a presença destas normas tornou complexa a interpretação do ordenamento jurídico, impondo uma nova forma de ler a Constituição, v.g.. Isto porque, em razão da maior abertura semântica dos princípios, o seu cumprimento não se daria no critério “tudo ou nada”, como ocorre com as regras. Impôs-se, desta feita, o desabrochar de novos modelos de interpretação constitucional que não os clássicos (uma nova hermenêutica). Para maior compreensão sobre o tema ver, BARROSO, Luis Roberto. Neoliberalismo e a constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, *Op. cit.*; ÁVILA, Humberto. ‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>, acesso em 25 de janeiro de 2014 e ainda STRECK, Lenio Luiz. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as Possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. *In*: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 1-24. Ainda no que tange à jurisdição, tem-se a discussão sobre a arbitragem. Seria o instituto uma forma de delegação estatal do referido poder aos entes privados? O ponto é deveras nebuloso, havendo posições contrárias e favoráveis. Por razões de pertinência temática não se adentrará nesta celeuma.

precípua é permitir a possibilidade de os cidadãos verificarem a correção ou não da deliberação através dos fundamentos explanados.

A concepção extraprocessual da motivação surge com este intuito, apresentar uma forma de a sociedade poder controlar e resguardar o ordenamento jurídico e impor aos magistrados um senso de responsabilidade ao decidir um caso sob sua apreciação. As três funções da concepção extraprocessual elencadas no tópico *supra* são desenvolvidas para cumprir estes objetivos. A motivação das decisões judiciais resgata a última aresta perdida no âmbito da soberania popular. E neste contexto, pode-se dizer que a legitimidade da atuação jurisdicional acabaria por ser mais incisiva que aquelas dos demais poderes, uma vez que o exercício do controle pode ser feito direta e indiscriminadamente por cada cidadão.

O vetusto brocardo jurídico, “*quis custodiet ipsos custodes?*”,²⁷⁸ argumento utilizado pelos críticos da ampliação das funções jurisdicionais, é respondido através da obrigação geral e indiscriminada de expor as razões de decidir, cujo dever não encontra qualquer forma de restrição – rememora-se que a exposição ao público das justificativas pode ser limitada, mas a apresentação de razões para a decisão jamais (art. 93, IX, da CRFB/88).

Os juízes, guardiões do direito e integrantes do aparato estatal, devem ser controlados, assim como todos os demais poderes do Estado o são. Em uma verdadeira relação cíclica, o controle de todo e qualquer poder revolve a seu detentor, no caso, o povo. Os cidadãos, através da motivação das decisões, são aqueles que guardam e observam os guardiões que aplicam o direito.

O pensamento político e jurídico presente na perspectiva democrática mostra ser inviável a tentativa de compreender o Estado de Direito sem o dever geral de motivar as decisões judiciais. O poder que cabe única e exclusivamente ao povo deve ser exercido em todas as esferas de atuação e deliberação estatal. Com o Judiciário não poderia ser diferente. A sociedade tem o dever e o direito de conhecer os fundamentos da decisão não somente para controlar esta esfera do poder estatal, mas também limitá-la em sua atuação, evitando arbitrariedades. Ratifica-se o que se disse acima: se a prestação jurisdicional pelo Estado se

²⁷⁸ Em tradução livre, “quem guardará os guardiões?”. A expressão é atribuída a Juvenal, poeta romano nascido por volta de 45 a.C, quando escreveu a respeito do relacionamento entre homens e mulheres; mas, antes disso, o brocardo já teria sido discutido por Platão, na obra “A República”, especificamente quando dissertava a respeito da educação para os jovens. O sentido do questionamento, no caso do Poder Judiciário, referia-se justamente à falta de legitimidade dos juízes em criar o direito. Isto porque, não compondo o quadro de representantes do povo, sua atuação para além das margens das regras jurídicas representava uma afronta à soberania do povo. Ante esta falta de controle, questionava quem seriam os controladores do Poder Judiciário, que na ‘usurpação’ das competências dos demais poderes, poderia acabar controlando todos. Eis a razão do questionamento: “quem vigiará ou quem guardará os guardiões?”. E a resposta é: os próprios cidadãos.

mostra equivocada em determinado caso, a crise do direito não afeta apenas as partes do processo, mas tem potencial de afrontar o Direito para toda a população.²⁷⁹

Esta perspectiva democrática da motivação das decisões judiciais somente se fez possível, pelos menos no Brasil, com a previsão, constitucionalmente expressa, da necessidade de motivação de todos os pronunciamentos jurisdicionais.

O seu estabelecimento como garantia fundamental do homem é a mola propulsora das ideias ora defendidas e ponto nodal na revelação das funções ínsitas à motivação das decisões judiciais. Esta norma, presente no art. 93, IX, da CRFB/88, é uma das previsões mais importantes da Carta Magna brasileira, pois consagra não apenas uma diretriz jurídica, mas também política, afinal é ela quem permite sanar o abismo que existia entre a sociedade e o Poder Judiciário.

Em suma, e ratificando o que já se expôs, o controle do Judiciário é exercido não apenas pelos próprios integrantes deste Poder, como também pelas partes e pela sociedade. Inegavelmente, os cidadãos, como entes maiores de uma democracia, têm o direito de exercer sua soberania em qualquer nível de deliberação estatal, porém quando sua atuação é direta e indiscriminada, como no caso da atuação jurisdicional, a legitimação se mostra mais candente. E, essa legitimação, além de ser difusa, é realizada *a posteriori*, isto porque é efetivada após o exercício da função estatal e em cada caso especificamente.

Como ressalta Taruffo, ao discorrer a respeito de um dos elementos sobre os quais está fundado o dever constitucional de motivar as decisões, “a possibilidade do controle externo e

²⁷⁹ Cfr. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de Direito. *Op. cit.*, p. 90, que assim destaca: “A possibilidade de aferir a correção com que atua a tutela jurisdicional não deve constituir um como ‘privilégio’ dos diretamente interessados, mas estender-se em geral aos membros da comunidade: é fora de dúvida que, se a garantia se revela falha, o defeito ameaça potencialmente a todos, e cada qual, por isso mesmo, há de ter acesso aos dados indispensáveis para formar juízo sobre o modo de funcionamento do mecanismo assecuratório. Ora, a via adequada não pode consistir senão no conhecimento das razões que o órgão judicial levou em conta para emitir seu pronunciamento; daí decorre a necessidade de *motivação obrigatória e pública*. O controle *extraprocessual* deve ser exercitável, antes de mais nada, pelos jurisdicionados *in genere*, como tais. A sua viabilidade é condição essencial para que, no seio da comunidade, se fortaleça a confiança na tutela jurisdicional – fator inestimável, no Estado de Direito, de coesão social e da solidez das instituições.” Em sentido semelhante TARUFFO, Michele. **La Motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 361. “*De la superación de ese principio se desprende que la motivación no puede concebirse como un trámite de control ‘institucional’ (o sea, en los límites y en las formas reglamentadas por el sistema de impugnaciones vigente), pero también, especialmente, como un instrumento destinado a permitir un control ‘generalizado’ y ‘difuso’ del modo en el que el juez administra la justicia. En otros términos, esto implica que los destinatarios de la motivación no son solamente las partes, sus abogados y el juez de la impugnación, sino también la opinión pública entendida en su conjunto, en tanto opinión de quisque de populo. La connotación política de este desplazamiento de perspectiva es evidente: la óptica ‘privatista’ del control ejercido por las partes y la óptica ‘burocrática’ del control ejercido por el juez superior se integran en la óptica ‘democrática’ del control que debe poder ejercerse por el propio pueblo en cuyo nombre la sentencia se pronuncia. Entonces, el principio constitucional que analizamos no expresa una exigencia genérica de controlabilidad, sino una garantía de controlabilidad democrática sobre la administración de justicia.*”.

difuso sobre o exercício do poder jurisdicional configura-se como uma manifestação essencial do princípio da participação popular na administração da justiça”.²⁸⁰

3.2.3 Justificação interna e justificação externa

Segundo Wróblewski, toda e qualquer justificação das decisões judiciais deve seguir dois postulados básicos: a necessidade de uma relação de consistência e coerência entre as premissas utilizadas e a decisão tomada, bem como, as razões de decidir devem ser reconhecidas como bons argumentos para justificar as premissas e a decisão adotada.²⁸¹

As ponderações suscitadas direcionam o aplicador do Direito para dois conceitos elaborados pelo referido autor, cujo uso e explicação são necessários a fim de melhor compreender o processo e a estrutura da motivação das decisões judiciais: a justificação interna e a justificação externa.

A primeira delas refere-se à compatibilidade entre os fatos do caso concreto e o significado da norma jurídica, relação esta que determina o alcance de uma conclusão para a *questio*.²⁸² A opção por um dos preceitos previstos pelo ordenamento deve, assim, ser adequada aos fundamentos de fato discutidos – esse raciocínio funciona sob a batuta da lógica dedutiva (ainda que não se trate sempre de uma ilação dedutiva, como nos casos difíceis, v.g.), pois compete ao juiz demonstrar que sua inferência é válida mediante as premissas apresentadas.²⁸³ Verificada a coerência e a consistência²⁸⁴ entre as premissas (maior e menor) e a conclusão da decisão, esta pode ser classificada como internamente racional.²⁸⁵

²⁸⁰ TARUFFO, Michelle. Il Significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo, (Coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 42. No original: “(...) *la possibilità del controllo esterno e diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale si configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*”, e ainda continua o mestre italiano, “*Si tratta evidentemente della partecipazione in forma di controllo sull'esercizio del potere delegato al giudice, ma si intuisce facilmente che si tratta di uno strumento importantissimo.*”

²⁸¹ WRÓBLEWSKY, Jerzy. Precedent in Statutory (Civil) Law System. In: **Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova** - studi in memoria de Giovanni Tarello. Milano: Giuffrè Editore, vol. II, 1990, p. 747-773. O professor polonês afirma que existe uma estrutura básica para toda e qualquer justificação, senão veja-se em p. 765-766: “*Precedent used, then, as an argument in justification ought to fulfill a basic postulate of any justification – if is not reduced to the consistency and coherence between premisses and decision (internal justification) – that the justification should to use good arguments (external justification).*”.

²⁸² Na percuciente definição de TARUFFO, Michele. La motivación de la sentencia. *Op. cit.*, p. 522: “*Por justificación interna se entiende usualmente el nexo que sustenta la decisión final sobre la base de la vinculación entre ‘hecho’ e ‘Derecho’.* Se trata de lo que a menudo se define como la subsunción del hecho dentro de la norma (...)”.

²⁸³ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução de Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003, p. 39-40.

Percebe-se, pois, que a lógica interna da decisão é alcançada em razão desse silogismo jurídico entre a premissa maior²⁸⁶ (norma jurídica), a premissa menor (fato) e a decisão, isto porque a generalidade, a abstração e, principalmente, a universalidade da norma, impedirá a ocorrência de uma decisão embasada em preceitos arbitrários.²⁸⁷ Em suma, a decisão deve fazer sentido com o sistema jurídico, ou seja, deve existir uma adequação formal da norma com o caso concreto, na mais pura representação do silogismo aristotélico.

Todavia, esta forma de justificação não é capaz de explicar a correção da adoção das premissas. A lógica dedutiva preocupa-se apenas com a adaptação das premissas em razão da conclusão obtida, sendo capaz, ainda, de demonstrar eventual incorreção de uma tese jurídica eleita. Porém, o apuro e o acerto das premissas também devem ser confirmados – situação impossível mediante critérios silogísticos.²⁸⁸

E aqui entra a justificação externa, a qual ultrapassa o campo da subsunção (hipótese de incidência/pressuposto fático e consequência normativa). Sua finalidade é pôr à prova as premissas e a conclusão alcançada pelo órgão de decisão, os quais se encontram internamente justificados.²⁸⁹ Para esta fase, necessita-se da apresentação de (bons) fundamentos,²⁹⁰ ou seja,

²⁸⁴ Atienza, valendo dos ensinamentos de Neil MacCormick, informa a diferença entre coerência e consistência, sendo que a primeira liga-se a uma racionalidade instrumental, enquanto a segunda refere-se a uma ausência de contradições no enunciado. Para maiores detalhes ver ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito ...** *Op. cit.*, p. 128-130.

²⁸⁵ Neste sentido ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica**: Trad: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 222, “*La racionalidad que garantizan es ciertamente relativa a la racionalidad de las premisas. El juicio sobre la racionalidad de una decisión pertenece, pues, al campo de la justificación externa.*”

²⁸⁶ Segundo Robert Alexy, três tipos de premissas podem formar essa relação silogística na justificação interna, quais sejam: a) regras positivadas – sua justificação visa mostrar a validade do preceito de acordo com os critérios do ordenamento jurídico; b) afirmações empíricas – sua justificação ocorre de acordo com uma série de procedimentos (desde métodos das ciências empíricas às máximas da presunção racional, passando pelas regras processuais sobre prova); c) enunciados que não são nem afirmações empíricas nem regras positivadas, mas cuja fundamentação busca a argumentação jurídica, ou, concretamente, as formas e regras da justificação externa. Cfr. ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica ...** *Op. cit.*, p. 222-223.

²⁸⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito ...** *Op. cit.*, p. 126-128.

²⁸⁸ Neste sentido, BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 52-53. Eis as palavras do autor em p. 52: “No entanto, ‘toda decisão jurídica pode *ex post* ser escrita na forma de um silogismo jurídico’, independentemente da forma como foi alcançada [Aarnio, 1990:28], eis que a justificação interna não é capaz de dizer nada sobre a correção das premissas. Deve-se evitar, portanto, o erro de se superestimar as potencialidades da justificação lógica-dedutiva, como fez a antiga *Jurisprudência dos Conceitos.*”

²⁸⁹ Conforme ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica...** *Op. cit.*, p. 223, “*El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna.*”

²⁹⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito ...** *Op. cit.*, p. 39-40. Ainda sobre a questão dos bons fundamentos, assim enuncia TARUFFO. Michele. El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica e dialéctica. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 408: “*Los argumentos justificativos deben ser reconocidos como válidos y convincentes. En efecto, es necesario que enuncien buenas razones para considerar que la decisión está racionalmente fundamentada. Obviamente, no existe una definición absoluta y general de lo que puede ser un argumento válido y convincente, o de lo que*

uma busca de razões aptas e suficientes para demonstrar a correção das premissas eleitas pelo julgador, além da investigação de motivos que evidenciam o acerto da conclusão alcançada (leia-se, decisão proferida). Ocorre, também, uma valoração dos argumentos utilizados pelo órgão decisor, os quais devem ser bons o suficiente para cumprir a tarefa de legitimar o pronunciamento judicial – aceitação das premissas (fáticas ou jurídicas) utilizadas na justificação interna.²⁹¹

Perceptível, assim, que a justificação externa, diferentemente da interna, não pode ser explicada por meios de critérios lógico-formais, pois somente através de argumentos é que se demonstra que bons fundamentos foram lançados para justificar as premissas utilizadas e a decisão alcançada.

A relação entre justificação interna e externa é necessária para a melhor apreensão e compreensão do processo decisório, mesmo porque nem todas as questões conhecidas pelo Judiciário podem ser respondidas no esquema lógico-dedutivo (silogismo). A própria justificação do uso das premissas é ponto crucial na estrutura da motivação das decisões judiciais.²⁹²

Destaca-se, por fim, que a insuficiência da justificação interna para explicar o processo decisório não lhe retira a necessária observância no contexto justificativo-decisório, mesmo porque ela é a “única forma indiscutivelmente segura de *atestar a incorreção* de uma tese jurídica”.²⁹³ Também é inegável a importância da justificação externa, notadamente em tempos de eclosão de elementos fáticos e escassez de normas jurídicas capazes de subsumir-se a esta faticidade complexa.²⁹⁴ Ora, é por meio dos motivos da decisão que se conseguirá aferir

puede constituir una buena razón para aceptar una decisión. No hay nada más culture-laden que la concepción de lo que constituye un buen fundamento para sustentar una decisión judicial, y no hay nada que se haga más variable a partir de la variabilidad de los ordenamientos y de las épocas históricas.”.

²⁹¹ Sobre o tema, TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 523: “*La justificación externa exige que el juez desarrolle argumentos en apoyo de la elección relativa a la norma que há considerado aplicable como regla de decisión en el caso concreto, y en apoyo de la interpretación que há adoptado de la misma. (...) Sí vale la pena, en cambio, subrayar la necesidad de que el juez suministre una adecuada justificación de los juicios de valor que ha formulado en sede de interpretación y aplicación de la norma.”.*

²⁹² TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 258.

²⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem ...** *Op. cit.*, p. 54. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 253-254, nota 113, que embasando-se nas ideias de Wroblewski (“Legal Decision and It’s Justification”, in **Le raisonnement juridique, Actes du Congrès Mondial de Philosophie Sociale**, Bruselas, 1971, p. 417), assim esclarece: “*No sólo dado que esas aserciones tienen que ver con los presupuestos fundamentales de los que se deriva la decisión final en relación con la demanda, se puede decir que sus conexiones representan el armazón esencial de la justificación de esa decisión.”.*

²⁹⁴ Em sentido semelhante, ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº 1, (octubre 1994), p. 60-61. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_04.pdf?portal=4, último acesso em 20 de fevereiro de 2014. Ainda sobre a importância e relevância da justificação externa, assim ponderou BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem ...** *Op.*

a legalidade da interrelação entre premissas fáticas e jurídicas, além, é claro, da racionalidade e da legitimidade do pronunciamento judicial.²⁹⁵

3.2.4 A completude da decisão judicial e o ônus argumentativo do juiz

Estritamente relacionado com o tópico anterior é o assunto a ser abordado neste espaço. A estrutura do processo justificativo, cindido em justificação interna e justificação externa, demonstrou que o adequado procedimento para motivar uma decisão deve conter elementos lógico-formais e argumentos idôneos que fundamentem as premissas adotadas no silogismo jurídico. Rememora-se que, mesmo diante de uma situação em que não haja qualquer norma perfeitamente subsumível ao fato, ainda assim será necessário encontrar um preceito jurídico que se adeque formalmente ao caso – nesta situação é que a discricionariedade estaria presente, conforme se expôs outrora.

O ponto de debate agora é além. É certo que as justificações interna e externa correspondem à integralidade do processo justificativo, todavia, o conteúdo da motivação não pode ser revelado na cisão apontada. Escolher as premissas e fundamentá-las impõe um ônus ao magistrado que vai além de demonstrar as razões pelas quais aquele fato e/ou direito foi eleito para compor a decisão judicial.

Uma adequada e completa motivação judicial pressupõe não apenas a apresentação de argumentos que corroborem ou demonstrem a correção das escolhas feitas pelo magistrado, mas também é necessário apontar justificativas que indiquem os motivos pelos quais outros fatos ou outros direitos discutidos foram relegados. A fundamentação das decisões inerente ao Estado Democrático de Direito deve abordar tanto as questões que apoiam a decisão tomada, quanto os motivos pelos quais determinados fatos e direitos relacionados à discussão foram rejeitados ou ignorados.

Para Taruffo, a completude da decisão judicial “deve conter a justificativa específica de todas as questões de fato e de direito que constituem o objeto da controvérsia”,²⁹⁶ sendo

cit., p. 55: “Tal forma de compreender o direito conduz a uma metodologia guiada pela noção de razão prática e capaz de promover certos critérios – pragmáticos e normativos – para justificar valorações e enunciados normativos práticos, consubstanciando uma argumentação jurídica nitidamente pós-positivista, onde até mesmo nossas intuições – que não deixam de ser relevantes para fundamentar decisões – podem ser filtradas por critérios racionais”.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. *Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto Legitimador*. In: **Processo Constitucional**. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 612-620.

certo que, “uma eleição [da premissa decisória] não está completa e adequadamente justificada se as alternativas rechaçadas não foram devidamente consideradas. Uma escolha não está ‘completamente’ justificada, se a justificativa somente se refere às razões que apoiam a alternativa escolhida.”²⁹⁷

A importância de analisar e tratar todos os pontos discutidos no processo decorre da própria estrutura dialógica que o processo contemporâneo representa. A participação das partes em contraditório exige que o magistrado enfrente toda a faticidade existente nos autos, justificando cada uma das premissas escolhidas para formar a decisão. Porém, a fundamentação dada à escolha das premissas também deve adentrar ao terreno da negação, ou seja, compete ao magistrado detalhar as razões pelas quais determinadas questões não apoiariam as premissas escolhidas ou mesmo porque outras premissas não foram eleitas em decorrência dos dados refutados.²⁹⁸

A lógica de uma decisão completamente motivada é corolário da democracia, na qual as partes e a sociedade aguardam do Judiciário uma resposta jurisdicional ancorada no Direito e na aceitação de sua racionalidade. E são as razões de decidir que afastam as arbitrariedades do julgado, tornando o pronunciamento do juiz aceitável, ainda que contrário às pretensões de uma das partes, ou da própria comunidade. A apresentação dos argumentos pró e contra a decisão tomada encabeçam a completude da decisão judicial, enquanto que a consistência e a

²⁹⁶ Tradução livre. No original: “(...) *debe contener la justificación específica de todas las cuestiones de hecho y de derecho que constituyen el objeto de la controversia.*”, em TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia*. *Op. cit.*, p. 522. Em obra distinta, e mais profundamente (TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 394-395), assim destaca o autor: “*Desde esta perspectiva, decimos que está ‘completa’ la motivación que ofrece una justificación adecuada para cada uno de estos momentos, en los que se articula la decisión entendida en sentido amplio como la solución de los puntos controvertidos: la decisión, entonces, es el parámetro de la motivación en la medida en la que es el contexto de las afirmaciones que deben justificarse, verificándose una hipótesis de motivación omitida cuando una de estas afirmaciones carece de un fundamento racional expreso en el contexto de la motivación misma.*”

²⁹⁷ Tradução livre. No original: “*una elección no está completa y adecuadamente justificada si las alternativas que se han rechazado no se han considerado debidamente. Una elección no está ‘completamente’ justificada si la justificación sólo se refiere a las razones que apoyan la alternativa elegida*”, em TARUFFO, Michele. *Decisiones judiciales e inteligencia artificial*. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 386.

²⁹⁸ TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. *Op. cit.*, p. 394-395, assim apontando: “*La referencia a las exigencias de justificación de la decisión individual implica dos consecuencias: la primera es que dichas exigencias son in re ipsa en cada punto relevante de la decisión. Esto no se refiere solamente a la hipótesis de decisión sobre muchas preguntas o muchas cuestiones sino que también, en general, se refiere a que existe la necesidad de la motivación de la interpretación de las normas aplicadas, de la verificación de los hechos, de la calificación jurídica del supuesto de hecho y de la declaración de las consecuencias jurídicas que se desprenden de la decisión. Desde esta perspectiva, decimos que está “completa” la motivación que ofrece una justificación adecuada para cada uno de estos momentos (...)*”. Para uma melhor inteligibilidade do excerto, remete-se o leitor para o capítulo 3 do mesmo livro do autor italiano, letra “b) *El segundo nivel de justificación*”, p. 258-259, no qual há explicação mais detalhada sobre a justificativa e a refutação das premissas.

coesão das justificativas dadas em relação aos fatos discutidos são indissociáveis à questão da boa e adequada motivação.

A exigência de fundamentar, por completo, uma decisão proferida é decorrência natural do princípio do contraditório e sua faceta que confere aos jurisdicionados o direito de influir no provimento jurisdicional. Ao magistrado, pois, impõe-se uma obrigação argumentativa em analisar e apreciar todo o debate instaurado no processo para que seu pronunciamento alcance os pressupostos mínimos de validade da decisão.

Mas a exigência de fundamentar completa e adequadamente uma decisão pode demandar maior ou menor intensidade na apresentação dos argumentos. O ônus argumentativo²⁹⁹ do juiz pode ser mais exigido, por exemplo, nas hipóteses em que a consequência normativa da lei não esteja prévia e exatamente definida. No segundo capítulo, expôs-se sobre a discricionariedade judicial e os momentos nos quais o magistrado se depara com situações que não possuem uma resposta previamente definida na lei. É a interpretação da norma, na visão do ordenamento como um todo, que auxiliará o juiz nesta atividade de aplicar o Direito. Mas, juntamente com esta tarefa, caminha a necessidade de expor as melhores razões para a realização de determinada interpretação; há um imperativo de detalhar os motivos pelos quais se adotou aquele dispositivo legal e não outro.

Em casos como o narrado acima, é premente que o magistrado reforce a justificação da decisão, pois se a sua atribuição de aplicar o direito exige uma adequada e correta subsunção dos fatos à norma, quando esta tarefa se mostra tortuosa (ausência de correspondência direta entre a lei e os fatos) é premente a exposição de argumentos mais bem minudenciados para justificar a aplicação do dispositivo legal que subsidiou a decisão.

A exigência do ônus argumentativo atende aos reclamos da própria aceitabilidade da decisão pelos sujeitos do processo e pela sociedade, afinal, se os fatos não encontram correspondência exata na lei, é a interpretação do magistrado que estabelecerá o liame conectivo entre a pretensão narrada por uma das partes e o direito posto. E como não poderia

²⁹⁹ A expressão é tomada por empréstimo de CABRAL, Antonio do Passo. Os Efeitos Processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 15 de junho de 2013. Apesar de o autor utilizá-la para explicitar a necessidade de um maior ônus argumentativo por parte do administrador ou legislador para afastar-se das conclusões alcançadas em uma audiência pública, é incontestável que as conclusões alçadas no texto não impedem sua exata compreensão para este estudo.

ser diferente, toda e qualquer construção deve conter fortes subsídios de sustentação, os quais, no presente caso, são constituídos pelas razões de decidir.³⁰⁰

Outro aspecto relevante do ônus argumentativo diz respeito aos casos de processos que admitem a participação de terceiros estranhos à relação jurídica, mas que detenham alguma forma de interesse na resolução da controvérsia – caso do *amicus curiae* e da própria convocação de audiência pública.

A participação da sociedade, através dos referidos procedimentos, não pode ser relegada a uma mera formalização dos ideais democráticos. As contribuições trazidas pelos participantes das audiências públicas, *v.g.*, muitas vezes representadas por entes especializados sobre o assunto em discussão, envolve a necessidade de ouvir e responder as manifestações vindas da comunidade. E quando se verifica um afastamento por parte do juiz das conclusões majoritárias explanadas no procedimento participativo, é inconteste que sobre o magistrado recai uma obrigação mais incisiva em justificar as razões pelas quais se adotou entendimento oposto ao apresentado pela maior parte dos integrantes da audiência pública.³⁰¹

Perceptível, assim, que a racionalidade da decisão judicial, consectário lógico de sua legitimidade, somente se alcança com a sua completa e adequada fundamentação. E esta exigência imposta ao magistrado pode, em determinadas ocasiões, ser mais intensa, pois lhe é imposto um maior ônus argumentativo para justificar determinadas decisões. Exige-se-lhe um grau de detalhamento mais aprofundado, visando ao convencimento e a aceitação do pronunciamento pelas partes e pela sociedade.

³⁰⁰ Em sentido semelhante. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da Silva. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Op.cit.*, p. 22: “Se os preceitos jurídicos podem conter – e na imensa maioria dos casos realmente o contêm – mais de uma solução legítima, então a eliminação do arbítrio judicial (que pode ocorrer quando se nutre a fantasia de que a lei tenha ‘uma’ vontade constante), será fortalecer a exigência de fundamentação adequada e coerente, que possa ‘convencer’ não apenas os técnicos, mas as partes e a comunidade social, detentora do poder de que os magistrados são servidores.”

³⁰¹ Esta é a ideia de CABRAL, Antonio do Passo. Os Efeitos Processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. *Op. cit.*, que pontua: “Assim, surge outro importante efeito da audiência pública, aquele de impor um ônus argumentativo (*Argumentationslast*) caso desejem os órgãos administrativos e judiciais afastar-se da conclusão popular. Isto ocorre porque, às vezes, o ordenamento estabelece um primado apriorístico (*prima facie Vorrang*) de certos valores, interesses e direitos em detrimento de outros. Assim, quando observada essa ‘hierarquia’ valorativa, para que o magistrado faça prevalecer o bem, valor ou direito que não aquele *prima facie* prevalente, deve ter ‘razões mais fortes’ (*stärkere Gründe*) do que seria necessário para justificar a decisão em benefício do interesse privilegiado pela ordem jurídica.”

4 A ESTREITA CORRELAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS COMO UM *PLUS* NA LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DA DECISÃO JUDICIAL: O MOMENTO DE VERIFICAÇÃO DA ATUAÇÃO LEGÍTIMA

A previsão constitucional que destaca a inafastabilidade da tutela jurisdicional, art. 5º, XXXV – desde que provocada, obviamente –, é a determinação que garante uma legitimidade *a priori* às decisões emanadas pelo Judiciário. Haveria, assim, uma presunção de legitimidade a favor dos pronunciamentos judiciais. Mas não é só. A própria garantia de motivação das decisões judiciais, a qual impõe um dever aos magistrados, é outro adendo legitimador da atuação do juiz; quando se discorreu sobre as funções de expor as razões de decidir pelo magistrado ficou claro que a sua principal consequência era o alcance de um pronunciamento conforme o Direito – esta seria a denominada legitimidade argumentativa.³⁰²

No entanto, na atual quadra da história, o exercício da democracia com arrimo na participação popular busca ampliar os meios de controle social no que tange aos momentos de deliberação estatal. O objetivo, pois, é procurar novas formas de inserir a comunidade na seara jurisdicional para a melhor aceitação e controle dos pronunciamentos vindos do Poder Judiciário.

A plena vigência das garantias constitucionais do processo não é uma novidade na atuação jurisdicional. Todavia, sua efetiva concretização deixa a desejar. As vozes doutrinárias que propalam a ideia do processo justo,³⁰³ não podem ser sustentadas sob as balizas de um cumprimento meramente formal dos direitos fundamentais processuais

³⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em <http://marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2010/04/O-Precedente-na-Dimens%C3%A3o-da-Igualdade1-4.pdf>, acesso em 06.02.14, a denomina de legitimação pelo conteúdo, senão veja-se: “Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.”. Nesta esteira, o mero ato formal de justificar uma decisão não é suficiente para aferir sua correção, a análise da substância se faz premente. Também assim, HAGE, Jaap. **The Justification of Value Judgments**. Disponível em www.academia.edu, acesso em 25 de fevereiro de 2014, quando afirma em p. 26: “*That the verdict was justified in this procedural sense does not tell us anything about the substancial quality of the judgment, about its correctness or legal or moral qualities. (...) However, if this procedure can only be completed succesfully if the verdict satisfïes certain substancial conditions, there is a connection between the verdict having been procedurally justified and its content being substancially justified (correct).*”. E para o professor holandês, a correta justificação deve ser precedida de um adequado procedimento (“*procedural approaches*”, em contraposição aos “*monological approaches*” – método este em que a justificação é algo simples e atemporal), no qual o diálogo é a premissa necessária para resolver o próprio problema de base da justificação.

³⁰³ Sobre o assunto, ver nota 42 e 176, *supra*. E ainda TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Anno Lim, n. 2, 1997, p. 319-322.

inerentes aos cidadãos.³⁰⁴ Elas seriam um começo; um começo necessário, mas repisa-se, apenas um começo.

Também as ideias a respeito de um modelo constitucional de processo³⁰⁵ se colocam como um ponto de partida para assegurar o cumprimento das garantias fundamentais durante o procedimento de resolução de controvérsias. Assim, da mesma forma que os primeiros desenvolvimentos sobre o processo justo, o modelo não garante a efetiva concretização do conteúdo ínsito aos referidos direitos.

Em realidade, para que se possa falar na efetivação das garantias fundamentais, deve-se pensar em forma e conteúdo. O meio justo para o alcance do resultado justo somente é obtido quando houver o devido respeito aos direitos e quando a sua implementação observar a natureza, a essência e a substância da norma.

Para essa verificação, todavia, um pressuposto se faz necessário: identificar a estrutura do que atualmente se denomina por devido processo legal. A compreensão do verdadeiro sentido desta “fórmula” é que propiciará o meio de controle adequado para a correta constatação do efetivo respeito às garantias fundamentais processuais em seus aspectos formais e materiais.

É nesta conjectura que se abre espaço para a relação entre contraditório e motivação das decisões judiciais. As duas garantias, encaradas e observadas pelos seus respectivos

³⁰⁴ Cfr. TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Op. cit.. Afirma o autor que uma visão puramente formal da concepção de processo justo ou justiça da decisão seria criticável por duas vertentes. Primeiro, porque “*questa definizione non definisce nulla, e rinvia il problema semplicemente mutandone i termini: per sapere se una decisione è ‘proceduralmente’ giusta bisognerebbe infatti definire quali sono le condizioni generali che occorrono perche si possa avere un processo giusto, il che è tutt’altro che semplice*” (p. 317); segundo porque “*implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l’osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che ha portato a quella decisione.*” (p. 317).

³⁰⁵ O referido modelo foi propalado por ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1990, e basicamente ressalta que, as normas constitucionais, cujo conteúdo refira-se ao exercício da jurisdição, permitem ao intérprete formar um complexo normativo que simbolizaria o regramento geral do processo civil. A definição do modelo no original encontra-se assim descrita: “*Le norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitária.*” (p. 13). Na sequência do livro, os autores dividem o processo em cinco partes (sujeitos, estrutura, provimentos, impugnações e audiências), e procuram demonstrar as remissões constitucionais que cada uma delas possui; a situação ratificaria a tese da existência de um modelo constitucional de processo civil. Para fins do presente estudo, trabalha-se menos com o caráter substancial de referido modelo, e mais com seu aspecto formal (por isso sua relação com “ponto de partida”), afinal as garantias fundamentais do processo, cuja aplicabilidade e incidência no processo são indiscutíveis, estão na sua grande maioria previstas na Constituição da República Federativa do Brasil. Conforme visto em nota nº 248 *supra*, o modelo em destaque é recorrentemente referenciado pela denominada “Escola Mineira de Processo”, com expoentes do escol de Rosemiro Pereira Leal, Ronaldo Brêtas de Carvalho Filho, Dierle José Coelho Nunes, Alexandre Bahia, André Cordeiro Leal, entre outros.

conteúdos, não somente comporiam a base estruturante do devido processo legal,³⁰⁶ como também permitiriam a identificação dos eventuais vícios que acometem um pronunciamento judicial. Estas normas, por si só, garantiriam a base de um processo justo, com apoio constitucional, e em cumprimento às determinações previstas por todas as demais garantias fundamentais dos cidadãos.

A relação entre contraditório e motivação das decisões é especialmente relevante para o Estado Democrático de Direito, que conforme afirmado, tem como objetivo último propiciar a maior e mais efetiva participação popular nos procedimentos de deliberação estatal.

Assim, no que tange ao contraditório, a participação será observada quanto maior for a interação e a comunicação das partes com o juiz e deste com aquelas – situação verificada durante todo o caminhar do procedimento. Já no que se refere à exposição das razões de decidir, a participação observará um duplo escopo: primeiro, através dos motivos consegue-se verificar se a mais ampla oportunização do diálogo foi respeitada pelo magistrado (viés instrumental); e, segundo, tem como objetivo a efetivação do controle social sobre a atividade judicial. Neste momento, percebe-se se à comunidade é efetivamente possibilitada a demonstração de sua soberania em relação ao Poder Judiciário.³⁰⁷

E estes dois aspectos participativos da motivação das decisões são totalmente interdependentes. É a possibilidade de controle social que permitirá a aferição, através da exposição dos fundamentos, do respeito ao contraditório no desenvolver do procedimento. Não basta propiciar a participação, deve-se incentivar o debate, fomentar a discussão das matérias entre os atores principais do processo (partes e juiz) e, se possível, permitir a apresentação de novos fundamentos por terceiros (através das audiências públicas ou da admissão de *amicus curiae*, v.g.), competindo ao magistrado, assim, observar e justificar os motivos pelos quais utilizou uns e descartou outros argumentos dialogados. No final, caberia

³⁰⁶ Em sentido um pouco divergente, DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito.** Revista Eletrônica de Direito Processual, nº 5, jun. 2010, p. 230-260. Os autores entendem que o devido processo legal seria formado pela conjunção de mais dois elementos, quais sejam, a ampla argumentação e a imparcialidade. Ousa-se discordar dos referidos autores, afinal a ampla argumentação é componente nato do contraditório dinâmico, ao passo que a imparcialidade pode estar ligada a aspectos subjetivos do magistrado, impedindo sua alocação na base do devido processo legal. Ademais, a imparcialidade poderia ser aferida através dos motivos de decidir – a respeito ver nota 269, *supra*.

³⁰⁷ Também dissertando a respeito da soberania dos cidadãos sobre o Poder Judiciário quando do exercício do controle, TARUFFO, Michele. Michelle. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *Op. cit.*, p. 42, senão veja: “Attraverso il controllo, ed anzi per effetto della sua stessa possibilita, il popolo si riappropria della sovranità e la esercita direttamente, evitando che il meccanismo della delega del potere si trasformi in una espropriazione definitiva della sovranità da parte degli organi che tale potere esercitano in nome del popolo.”

à sociedade verificar e controlar essa atribuição judicial após a exposição das razões de decidir.³⁰⁸

O dever de motivar tem como resultado natural não apenas a exposição dos fatos e fundamentos discutidos nos autos (situação propiciada pelo contraditório), mas também demonstrar à sociedade que a sua decisão foi alcançada em razão da participação das partes.

A interação entre as normas é total e completa, não havendo uma previsão posta e outra pressuposta.³⁰⁹ Contraditório e motivação se interpenetram e influenciam-se mutuamente, através de um indissociável procedimento dialógico cuja decisão deve respeitar e associar-se aos fatos e fundamentos debatidos no processo. Inclusive, esta ideia de que a motivação deve refletir a discussão travada sob contraditório, e às partes possibilita-se controlar a atuação do juiz para que respeite essa proposição, desde há muito é defendida pela doutrina estrangeira.³¹⁰

A questão principal, porém, ultrapassou a premissa de que a motivação das decisões deve espelhar os fundamentos de autor e réu na hora de decidir, mas sim que a exposição das

³⁰⁸ Neste exato sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. *Op. cit.*, p. 88, que assim destaca: “*Last but not least*, trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e ver examinadas pelo órgão julgador as questões que houverem suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de ação, que não se restringe, segundo a concepção hoje prevalente, à mera possibilidade de pôr em movimento o mecanismo judicial, mas inclui a de fazer valer razões em juízo *de modo efetivo*, e, por conseguinte, de reclamar do órgão judicial a consideração atenta dos argumentos e provas trazidas aos autos.”. Mais recentemente, assim destacou WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. In: **Revista de Processo**, vol. 168, fev/2009, p. 53 e seguintes: “Todavia, contemporaneamente é comum que se diga que o contraditório tem relação mais expressiva com a atividade do juiz. Este, no momento de decidir, como se fosse um último ato de uma peça teatral, deve demonstrar que as alegações das partes, somadas às provas produzidas, efetivamente interferiram no seu convencimento. A certeza de que terá havido esta influência decorre da análise da motivação da sentença ou do acórdão.” e continua, “A atividade argumentativa das partes deve necessariamente refletir-se na fundamentação das decisões judiciais.”.

³⁰⁹ “A fundamentação das decisões pressupõe a existência de um contraditório efetivo. Ao passo que o contraditório é pressuposto para uma fundamentação das decisões racional e legítima.”, cfr. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; FIORATTO, Débora Carvalho. **A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção do Estado Democrático de Direito**. Revista Eletrônica de Direito Processual, nº 5, jun. 2010, p. 252.

³¹⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione** ... *Op. cit.*, p. 460, assim destacando: “*Nella esposizione delle ragioni di fatto e di diritto il giudice indica infatto se e in quale misura abbia o meno ritenuto di dover tenere conto delle istanze e delle osservazioni delle parti. Per gli interessati, la parte motiva della decisione diventa il più valido punto di riferimento per verificare se la loro attività difensiva sia stata effettivamente rispettata. Non sorprende pertanto che si sia cercato di trovare un nesso immediato tra il diritto di azione e di difesa e l’obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.*” No entanto, relata Trocker que apesar da conexão entre o contraditório e a motivação, a Corte Federal alemã, em interpretação ao art. 103, comma 1º, da Lei Fundamental, entende que não existe uma obrigatoriedade do magistrado enfrentar todas as argumentações e conclusões debatidas pelas partes, mas apenas os “elementos mínimos” capazes de justificar sua tomada de posição (TROCKER, Nicolò. **Processo Civile e Costituzione**. *Op. cit.*, p. 462-463). Ainda sobre a relação entre contraditório e motivação, TARUFFO, Michele. Decisiones judiciales e inteligencia artificial. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 386, que assim afirma: “*En cierto sentido, entonces, la opinión justificativa es una especie de diálogo entre el juez y las partes, en el que el juez se enfrenta a las cuestiones planteadas por las partes, y considera los argumentos usados por ellas para apoyar las soluciones que proponen a esas cuestiones.*”.

razões de decidir reflita todos os argumentos discutidos pelas partes, tanto aqueles usados para infirmar, quanto àqueles utilizados para confirmar o posicionamento adotado nas razões que justificam a decisão judicial.³¹¹

Percebe-se, assim, que a interligação dos princípios é lógica e finalística. Lógica porque o contraditório é o elemento que traz a ampla participação para o processo; mas precisa-se de um ato subsequente, pois, não basta participar, é preciso que esta participação seja assimilada pelo órgão decisor – por isso finalística. Neste meandro é que a motivação das decisões judiciais ganha relevo, pois é através dela que se poderá atestar que o juiz analisou os fatos e fundamentos trazidos ao processo pelas partes.

A motivação das decisões é mais que um fim necessário de um processo participativo, ela é o momento no qual se exerce um controle da atividade judicial e se atesta que esta atuação foi legal e legítima. As partes podem até admitir que suas argumentação foram “desatendidas, mas jamais ignoradas”.³¹²

Retomando o que se disse no início do capítulo, essa mútua conexão entre contraditório e motivação acaba por melhorar a qualidade da prestação jurisdicional, que passa a preocupar-se não apenas com o aspecto formal referente ao respeito às garantias processuais, mas também com o resultado da decisão, que observa a efetivação do conteúdo destas normas e sua possibilidade de controle por parte da sociedade. E aqui se depara com o

³¹¹ Ao lado de Barbosa Moreira, já citado na nota de rodapé de nº 308, *supra*, tem-se WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 384-385: “a garantia de defesa ficaria esvaziada se o juiz não tivesse o dever de levar em conta todas as alegações do réu, concretamente manifestadas; de pouco ou nada valeria garantir à parte o direito de defesa, se se consentisse ao juiz o poder de não levar em conta as alegações das partes.”. Na doutrina estrangeira, TARUFFO, Michele. Juicio: Proceso, Decisión. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 236, que assim expõe: “*Como se acaba de señalar, la dialectica procesal no es un juego estéril y circular de historias contrapuestas, sino un método a través del cual, de un lado, se asegura que todos los interesados puedan hacer valer sus razones, y del otro lado, se tiende a hacer que emerjan efectivamente los elementos sobre los cuales deberá fundarse la decisión final. La función preparatoria del proceso se ejerce de varios modos y en varias fases, que no es necesario examinar detalladamente, pero que incluyen la formulación de las hipótesis relativas a las diversas posiciones de las partes, la eventual precisión o cambio de estas hipótesis en el curso del proceso, su control in itinere a través del desarrollo de la dialéctica procesal, la recopilación de elementos destinados a constituir el material a utilizar en el momento de la decisión final e la formulación definitiva de las hipótesis sobre las que será emitida esta decisión.*”. Em sentido contrário, e por todos, GUIMARÃES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 350, *apud* TORRES DE MELO, Rogerio Licastro. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 111, nº 273, jul-2003, que assim leciona: “(...) não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o juiz acolhe um argumento bastante para a sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não.”.

³¹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A garantia de motivação das decisões judiciais na Constituição de 1988. *Op. cit.*, p. 64. E sobre o tema, assim sedimenta LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Malheiros, 2002, p. 105: “(...) decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria legitimidade.”.

aspecto legitimador que a estrutura do devido processo legal, alicerçado no contraditório e na motivação das decisões, traz para o ambiente jurisdicional.

Uma vez mais pode-se dizer que essa legitimidade democrática é alcançada sob dois frentes: um deles no momento em que se respeita e se efetiva o contraditório dinâmico, no qual as partes são instadas a participar do processo, e o outro no momento em que a decisão é proferida, quando as partes e a sociedade, além de verificarem o cumprimento efetivo das garantias, exercem o controle necessário sobre o Judiciário.

Com a efetivação destas questões, percebe-se que a legitimidade argumentativa do Judiciário ganha nova faceta com a adição da participação popular no procedimento. O contraditório dinâmico atrelado à motivação das decisões denota uma nova legitimidade: a legitimidade democrática justificativa.

Mas ratifica-se: para que a relação entre as normas estruturantes seja plena, é necessário que suas funções e seus conteúdos sejam devidamente respeitados. Neste aspecto, tanto a ampla possibilidade de participação em qualquer ato de cunho decisório, quanto a completa motivação da decisão, albergando os fundamentos pelos quais se aceita e se refuta determinado argumento, são primordiais para o adequado funcionamento das premissas ora lançadas.

Ousa-se afirmar que esta relação entre contraditório e motivação é tão pujante que evita os riscos de decisionismos. Uma das críticas dirigidas contra a atuação pró-ativa dos magistrados decorre da falta de unidade na aplicação do Direito. Há uma verdadeira profanação do ordenamento jurídico quando se tem decisões sobre um mesmo aspecto sendo proferidas nos mais variados sentidos e direções. A decisão pautada na discussão das partes, com o apontamento dos motivos pelos quais se adota alguns fundamentos e se refutam outros, afastaria os riscos de eleições subjetivas por parte dos magistrados no momento de decidir e expor suas razões.³¹³

A motivação das decisões não é, e jamais poderia ser, uma exposição de elementos pessoais, escolhidos a bel prazer do julgador. A limitação da função jurisdicional está na lei, e o contraditório, como norma modelo da participação democrática processual, deve ser o espelho das razões nas quais se funda a decisão. Do mesmo modo, este pronunciamento, que

³¹³ Assim também pensa DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *Op. cit.*, p. 570, quando em nota de rodapé de nº 8 assim destaca: “Entretanto, com a devida vênica, pensamos que o entrelaçamento técnico dos princípios da reserva legal (legalidade), do contraditório, e da fundamentação, que se dá pela garantia do processo constitucional, tolhe a nefasta intromissão dessas ‘ideologias’, ‘subjetividades’, e ‘convicções pessoais’ no ato estatal de julgar, ultimamente em moda, eis que repudiada pela configuração principiológica e jurídico-fundamental do Estado Democrático de Direito, (...)”.

abarcam todos os fundamentos discutidos no processo, é o meio através do qual a sociedade demonstrará sua soberania frente a todo e qualquer poder, ao mesmo tempo em que será a fonte da verdadeira legitimidade da atuação judicial, possibilitada pela constatação da efetiva participação democrática.

A legitimidade da decisão judicial, assim, é aferida pela conjugação dos conteúdos que abarcam os princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais, os quais conciliam participação democrática, influência, exposição de motivos, ônus argumentativo, completude e possibilidade de controle. Estes elementos têm o condão não somente de garantir a aplicação do direito vigente com o auxílio da sociedade, como também justificar concreta e abstratamente, as atribuições e funções do Poder Judiciário.³¹⁴

³¹⁴ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Motivação judicial sob a perspectiva ética**. Disponível em www.academia.edu.br, último acesso em 25 de junho de 2014, que assim afirma em p. 7: “A exigência de motivar busca atender ao ideal de que o processo judicial, muito além de simplesmente absorver tensões sociais e garantir a ordem social, cumpre também o papel de estabelecer soluções aceitáveis do ponto de vista da correção jurídica. (...) A legitimidade da decisão judicial é, por isso, um assunto de justificação do exercício do poder no caso concreto.”.

5 A NORMATIZAÇÃO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES COMO UM DOS MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO

Nos capítulos anteriores destacou-se a importância que tem uma decisão judicial respaldada na ampla participação das partes e sociedade, seguida de uma motivação devidamente efetivada. O pronunciamento judicial proferido em diálogo ganha em correção e racionalidade, atraindo a esperada legitimidade da atuação judiciária. Somente com a concretização de cânones democráticos durante todo o *iter* processual alcança-se o que se espera com a atuação do Judiciário.

Ocorre que as previsões constitucionais e legais que discorrem a respeito da necessidade de justificar uma decisão judicial acabaram por não incorporar os verdadeiros ideais que deviam iluminar seus conceitos. Ora, apesar de assegurada pela Constituição de 1988 a obrigatoriedade de motivar os pronunciamentos decisórios, há interpretação uníssona nos tribunais pátrios que desobrigam os julgadores de enfrentar todas as questões suscitadas pelas partes, permitindo-se, assim, que aponte apenas os fundamentos utilizados para o alcance da decisão.³¹⁵

³¹⁵ Em contradição a todos os fundamentos apresentados neste trabalho, a jurisprudência brasileira firmou-se no sentido de não ser devido ao órgão decisor responder a todas as questões relevantes debatidas nos autos. O entedimento foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento de questão de ordem no Agravo de Instrumento 791.292/PE, suscitada pelo Min. Gilmar Mendes, reconheceu a repercussão geral em caso que se discutia violação ao art. 93, IX, da CRFB, pelo justo motivo de um tribunal trabalhista não ter enfrentado algumas questões debatidas por uma das partes. O Min. Gilmar Mendes, reconheceu, *ex officio*, a repercussão geral da matéria para ratificar a tese da Corte no sentido que ora se combate. Eis a ementa do julgado: “Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2 Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º, e ao inciso IX do art. 93, da Constituição Federal. 3. O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou a decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que seja corretos os fundamentos da decisão. 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral.” (STF, Pleno, Repercussão Geral na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento 791.292 – PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe em 05.08.2010). Disponível em www.stf.jus.br. Mais interessante, todavia, é que o referido julgado acaba por contradizer voto proferido pelo mesmo Min. Gilmar Mendes, no MS 24.268, que apesar de tratar da questão da motivação em um plano secundário (verdadeiro *obiter dicta*), as razões principais deste julgado (permearam os fundamentos do voto: ofensas ao contraditório, ao devido processo legal e à segurança jurídica), na mesma linha do que se defende neste trabalho, leva à conclusão de que é necessário enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes (autor e réu), justamente em razão do contraditório e o direito de influir na decisão judicial. Eis excerto do julgado que trata da questão: “(...) Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) *direito de informação (Recht auf Information)*, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) *direito de manifestação (Recht auf Äusserung)*, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) *direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung)*, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-

A situação narrada reflete o posicionamento resistente que a jurisprudência tem com relação aos cânones democráticos. Isto porque a adoção de uma prática justificativa que chancela o bordão do convencimento judicial, ancorado em uma postura individualista do magistrado, não se coaduna com o objetivo da mais ampla participação popular no processo de formação da decisão judicial.

A decisão participada, construída pelos cidadãos em colaboração com o Judiciário, deve ser fruto da sociedade como um todo. O juiz é apenas uma peça da engrenagem, o qual se responsabiliza pela exposição do entendimento final a respeito dos debates travados. E, se por meio de previsões normativas gerais não se enxergou o viés democrático que norteia o processo, pode-se concluir que a magistratura brasileira não estaria hábil a conviver com uma regra impositiva que expressasse, em termos gerais, um dever de motivar. É preciso, assim, detalhar, por meio de legislação específica, como justificar adequadamente uma decisão judicial dentro de um contexto plural-participativo.

Todavia, antes da exposição dos aspectos centrais deste capítulo, um adendo se faz necessário. Não se tratará aqui da questão da “verdade” no processo. O aspecto precípua é demonstrar como a questão do convencimento judicial está sendo equivocadamente enfrentado pela jurisprudência à luz dos preceitos democráticos. A ideia de “verdade”, apesar de substancial para este tipo de discussão, será pressuposta. Caminhar-se-á com o entendimento de que a verdade absoluta, entendida como a exata e infalível reconstrução daquilo que ocorreu, é impossível de alcançar – como ressalta Marinoni, “a essência da verdade é inatingível. E não apenas pelo processo, mas por qualquer mecanismo que se preste a verificar um fato passado”.³¹⁶ Isto não quer dizer que a busca da verdade não deva ser um

Kommentar, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtungspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões. (...) (STF, Pleno, MS 24.268, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 16.02.2004)”. Saliente-se que o voto vista proferido pelo Min. Gilmar Mendes foi o condutor no julgamento que entendeu pelo deferimento da segurança pleitada em razão de violação ao contraditório e ao devido processo legal em procedimento administrativo, tendo a maioria do Pleno divergido da orientação da Relatora Min. Ellen Gracie para seguir a orientação supra destacada. O referido julgado foi ratificado nos anos de 2007, 2008 e 2010, quando o Min. Gilmar Mendes reiterou o entendimento nos seguintes julgados: STF, Pleno, MS 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 14.09.2007; STG, Pleno, RE 434.059/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 12.9.2008; STF, Pleno, MS 22.693/SP, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 17.11.2010, DJe de 13.12.2010. Ainda contradizendo a tese firmada na Questão de Ordem em Ag. de Instrumento nº 791.292/PE, veja-se a doutrina capitaneada pelo referido Ministro, cfr. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva. 2009, p. 591-592.

³¹⁶ MARINONI, Luis Guilherme. **A questão do convencimento judicial**. Disponível em www.marinoni.adv.br. Último acesso em 02 de abril de 2014.

objetivo do processo³¹⁷ – não o único, pois ela corresponderia a um valor intrínseco às finalidades processuais –; porém, revolve-se ao descrito alhures de que, a preocupação, por ora, é desvendar a atual noção de convencimento e buscar solução para adequá-lo aos cânones democráticos.

5.1 O atual CPC – ampla margem decisória x completude da decisão

A motivação das decisões judiciais enfrenta, desde há muito, um grande desafio à sua concretização plena. O princípio do livre convencimento motivado, na forma como atualmente interpretado pelos magistrados,³¹⁸ acaba por impor uma injustificada e ilegítima restrição ao dever de fundamentar os pronunciamentos jurisdicionais, o que destoia de uma análise sistemática das garantias fundamentais do processo.

Apesar de sua estreita ligação com as provas – que além de servir de supedâneo para o livre convencimento, é também um de seus limites – a persuasão racional³¹⁹ tem seu ápice no momento de decidir, notadamente na apresentação das razões da decisão. E neste sentido, permitir ao magistrado que justifique seu pronunciamento com base, única e exclusivamente, nas razões que formaram o seu convencimento, é conceder ampla margem decisória ao julgador, subjetivizando um dado que não era para sê-lo. A regra descrita no art. 131, do CPC³²⁰ não pode servir de subterfúgio, ou não deve ser interpretada, como limitadora da

³¹⁷ Conforme afirmado outrora, apesar de não corresponder aos objetivos deste trabalho, já se abordou um pouco a respeito da verdade. Sobre o aspecto, remete-se o leitor para a nota 196, *supra*.

³¹⁸ A respeito, ver nota 315, *supra*.

³¹⁹ Apenas a título de complementação, a história demonstrou que o sistema da prova legal (no qual se atribui “valores” determinados aos meios de prova, cuja origem remonta às ordálias, e teve seu ápice na Idade Média) era falho em razão da passividade atribuída ao juiz, que apenas assistia a produção da prova e declarava o seu resultado na sentença. Já o sistema da íntima convicção era deficiente em razão da ampla margem subjetiva dada ao juiz – ele poderia decidir o caso de acordo com seu livre entendimento sobre o caso, embasando-se em todos e quaisquer elementos, inclusive pessoais, além de não precisar justificar seu veredito. O terceiro sistema existente, persuasão racional ou livre convencimento motivado (nascido com os códigos napoleônicos e atualmente vigente), é uma espécie de balança entre os dois sistemas anteriores (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil** – v. I. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 349 e seguintes), afinal o juiz tem liberdade de avaliar as provas produzidas e com base nelas decidir, mas, ao final, deve justificar seu pronunciamento. Todavia, o manejo do livre convencimento motivado tem revelado uma temerosa proximidade com a íntima convicção, pelo justo fato da deficiente motivação dos julgados. Sobre os sistemas suscitados, ver CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil** – vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 406-409; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil** – vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 389-396; e também COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 134-140.

³²⁰ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil: “art. 131. 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.”.

amplitude e abrangência da motivação das decisões. Ao contrário, sua presença é uma ratificação da obrigação dos juízes em justificar suas decisões, os quais são dotados de uma liberdade limitada.³²¹ É aqui que se abre espaço para incutir na mentalidade dos juristas sobre a necessidade de completude da decisão judicial.³²²

A liberdade restringida do magistrado pode até conferir-lhe uma maior margem de avaliação das questões discutidas no processo, mas jamais um salvo-conduto para ignorar alguns argumentos em detrimento de outros.³²³ Justificar por quais motivos acolheu como verídicos determinados pontos e por quais razões deixou de considerar outros é parte integrante do livre convencimento motivado.

A garantia fundamental do contraditório, interpretada sob o viés democrático, pressupõe a participação como o elemento legitimador do processo. Já o dever de motivar as decisões, também visto como direito inalienável do cidadão, pressupõe o fechamento legitimante da atuação jurisdicional, pois é através da exposição das razões de decidir que a

³²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. *Op. cit.*, p. 394, que desta forma pondera sobre a limitação do juiz no sistema do livre convencimento motivado: “A liberdade que se concede ao juiz na apreciação da prova não é um mero arbítrio, senão um critério de atuação ajustado aos deveres profissionais. (...) A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e a máxima de experiência; (...)”. No mesmo sentido, KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knijnik%20-%20formatado.pdf>, acesso em 25 de abril de 2014, que utilizando-se do magistério de Humberto Theodoro Júnior, elenca os seguintes limites do livre convencimento motivado: “Sua caracterização, destarte, vem, de regra, estabelecida com as seguintes notas: “a) embora *livre* o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 336, bem como das presunções legais); c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários da prova dos autos.”. Na doutrina estrangeira, ver IACOBINI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 2006, p. 11, que ao falar da discricionariedade valorativa do julgador na análise da prova, assim destaca: “*Tale discrezionalità, peraltro, non significa certo arbitrio valutativo del giudice, considerato che questi resta pur sempre tenuto al rispetto di criteri razionali che non di rado sono regole legali di apprezzamento.*”.

³²² Tudo conforme defendido no capítulo 3, item 3.2.4, *supra*.

³²³ Neste aspecto, elucidativo é o voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, que no julgamento na Terceira Turma do Recurso Especial de nº 802.927/PE, relatoria do Ministro Ari Pargendler, assim destacou: “É certo que de acordo com os arts. 131 e 436, do CPC, o juiz não está vinculado apenas ao laudo pericial, porquanto deve se utilizar de todos elementos dos autos para formar seu livre convencimento. Por outro lado, isso, todavia, não equivale a permitir ao juiz, ao adotar o laudo pericial nas razões de decidir, que simplesmente despreze, sem qualquer fundamentação, os outros instrumentos de prova disponíveis nos autos, dentre os quais, especialmente, os pareceres discordantes dos assistentes técnicos. (...) Nessa linha de entendimento, se um ou os assistentes técnicos apresentar(am) pareceres discordantes, apontando tecnicamente falhas no laudo pericial, mas mesmo assim o juiz acolhe integralmente as conclusões do laudo pericial, ele, obrigatoriamente, deve fundamentar a sua decisão, nos termos do inciso II do art. 458, do CPC, explicitando as razões pelas quais não considerou as conclusões apresentadas nos pareceres discordantes; sob pena, de assim não o fazendo, proferir decisão nula. A esse respeito, Nicola Giudiceandrea afirma que ‘o juiz tem a obrigação, não só jurídica, como moral, de avaliar as críticas feitas pelo assistente técnico.’ (Enciclopedia del diritto, vol. IX, Milão: A. Giuffrè, 1961, vocábulo: ‘Consulente tecnico’, p. 542)”. O voto-vista foi dado em apoio ao voto-relator, sendo que ambos entenderam pelo provimento do recurso para anular a sentença de procedência que se apoiou integralmente no laudo pericial, como se o juiz foi um “servo do perito” (palavras do acórdão).

sociedade pode controlar a atuação judicial. Estes dois elementos devem ser conjugados para formar a espinha dorsal de qualquer processo, e é sob esta óptica que todos os institutos do processo devem ser interpretados.

O livre convencimento motivado, ao mesmo tempo em que outorga ao magistrado uma liberdade na eleição das premissas da decisão – desvinculando-se de regras apriorísticas de avaliação e valoração das questões debatidas no processo, e desde que corretas estas premissas³²⁴ –, exige do juiz uma exposição de motivos para aquela eleição (motivação); é neste ponto que entra a necessidade de interpretação da persuasão racional à luz das garantias processuais fundamentais. A relação simbiótica entre contraditório e motivação impede qualquer tipo de pronunciamento sem a análise e enfrentamento de todos os pontos relevantes discutidos pelas partes no processo.

E apesar da jurisprudência ter-se filiado à corrente oposta daquela defendida neste trabalho, já houve demonstração de lampejos de racionalidade a respeito do tema, quando se defendeu que, “partindo-se da compreensão do direito fundamental ao contraditório como direito a convencer o órgão jurisdicional, a completude da motivação só pode ser aferida em função dos fundamentos argüidos pelas partes, (...)”.³²⁵ Esse é o espírito que as garantias fundamentais em debate devem ser interpretadas, afinal “o direito fundamental ao contraditório impõe o dever de o órgão jurisdicional considerar seriamente as razões apresentadas pelas partes em seus arrazoados.”.³²⁶

A ampla margem decisória que se instaurou nas decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro parte, no mínimo, de uma premissa equivocada, qual seja, deixar de considerar que as garantias fundamentais do processo devam incidir na interpretação e aplicação de todos os institutos processuais. A frustração de uma motivação que se baseia apenas em fundamentos que chancelam a decisão final, denota uma ofensa direta e expressa a uma série de direitos conferidos aos cidadãos, que ficam à mercê do julgador e seu solipsismo.

O debate instaurado no processo é a linha de atuação na qual o juiz deve buscar subsídios para sua decisão. Não há pronunciamento judicial que possa ser publicizado sem que às partes tenham sido oportunizadas manifestações (ainda que diferidas). E o livre convencimento motivado do julgador deve ser avaliado nesta seara, com o magistrado

³²⁴ Sobre a questão da correção ou incorreção das premissas remete-se ao que se discorreu sobre justificação interna, item 3.2.3, *supra*.

³²⁵ Excerto do julgado do STF, Pleno, MS 25.787/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14.09.2007.

³²⁶ *Idem*.

trazendo o diálogo havido no processo para a decisão. Apesar de o juiz ser aquele que deve ser convencido da decisão, ele não trabalha sozinho para chegar ao resultado final.

E ainda que se defenda a corrente dominante na jurisprudência brasileira (a qual entende pela desnecessidade de acatar todos os fundamentos discutidos no processo), deve-se ter em mente que o entendimento é frontalmente contrário aos ideais democráticos que permeiam o direito processual. Assim, pode até ser defensável uma racionalização do dever de motivar quando somente se expõem as razões que chancelam a decisão judicial, no entanto a garantia de justificar os provimentos jurisdicionais estará sendo cumprida apenas em seu aspecto formal.³²⁷ O verdadeiro conteúdo do direito fundamental, que deve ser desvelado juntamente com os elementos que compõem o princípio do contraditório, não será respeitado em decisões tais. Ora, se um contraditório sem a devida atenção do juiz (permitir que seja convencido) não tem qualquer valor, uma motivação da decisão sem o enfrentamento dos fundamentos que corroboram e infirmam o convencimento do magistrado é, da mesma forma, imperfeita.

A ser ratificada a forma como o livre convencimento motivado vem sendo hoje tratado pelos tribunais nacionais, estar-se-á a defender que as garantias do contraditório e da motivação das decisões judiciais são meros direitos formais, significando dizer que elas não têm qualquer valor no ordenamento jurídico ou mesmo que suas normatividades são inexistentes.

A grande diferença do livre convencimento motivado para as antigas formas de valoração da prova é a exigência de motivação. É através dela que a sociedade exercerá o necessário controle da atividade judicial, impedindo, a um só tempo, a anarquia na livre apreciação das provas produzidas e a arbitrariedade na eleição das razões de decidir. Esse dever imposto ao magistrado é a mais importante forma de limitação da atuação jurisdicional.³²⁸

³²⁷ Em sentido semelhante, KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial:** ... *Op. cit.*, que assim destaca: “Para que a *práxis* probatória não se possa considerar inteiramente ‘livre’, ‘subjetiva’, tendente à violência, à arbitrariedade, nossa atenção deve estar voltada, também, para a forma de pensamento, para todos os *pontos de vista* possíveis. Nesse contexto, o *diálogo* proporcionado pelo princípio do contraditório, passa a operar como um instrumento fundamental, superando a dimensão meramente formal que, por largo tempo, praveleceu”.

³²⁸ Também vendo a motivação como meio de controlar a liberdade do juiz na valoração das provas, IACOBINI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice.** *Op. cit.*, p. 16: “*In tale percorso si notano tutte le preoccupazioni del legislatore verso un sistema suscettibile, astrattamente, di dare spazio a interpretazioni assolutamente libere del giudice, che vengono scongiurate mediante un meccanismo di controllo della motivazione, non potendosi certo rievocare quello della prova legale, che, come s’è visto nel precedente capitolo, consta di un’acritica conformazione del giudice ai risultati della prova stessa*”.

Não se nega que o livre convencimento possa se transformar em um abre-alas para decisões subjetivadas,³²⁹ afinal ele chancela a abertura interpretativa do juiz na análise das provas no caso concreto (inclusive, é o que tem ocorrido nos dias atuais). Todavia, esta norma é uma válvula de escape necessária a todo sistema jurídico não hermético, que se alimenta de fatos da vida muitas vezes imprevisíveis. O ponto é como controlar este fator subjetivo; e a proposta defendida no presente trabalho é justamente através de uma conjugação dos princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais, que analisados e aplicados em conjunto, podem combater estes riscos.

Em suma, a grande dificuldade, por parte dos juristas em geral, em apreender o real sentido do livre convencimento motivado, encontra-se no fato de inexistir na legislação qualquer indício de sua definição. No entanto, esta questão não impede a verificação de que a aceção do instituto possa ser encontrada com a experiência vivida em relação aos anteriores sistemas de valoração da prova, conjugado com a atual noção dos princípios que regem o ordenamento pátrio. Ora, a persuasão racional como sinônimo de livre convencimento motivado denota não apenas a ideia de racionalidade que permeia o instituto, como exclui qualquer possibilidade de arbítrio.³³⁰

Parcela da doutrina nacional conjuga com os entendimentos ora defendidos. A motivação das decisões judiciais, ainda que embasada em um livre convencimento motivado

³²⁹ Neste sentido BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Capítulo 4, 1763 *apud* IMPOSIMATO, Ferdinando. **L'errore giudiziario. Aspetti giuridici e casi pratici**. Milano: Giuffrè, 2009, p. 21, que assim destaca: “*Mirabilmente Cesare Beccaria traccia il quadro delle strutture che derivano da un'interpretazione volubile dovuta alle opinioni soggettive legate alle deduzione logiche: 'Le nostre cognizioni e tutte le nostre idee hanno una reciproca connessione; quanto più sono complicate, tanto più numerose sono le strade che ad esse arrivano e partono. Ciascun uomo ha il suo punto di vista, ciascun uomo in differenti tempi ne ha un diverso. Lo spirito della legge sarebbe dunque il risultato di una buona o cattiva logica di un giudice, di una facile o malsana digestione, dipenderebbe dalla violenza delle sue passioni, dalla debolezza di chi soffre, dalle relazioni del giudice coll'offeso e da tutte quelle minime forze che cangiano le apparenze di ogni oggetto nell'animo fluttuante dell'uomo. Quindi veggiamo la sorte di un cittadino cambiarsi spesso volte nel passaggio che fa a diversi tribunali, e le vite dei miserabili essere la vittima dei falsi raziocini o dell'attuale fermento degli umori d'un giudice, che prende per legittima interpretazione il vago risultato di tutta quella confusa serie di nozioni che gli muove la mente. Quindi veggiamo gli stessi delitti dallo stesso tribunale puniti diversamente in diversi tempi, per aver consultato non la costante e fissa voce della legge, ma l'errante instabilità delle interpretazioni.'*”. Ainda sobre a possível manipulação do princípio do livre convencimento pelo juiz, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba: Ed. da UFPR, n. 30, 1998, p. 197.

³³⁰ Veja-se IACOBINI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. *Op. cit.*, p. 17, a respeito: “*Se, dunque, l'equilibrio dinamico dall'agire del giudice, in sede de valutazione della prova e poi de conseguimento della decisione, sta nell'evitare sia la rigidità di meccanismi legali, sia l'eccesso di elasticità di un apprezzamento esteso fino al limite dell'arbitrio soggettivo (perché individuale), appare perfino ovvio affermare che il principio del libero convincimento si definisce non tramite norma, mas 'per via di eterointegrazione, ossia attraverso l'individuazione dei criteri logici e conoscitivi in base ai quali si può dire che il convincimento del giudice sia non solo libero, ma anche razionale e non arbitrario' (Taruffo 1990, 2)*”.

sem amarras normativas, deve ser completa,³³¹ no sentido de abarcar os fundamentos prós e contra a decisão tomada.

Contudo, a realidade diversa da perspectiva democrática-participativa ainda está aprisionada no Judiciário. E, em atenção a todos estes fatos descritos, notadamente pelos equívocos interpretativos decorrentes da compreensão do livre convencimento motivado, é que se entende por louvável a atitude do projeto de lei que visa à modificação do Código de Processo Civil (PLS 166/10, atualmente PLC 8.046/10). Desde o texto apresentado no Senado Federal, verifica-se uma tendência de reparar as ambiguidades que limitam a inteligibilidade do livre convencimento motivado e ratificar a tese de que a motivação das decisões judiciais deve ser completa.

Isto porque o projeto traz dispositivo em seu bojo (art. 499, §1º, do texto aprovado pela Câmara dos Deputados em março de 2014) que delimita a maneira como deve ser motivada a decisão judicial, notadamente em casos nos quais se utilizam conceitos vagos ou indeterminados, expressões de abertura semântica ou termos ambíguos.

Este dispositivo será o propulsor da adequada aplicação do livre convencimento motivado, pois o limite final de atuação do juiz (a fundamentação da decisão), estará

³³¹ A respeito ver notas 308 e 311, *supra*. Também neste sentido, tem-se a posição de MITIDIERO, Daniel. **Bases para construção de um processo civil cooperativo** – o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p. 103, que assim afirma: “A fundamentação da decisão tem que ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões, critério *‘notevolmente ambíguo e in gran parte oscuro’*. De modo algum. A completude da decisão tem que ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas. O juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo. Por essa vereda, o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne às razões constantes de seus arrazoados”. Disponível em <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?...1>, acesso em 15 de fevereiro de 2014. Ainda, THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I**. Rio De Janeiro: Forense, 2012, 53ª ed., p. 37, que destaca: “os argumentos dos litigantes sejam considerados e analisados pelo julgador, tanto para acolhida como para rejeição. O Juízo há de ser lógico e exaustivo em torno de todo o debate produzido nos autos.”. Cfr. também MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2011, para quem: “A apreciação que o órgão jurisdicional deve fazer dos fundamentos levantados pelas partes em seus arrazoados tem de ser completa. Vale dizer: a motivação da decisão deve ser completa, razão pela qual cabem embargos declaratórios quando ‘for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal’ (art. 535, II, CPC). A omissão judicial a respeito de ponto sobre o qual devia pronunciar-se o órgão jurisdicional constitui flagrante denegação de justiça. Viola o direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB). O parâmetro a partir do qual se deve aferir a completude da motivação das decisões judiciais passa longe da simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou à sua conclusão.”. Em sentido contrário, e por todos, GUIMARÃES, Mario. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 350, *apud* TORRES DE MELO, Rogerio Licastro. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 111, nº 273, jul-2003, que assim leciona: “(...) não precisa o juiz reportar-se a todos os argumentos trazidos pelas partes. Claro que se o juiz acolhe um argumento bastante para a sua conclusão, não precisará dizer se os outros, que objetivam o mesmo fim, são procedentes ou não.”.

resguardado com a minudente disposição normativa sobre o correto meio de justificar os pronunciamentos judiciais.

Ainda que se possa defender a desnecessidade dessa disposição analítica, haja vista a interpretação constitucional-democrática que deve ser dada à garantia fundamental de motivar as decisões, conforme já afirmado anteriormente, os tribunais brasileiros estão desconsiderando tal fato e justificando suas decisões sem o respaldo do texto normativo maior.³³² Assim, é válida e louvável a previsão legal que, se aprovada pelo Senado e sancionada pelo Presidente da República, trará bons frutos à ciência processual, à melhor atuação jurisdicional, além de uma melhor qualidade dos serviços prestados pelo Judiciário à população em geral.

O dispositivo legal, todavia, pode ser melhorado. A realidade informa que quanto mais analítica for a definição do “como proceder” para motivar a decisão, maior ganho terá a sociedade, que deixaria de ficar à mercê de decisões solipsistas, as quais comumente ignoram relevantes questões discutidas pelas partes.

5.2 O projeto do novo Código de Processo Civil e o avanço na motivação das decisões judiciais

O projeto de lei através do qual se discute o novo Código de Processo Civil, cujo texto foi recentemente aprovado pela Câmara dos Deputados (março de 2014) e encontra-se de volta à sua casa de origem para eventual aprovação, enfrenta expressamente a questão da

³³² MARINONI, Luiz Guilherme. **Prova, convicção e justificativa diante da tutela antecipatória**. Disponível em www.marinoni.adv.br, assim afirma na nota de rodapé nº 18: “O mesmo alerta para a fundamentação veio expresso no § 4º do art. 273, que dita que ‘a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada’. Tal explicitação, à primeira vista, seria desnecessária, à medida que a obrigatoriedade da motivação está expressa na Constituição Federal (art. 93, IX)”. O professor, que escreveu para os casos de tutela antecipada (a exigência de motivação em nada se altera para decisões finais ou antecipadas, afinal, ontologicamente, ambas são decisões), queria dizer justamente o que se defende no trabalho, ou seja, as previsões existentes até seriam suficientes para adequar-se ao conteúdo democrático da garantia de motivação das decisões, mas a realidade aponta na direção inversa, havendo tão somente um cumprimento formal do dever de justificar os provimentos (e nas questões atinentes às tutelas antecipatórias o problema é ainda mais sério, afinal muitas vezes os magistrados apenas mencionam a presença dos elementos aptos ao deferimento da medida emergencial, sem apresentar um único motivo para seu convencimento. Nas palavras de Marinoni: “Não é por razão diversa que são comuns as decisões de primeiro grau que concedem ou negam a tutela antecipatória sem qualquer fundamento e as decisões de segundo grau que revogam ou mantêm a tutela antecipatória sem nada argumentar.”).

motivação das decisões judiciais. O art. 499³³³⁻³³⁴ é, certamente, a grande contribuição do projeto para o tema desenvolvido.

É preciso destacar, antes de qualquer inserção no conteúdo do dispositivo, que a evolução da redação do texto é prova irrefutável de que o diálogo, já na fase de formação da legislação, é fonte de conhecimento e condição de aprimoramento das instituições democráticas, resultando em melhores normas para a sociedade.

Percebe-se, assim, que o projeto de lei nº 166 /10, gerido no âmbito do Senado Federal por uma comissão de notáveis juristas, nomeada em setembro de 2009 pelo então presidente daquela casa, Senador José Sarney, não trazia qualquer inovação em relação ao Código

³³³ Art. 499. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

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

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

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³³⁴ Não se ignora a existência de diversos outros dispositivos prevendo o dever de fundamentar as decisões (o próprio art. 11 do novo Código, possui regra muito semelhante àquela existente no art. 93, IX, da CRFB/88), bem como a influência da motivação das decisões em outros institutos de suma importância para a ciência processual, como no caso da coisa julgada de questões incidentais discutidas no processo (art. 514, §1º e §2º) e da importância dos fundamentos para a formação do precedente (art. 521, §3º), entre outros. Todavia, o ponto principal do presente trabalho é tão somente demonstrar que o novo Código de Processo Civil trouxe disposição normativa revolucionária no que tange ao conteúdo da obrigação de motivar as decisões, situação que imporá a ultrapassagem da barreira de um livre convencimento motivado embasado na apresentação de argumentos que, única e exclusivamente, ratifiquem a decisão judicial. E para finalizar, as proposições ora defendidas devem ser interpretadas na exata medida definida pelo §1º, do art. 499, do novo Código, ou seja, ela é válida para sentenças, acórdãos ou decisões interlocutórias, mesmo porque, ontologicamente, não há qualquer diferença entre elas.

vigente quanto ao conteúdo do dever de motivação das decisões judiciais. O art. 471³³⁵ do texto original era uma reprodução quase que fiel do atual art. 458³³⁶, do CPC de 1973.

Quando da entrega do texto ao Senado – junho de 2010 – foi instituída comissão temporária para sua análise, sendo que em novembro de 2010, o Senador Valter Pereira apresentou relatório geral já com algumas modificações em relação ao projeto original. Dentre as alterações, encontrava-se o acréscimo do parágrafo único e mais quatro incisos ao art. 471, do projeto original, bem como a renumeração do dispositivo, ocupando, naquela época, o art. 476.³³⁷

Em 15 de dezembro de 2010, o relatório geral foi aprovado na íntegra pelo Senado Federal e remetido para a Câmara dos Deputados, o qual passou a tramitar como o projeto de lei 8.046/10 (posteriormente, e em razão da identidade de matérias, foi anexado ao projeto de lei 6.025/05 para tramitação conjunta). E foi na referida casa legislativa que o projeto do novo Código de Processo Civil teve a mais ampla e fecunda discussão, possibilitando profundos debates para o aperfeiçoamento da lei em gestação.³³⁸ Não por menos que vários textos parciais foram circulados pela comissão especial instituída pela Câmara para discutir o projeto, merecendo especial destaque aquele divulgado em outubro de 2012, pois foi o primeiro relatório geral apresentado pelo deputado Sérgio Barradas, relator geral nomeado após o envio do projeto pelo Senado.

³³⁵ Art. 471. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

³³⁶ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil, e assim dispõe: “art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”.

³³⁷ Art. 476. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório sucinto, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

Parágrafo único. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

³³⁸ Merece destaque que na elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil, na comissão nomeada pelo senador José Sarney e presidida pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, também foi marcante a participação da sociedade, pois antes da entrega do texto para o Senado, realizaram-se oito audiências públicas, nas cinco regiões do país. Todavia, foi na Câmara dos Deputados que o projeto ganhou maior divulgação e publicidade, o que acabou possibilitando uma maior participação de vários segmentos sociais.

A maturação e a ampla discussão no interstício entre dezembro de 2010 e outubro de 2012 podem ser sentidas no conteúdo do texto, cujas alterações foram substanciais. Para o caso em apreço, o vetusto art. 476, do projeto de lei 166/10, ganhou novos contornos e hipóteses, sendo também renumerado, passando a integrar o texto do art. 500.³³⁹

As discussões sobre o novo Código de Processo Civil mantiveram-se candentes, e após diversas modificações, a redação final da Câmara foi aprovada em 26 de março de 2014, e o dispositivo que trata dos requisitos da sentença e do meio adequado de fundamentar uma decisão está estampado, conforme visto, no art. 499.³⁴⁰

E, no que tange ao artigo de lei comentado, a novidade que poderá vir a ser inaugurada com a aprovação do novo código encontra-se a partir de seu parágrafo primeiro.

A principal impressão que o dispositivo normativo deixa é a sua preocupação com a explicação da qualificação jurídica dada aos fatos pelo juiz. Salientou-se anteriormente que o livre convencimento motivado é usado como blindagem para que os magistrados decidam como bem entendam (ato de vontade, na terminologia kelseniana), ao invés de o fazerem com base no conhecimento. A importância dos elementos fáticos e sua relação com os fundamentos jurídicos é o grande mote para o acerto da decisão – quando se discorreu sobre a justificação interna foi apontado que apenas através da exata fixação do direito em razão das premissas fáticas é que se pode atestar a incorreção da tese jurídica exarada.

Bem por isso que os incisos I (se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida) e III (invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão) do projeto procuram negar, logo de início, que indicações de dispositivos legais ou seus textos, bem como a apresentação de

³³⁹ Art. 500. São elementos essenciais da sentença:

I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da contestação do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

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

III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões que as partes lhe submeterem.

§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que:

I – se limita a indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;

II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada.

³⁴⁰ Uma comparação do dispositivo com o artigo de lei correspondente no Código de Processo Civil atual, além das versões aprovadas pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, pode ser encontrada em <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/151972.pdf>.

fundamentos redundantes não têm o condão de justificar a decisão proferida. Se o projeto busca uma nova forma de leitura da ciência processual aplicada no Brasil, se o objetivo é trazer segurança e efetividade ao tratar dos precedentes judiciais, então a doutrina processual e a jurisprudência terão que se acostumar com o tratamento de questões fáticas ínsitas ao processo em si, mas desde muito relegadas pelos julgadores.

E o código não trabalha apenas com regras de negação sobre o que não poderia ser considerado um argumento justificativo da decisão. O inciso II (empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso) denota uma atitude comissiva por parte do juiz e espelha uma das principais deficiências encontradas nas decisões judiciais de hoje. Bem por isso estabelece o novo Código que o magistrado destrinche qual a relação do conceito jurídico indeterminado usado nas suas razões com o caso discutido no processo.

A Constituição brasileira de 1988 é pródiga na previsão de normas cujo conteúdo não é definido abstratamente. Conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas abertas, normas de textura aberta, são termos que podem representar este fenômeno, representado pela vagueza da linguagem em si.³⁴¹ Mas a abertura semântica do termo não pode e nem deve impedir a sua utilização pelo aplicador do direito, todavia, ele terá um trabalho mais árduo, que é justamente qualificar e enquadrar os fatos da causa no termo vago.

Este trabalho artesanal do intérprete, de adequar os fatos ao conceito jurídico indeterminado, é o exato significado da pauta prevista no art. 499, §1º, II, do novo Código de Processo Civil. Não basta ao magistrado invocar a norma cujo conteúdo é indefinido abstratamente, seu dever é expor o que entende pelo conceito indeterminado (determinar seu conteúdo), esmiuçando-o à luz dos dados fáticos do processo; ao final, caberá ao magistrado relacionar e adequar os fatos ao termo jurídico vago. Em suma, o que se está impondo com a disposição é a necessidade de o magistrado delimitar a abrangência do termo jurídico vago,

³⁴¹ Não se ignora a diferença conceitual existente entre conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, mas alerta-se que no presente trabalho e na análise do art. 499, §1º, II, do novo Código de Processo Civil, se usará os termos como sinônimos. O primeiro, por inferência lógica, verifica-se quando há utilização de palavras vagas ou ambíguas; seu problema encontra-se no preenchimento do conteúdo do termo, sendo certo que a consequência jurídica já é definida na lei. Já as cláusulas gerais “espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado” (DIDIER JÚNIOR. Fredie. Cláusulas Gerais processuais. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 187, set-2010, p. 70); em suma, as cláusulas gerais possuem dupla indefinição, tanto no seu conteúdo, quanto na sua consequência. Para fins do presente trabalho, a diferenciação será desconsiderada, mesmo porque o que interessa é justamente a vagueza de conteúdo das normas. Ademais, quer-se acreditar que o legislador pensou da mesma maneira ora exposta ao editar o referido enunciado, mesmo porque seria um grande contrassenso exigir a explicação do uso de um conceito jurídico indeterminado e não fazê-lo para as cláusulas gerais.

conferindo-lhe o conteúdo que o cerca, e justificar a incidência de referida norma ao caso concreto de acordo com a faticidade presente.

Ora, se a função jurisdicional é dotada de um poder criativo, e a motivação das decisões é o meio controlador/legitimante desta função, é impositivo que o juiz, ao fundamentar sua decisão, delimite com precisão a premissa maior, analise-a com os olhos voltados para a premissa menor e, no caso de adequação entre elas, justificar os motivos pelos quais aquela norma é aplicável.

Já os incisos V (se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos) e VI (deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento) também impõe um comportamento ativo do juiz na hora de justificar a decisão. Aliás eles tratam de ideias muito semelhantes.

Tornou-se costumeiro no direito pátrio a motivação das decisões embasadas em julgamentos passados ou alicerçadas em súmulas de jurisprudência, assim como o afastamento aleatório de precedentes ou enunciados normativos indicados pelas partes nas suas causas de pedir.

A prática não pode ser condenada, mesmo porque a segurança jurídica e a isonomia impõem que casos semelhantes devem ser resolvidos da forma mais equânime possível. O problema encontra-se no modo como este método de decisão vem sendo utilizado pelos tribunais brasileiros.

É patente, tanto em sede doutrinária,³⁴² quanto na seara jurisprudencial,³⁴³ que a identificação de causas deve ser realizada na comparação entre as suas premissas fáticas. A

³⁴² Neste sentido: “No recurso especial pela letra *c*, a prova do dissídio far-se-á por certidão ou indicação de Diário da Justiça ou de repertório autorizado, com a transcrição de trecho que configure a divergência, cumprindo sejam mencionadas 'as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados'”, e continua o autor afirmando que é necessário “demonstrar analiticamente que os arestos divergiram na aplicação da lei em casos análogos, diante de fatos análogos”, CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 115-116. Na doutrina estrangeira, ver TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 559 e 562.

³⁴³ Na jurisprudência do STJ: “Agravamento Regimental nos Embargos de Divergência. Nulidade. Possibilidade de decretação em recurso manifestamente intempestivo. Ausência de similitude fática. Não cabimento. Art. 266 do RISTJ. Agravo Interno desprovido. I - A divergência que enseja a interposição dos embargos - destinados a dirimir eventual dissídio no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça - é aquela ocorrida em hipóteses semelhantes, devendo ser demonstrado que em situações iguais foram dadas soluções diferentes. II - Não restou caracterizada a similitude fática entre os arestos cotejados, porquanto a tese sustentada pelo recorrente diz respeito à possibilidade de reconhecimento de nulidade absoluta ainda que esta seja suscitada em recurso intempestivo, quando os acórdãos paradigmas tratam apenas da declaração de nulidade absoluta, sem abordar

similitude de duas demandas somente é aferível ao analisar seus pressupostos fáticos. Relacionar casos apenas por suas conseqüências jurídicas é uma verdadeira falácia – é corriqueiro ter o mesmo fundamento de direito embasando dois pedidos distintos, mas apenas um deles receber o tratamento que a norma determina. Comparar situações embasando-se apenas na conclusão ou suma do julgado (leia-se, ementas) é a mesma coisa que utilizar termos vagos sem a exata precisão de seu conteúdo.

Assim, o magistrado tem como dever inerente à motivação das decisões judiciais especificar tanto os julgados paradigmas utilizados como base de sustentação de sua decisão, como analisar detidamente os precedentes indicados pelas partes, os quais podem ser refutados ou acatados por ele na hora de decidir.

O trabalho de resgate da faticidade que envolve o julgamento das causas é fator de extrema relevância no aperfeiçoamento da decisão judicial. É quando se analisam os pressupostos fáticos que se pode definir a exata medida de aplicação de um dado enunciado normativo ou de um precedente, sendo certo que estes também devem ter suas peculiaridades analisadas e demonstradas pelos magistrados.

Perceptível, pois, que as previsões normativas advindas com o novo Código de Processo Civil são de extrema valia para a mudança de perspectiva no que se refere às decisões judiciais atualmente proferidas, as quais vêm recheadas de entendimentos jurisprudenciais, porém, grande parte das vezes, sem qualquer tipo de relação com a demanda

a questão da tempestividade recursal. III - Dessa feita, não havendo similitude entre os regimes jurídicos, não há como pressupor a obrigatoriedade de idênticas soluções. IV - Agravo interno desprovido.” (AgRg nos EAREsp 143107/RO, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 01/07/2013, DJe 01/08/2013); “Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial. Direito administrativo e processual civil. Embargos de Divergência. Gratificação especial da Lei 6.373/93 do Estado do Rio Grande do Norte. Prescrição do fundo de direito. Inocorrência. Súmula nº 85/STJ. Art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Necessidade de exame de legislação local. Súmula nº 280/STF. Acórdão embargado em consonância com a jurisprudência consolidada nesta Corte. Súmula nº 168/STJ. Execução provisória contra a Fazenda Pública. Inexistência de determinação de pagamento imediato das verbas pretéritas. Ausência de similitude fática e jurídica entre os arestos. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. Agravo Regimental não provido. (...) 4. O cabimento dos embargos de divergência depende da existência de identidade ou similitude fática entre o acórdão embargado, que se pretenda reformar, e os paradigmas, cujo entendimento é o que se busca fazer prevalecer, bem como de teses jurídicas contrastantes, de modo a demonstrar a alegada interpretação divergente dos órgãos julgadores deste Superior Tribunal. 5. Consignando o acórdão do recurso especial que “não haverá o pagamento imediato dos valores pretéritos” ao passo que o acórdão paradigma trata da impossibilidade da imediata inclusão em folha de pagamento das vantagens pleiteadas, inexistente a necessária similitude fática e jurídica entre os arestos confrontados, impondo-se o não conhecimento dos embargos de divergência. 6. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (AgRg nos EREsp 1151425/RN, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Seção, julgado em 11/09/2013, DJe 16/09/2013). Veja ainda os seguintes processos: EREsp 423.250/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 10.12.2009, DJe 22.2.2010 e AgRg nos EREsp 1112702 SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 16/11/2010. A título explicativo, salienta-se que a citação única e exclusiva de ementas não representa a integralidade do conteúdo do julgado; todavia, no presente caso, a reprodução do referido excerto bastou para repassar a ideia que se objetivava.

que está sendo julgada. Os textos previstos no art. 499, §1º, V e VI tem o exato condão de coibir referidas práticas, obrigando aos magistrados que, além de preencher o conteúdo de termos jurídicos vagos, deverão justificar a utilização ou a refutação de um julgado ou enunciado de súmula, de acordo com os respectivos dados fáticos do processo.

E as previsões do referido inciso VI são fortalecidas se for realizada uma leitura sistemática com o art. 521, §5º³⁴⁴ da novel lei processual em formação, o qual exige uma argumentação racional e uma justificativa convincente para não seguir determinado precedente, seja em razão de distinções fáticas, seja em decorrência de disparidades jurídicas entre os casos.

Por fim, tem-se a previsão do inciso IV (não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador) cuja redação envolve a ideia de praticamente todo o desenvolvimento realizado quando se discutiu a respeito da completude da decisão judicial (item 3.2.4, *supra*). A devida justificação dos pronunciamentos exarados pelo Poder Judiciário deve contemplar os argumentos debatidos e defendidos por ambas as partes, além dos fundamentos expostos por aqueles que ingressaram na relação processual na intenção de contribuir com a entrega da prestação jurisdicional.

Em tempos de processo jurisdicional democrático, não é cabível que o magistrado decida uma causa e a justifique apenas com base em argumentos que ratifiquem sua tomada de posição. As partes não podem ter seus fundamentos ignorados pelo juiz, ao qual se impõe a obrigação de enfrentá-los, ainda que seja para rechaçá-los. Este é o verdadeiro cerne do texto legal, que ao prever o dever do magistrado em abordar expressamente todos os fundamentos aptos a infirmar sua decisão, tem como objetivo primacial evitar decisões voluntaristas ou subjetivas.

A sistemática impingida pelo novo Código de Processo Civil, a qual impõe uma inter-relação entre boa parte de seus dispositivos legais, pode se fazer sentir, ainda que parcialmente, neste texto, pois sua redação é praticamente uma decorrência lógica das previsões encampadas nos artigos 6º³⁴⁵ e 10º³⁴⁶, do mesmo diploma em gestação.

³⁴⁴ Art. 521. (...) § 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa.

³⁴⁵ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁴⁶ Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício.

Mas as novidades referentes ao conteúdo da norma que encampa a obrigação de motivar as decisões judiciais vão mais além. Ao comentar o inciso II, do art. 499, §1º, do novo Código de Processo Civil, discorreu-se sobre as razões do comando normativo no que tange à determinação de pormenorizar o conteúdo do conceito jurídico indeterminado quando do seu uso na decisão judicial. Já o §2º, do art. 499 (no caso de colisão entre normas, o órgão jurisdicional deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão), traz uma hipótese semelhante, porém especial, que é o caso da ocorrência de colisão entre direitos fundamentais.

Todavia, uma crítica inicial merece ser feita. O dispositivo fala em “conflito de normas”, o que nos remete a um equívoco de generalização. É bem difundido e largamente aceito entre os autores contemporâneos, que as normas jurídicas se dividem em regras e princípios. E segundo Ronald Dworkin, a diferença entre ambas é lógica, pois decorre de suas modalidades de aplicação; enquanto as regras são utilizadas em razão do critério “tudo-ou-nada”, os princípios possuem uma dimensão de peso, ou seja, sua proposição não apresenta uma conclusão pronta e acabada e a respeito de determinada conduta.³⁴⁷

E neste sentido, para que uma regra seja válida, sua aplicação deve ocorrer toda vez que as condições ou fatos descritos na norma estiverem presentes no caso concreto, inclusive suas exceções. Pela descrição objetiva de seu texto, havendo colisão entre duas regras, necessariamente uma delas deverá ser excluída do ordenamento.

Lado outro, quando se tratar de princípios, cuja descrição do conteúdo normativo não é minudente como no caso das regras, são as próprias circunstâncias do caso concreto que determinarão qual princípio será aplicado, sem, contudo, importar na exclusão do ordenamento do princípio sucumbente. É o peso ou a importância que determinará aquele princípio que prevalecerá.

É em decorrência desta diferenciação, atuação das regras no plano da validade e atuação dos princípios na dimensão de peso, que se percebe o equívoco cometido pelo legislador ao estipular a necessidade de justificação analítica por parte do magistrado quando houver colisão de “normas”. Assim, seria mais adequado o uso do termo “princípios”, espelhando a melhor doutrina sobre a questão, mesmo porque, repisa-se, caso haja colisão entre regras uma delas será excluída do ordenamento – a justificativa pela eleição de determinada regra se espelhará no plano interno –; ao passo que a colisão entre princípios,

³⁴⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Marins Fontes. 2002. p. 23-126.

além de manter íntegra a norma preterida no plano do ordenamento, sua aplicação imporá a justificção externa.³⁴⁸

Mas sobre o conteúdo do dispositivo em si, tem-se que sua redação é consentânea com boa parte dos argumentos ora expostos para justificar as novas proposições normativas que serão utilizadas com a aprovação do novo Código de Processo Civil. A sua parte final faz expressa menção à necessidade de o magistrado destacar as premissas fáticas nas quais embasa sua decisão de preferir um princípio em detrimento do outro.

Apesar de ser prática muito conhecida na jurisprudência, a ponderação realizada nos casos de conflitos de direitos fundamentais está longe de representar o meio de adequado de aplicação deste método.³⁴⁹⁻³⁵⁰ Assim, bem andou o legislador ao estipular a referida norma, obrigando ao magistrado, da mesma maneira que deve ser feito com toda e qualquer utilização de termo vago, adentrar na faticidade do caso para verificar qual direito fundamental deve preponderar em concreto, expondo, posteriormente, as razões pelas quais alcançou referida conclusão.

Essa obrigação de determinar normativamente a ponderação realizada pelo magistrado poderá acabar com uma falácia no uso do princípio da proporcionalidade – ora entendido como pressuposto de interpretação e aplicação do direito. A norma, apesar de ser estudada e conhecida por suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), não vê o detalhamento de seu conteúdo na prática, ou seja, faz-se menção ao termo, é

³⁴⁸ Não se desconhece a doutrina que defende a possibilidade de ponderarem-se regras. Neste sentido, e por todos, ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. Pois bem, segundo os autores que comungam com referido entendimento, todo e qualquer tipo de norma (regra ou princípio) podem ter suas razões sopesadas para alcance da regra aplicável ao caso concreto – e não apenas as regras em si serão balizadas, mas também as razões que as deram origem. Isto porque, para ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 50-51, “a dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica, como comprovam os métodos de aplicação que relacionam, ampliam ou restringem o sentido das regras em função de valores e fins que elas visam resguardar”. Todavia, ainda que haja adeptos da ideia de ponderação para todo e qualquer tipo de norma, e mesmo que a proposta seja tentadora, os próprios doutrinadores desta corrente têm ciência da raridade com a qual o fenômeno pode ocorrer. Referido fato decorre de sua própria natureza, afinal “as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta (...)” (ÁVILA. Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 63). Por estas razões, compreende-se a existência da corrente exposta, porém entende-se que pecou o legislador por utilizar o termo “normas”, pois amplia demasiadamente a possibilidade de ponderação, sendo que os próprios defensores da ponderação de regras advgam por sua excepcionalidade, situação que pode ser mal-interpretada pelos operadores do direito e causar mais problemas do que benesses.

³⁴⁹ A respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 708, abril-2002, p. 23-50. Em p. 32, o autor afirma peremptoriamente: “A invocação da proporcionalidade é, não raramente, um mero recurso a um *topos*, com caráter meramente retórico, e não sistemático.”

³⁵⁰ Apenas para fins de esclarecimento, não se adentrará na questão referente à correção ou não da utilização do método da ponderação. Utilizar-se-á da premissa do legislador para alcançar as conclusões que se entendem pertinentes ao tema do trabalho.

suscitada sua aplicação no caso concreto, mas não se discute a substância das suas sub-regras em relação ao caso concreto. A previsão legal, assim, é substancial, pois pretende preencher uma lacuna existente na aplicação da proporcionalidade, com a devida observância dos elementos fáticos inerentes a qualquer método de comparação/prevalência.

O último dispositivo a ser analisado é aquele previsto no art. 499, §3º (a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé). A dicção do texto legal encampa uma verdadeira cláusula geral, cujo intento é evitar uma regra de fechamento no que tange à motivação das decisões judiciais.

As diversas previsões a respeito do modo através do qual uma decisão seria adequadamente fundamentada poderiam levar a interpretações (a *contrario sensu*, diga-se) de que outras regras ou outros meios não poderiam ser enquadrados como inerentes ao dever de fundamentação das decisões judiciais. Referida questão poderia engessar o sistema e condicionar eventuais mudanças a reformas legislativas.

A utilização de uma cláusula geral, que se escora no princípio da boa-fé, é elemento suficiente para demonstrar que o instituto da motivação das decisões judiciais não é e nem está cerrado com as regras previstas no art. 499. A norma deve estar em constante evolução, e isso decorre da própria complexidade inerente à vida.³⁵¹

A conclusão que fica é que o legislador aperfeiçoou a redação do dispositivo que trata dos requisitos da sentença, buscando conferir-lhe maior sistematicidade ao delinear o modo pelo qual se entenderá motivada uma decisão judicial. E como já destacado neste trabalho, para se alinharem as premissas democráticas, é necessária a mais completa motivação da decisão, e o texto do art. 499, daquele que pretende ser o novo Código de Processo Civil, tem como fim, justamente, impor que o magistrado fundamente analiticamente seu pronunciamento, apreciando todas as vicissitudes do caso, inclusive apontando os motivos pelos quais dispensou determinados argumentos.³⁵²

³⁵¹ Sobre a referida função das cláusulas gerais, DIDIER JÚNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. *Op. cit.*, p. 69 e seguintes: “O Direito passa a ser construído a posteriori, em uma mescla de indução e dedução, atento à complexidade da vida, que não pode ser totalmente regulada pelos esquemas lógicos reduzidos de um legislador que pensa abstrata e aprioristicamente. As cláusulas gerais servem para a realização da justiça do caso concreto; revelam-se, em feliz metáfora doutrinária, como “pontos de erupção da equidade”.

³⁵² A ideia de uma fundamentação analítica é defendida por MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de julho de 2014. Também neste sentido, MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr-2012, p. 61 e ss., que assim expõe: “O impacto dessa *tripla mudança* no campo da fundamentação das decisões judiciais é muito significativo. A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para aplicação de

5.3 Proposições de *lege ferenda* para melhor adequação da motivação às decisões judiciais – motivação e precedentes

É inegável a relação entre a motivação das decisões e o estudo dos precedentes judiciais. Apesar de constituírem-se em institutos próprios, é a afinidade entre ambos que poderá proporcionar a esperada uniformidade na interpretação do Direito em tempos de ductibilidade da ordem legal vigente.

Salientou-se outrora que a apresentação de razões para justificar uma decisão judicial além de garantia inalievável do cidadão, é também um pressuposto de atuação do Judiciário no espectro do Estado Constitucional. A resposta estatal à demanda do cidadão, observada na conjuntura das funções endo e extraprocessual da motivação das decisões judiciais, denota a impossibilidade de falar em cânones democráticos sem a completa e racional exposição dos fundamentos que consubstanciam a tutela jurisdicional.

Da mesma forma, o estudo do precedente judicial tem suas vantagens exponencializadas na perspectiva de concretização dos ideais de isonomia e segurança jurídica, dois princípios fundantes do Estado Democrático de Direito. O primeiro deles é calcado na vetusta concepção de que “casos iguais devem ser tratados de maneira igual”,³⁵³ já o segundo tem em sua óptica as noções de previsibilidade e estabilidade no direito, na qual não basta uma “univocidade na qualificação das situações jurídicas”,³⁵⁴ mas também que o ordenamento jurídico tenha um mínimo sequencial. Nas palavras de Maurício Ramires, “o

princípios e regras mediante postulados normativos e para concretização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas.”.

³⁵³ Tradução livre de “*like cases should be decided alike*”, em CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 2004, p. 3. Ainda neste sentido, ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. *Op. cit.*, p. 261, que assim afirma em p. 262: “*El fundamento del uso de los precedentes constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción dela justicia, encuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual*”. Interessante a respeito é a abordagem de Marinoni, para quem não basta uma igualdade no processo e ao processo, é preciso ainda uma igualdade diante das decisões judiciais, cfr. MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Igualdade. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de julho de 2014.

³⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. O Precedente na Dimensão da Segurança Jurídica. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br>, acesso em 05 de julho de 2014. No referido texto, Marinoni defende que a ideia da segurança jurídica engloba os conceitos como estabilidade e previsibilidade. A junção da substância de cada qual seria a mola propulsora de outro cânone democrático, a proteção da confiança; os jurisdicionados cientes das normas que compõe a sociedade teriam melhores condições de guiar o seu modo de agir em razão dos atos de poder estatal. Também neste sentido, cfr. ALEXY, Robert. **Teoria de la Argumentación Jurídica**. *Op. cit.*, p. 264 e ainda MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Op. cit.*, p. 61 e ss.. Outras garantias constitucionais podem ter sua proteção elástica com a aplicação da teoria do precedente vinculante, cita-se, apenas ilustrativamente, a duração razoável do processo e o próprio acesso à justiça. Todavia, o presente espaço não permite uma abordagem mais profunda.

fundamento hermenêutico de uma teoria dos precedentes inicia justamente no seu papel de salvaguarda da tradição, coerência e da integridade do direito, (...).”³⁵⁵

Neste sentido, é acertado destacar a importância das razões de decidir dentro do ideal dos precedentes, ora encarado como “a assunção de uma orientação mais analítica, interessada em aprofundar na análise dos mecanismos mediante os quais a decisão de um caso influi sobre a decisão do caso posterior, além de indagar referidas razões e justificações”.³⁵⁶ Isto porque são os motivos que justificam a decisão que conferirão os atributos necessários à efetivação da esperada segurança jurídica; o direito legislado, cada vez mais volátil, roga por sua definição no âmbito do caso concreto, e compete ao Judiciário efetivar esta tarefa. Nesta esteira, os motivos determinantes emergem como fator relevante na definição da norma jurídica a ser, eventualmente, aplicável para o futuro. É nesta atividade interpretativa do juiz que o jurisdicionado se embasará para suas próximas condutas.

Pelo visto, perceptível que o precedente é o pronunciamento judicial que tem eficácia prospectiva, funcionando de maneira igual ao direito legislado nos países de tradição romano-canônica. Mas para alcançar seus objetivos, é necessário encontrar a regra de direito capaz de tornar-se previsível, estável e com aplicação equânime perante a sociedade: a *ratio decidendi*. Composto a essência do precedente, a *ratio decidendi* (ou *holding*), como não poderia ser diferente, é extraída das razões de decidir.³⁵⁷

Em breve digressão, a *ratio decidendi* representa a tese jurídica extraída do caso concreto que determinará a existência do precedente³⁵⁸ – perceba-se que os termos não se confundem, afinal a *holding* é a delimitação da autoridade do precedente, enquanto este representaria o todo decisório. A *ratio decidendi* é representada pelos dados relevantes

³⁵⁵ RAMIRES, Mauricio. **Crítica à aplicação de precedents no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 95. Os termos destacados pelo autor são retirados da doutrina de Ronald Dworkin, e apesar de diferentes daqueles ora utilizados, adequam-se perfeitamente à ideia defendida. Para uma melhor compreensão das ideias de Dworkin, remete-se o leitor para o capítulo 2 do presente trabalho.

³⁵⁶ No original: “*la assunción de una orientación más analítica, interesada en profundizar los mecanismos mediante los cuales la decisión de un caso influye sobre la decisión de un caso posterior, y en indagar sus razones e sus justificaciones*”, em TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 541.

³⁵⁷ Neste sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 184, jun/2010, p. 9 e ss., que assim afirma: “Ora, a parte dispositiva não é capaz de atribuir significado ao precedente; esse depende, para adquirir conteúdo, da sua fundamentação, ou, mais precisamente, da *ratio decidendi* ou dos fundamentos determinantes da decisão.”

³⁵⁸ Taruffo informa, todavia, que a noção de *ratio decidendi* é bastante ambígua, cfr. TARUFFO, Michele. Dimensiones del precedente judicial. *Op. cit.*, p. 547. Para fins didáticos, filia-se a uma das ideias sobre o que a *ratio decidendi* representaria, situação que será observada no decorrer do texto.

existentes no julgamento, ou melhor, pelas razões necessárias e suficientes³⁵⁹ para a constituição da regra de aplicação do direito a todos os demais casos semelhantes que se enquadrarem aos mesmos pressupostos daquela situação – efetivação do fundamento isonômico da teoria do precedente.

A identificação da *ratio decidendi*, entretanto, não é ato simplório, ou seja, ela não se confunde com todos os motivos utilizados para justificar o pronunciamento judicial; na verdade, ela coincide com os elementos determinantes da fundamentação da decisão. A importância da *ratio decidendi* é que ela não tem sua essência formada por questões estritamente jurídicas. Ao contrário, sua estrutura é embasada na conjuntura fática do caso analisado. A cisão entre fato e direito, tão criticada na perspectiva filosófica do Direito encontra na doutrina dos precedentes um forte aliado, afinal, o *case law* não é estudado como se fosse um ponto final de argumentação.

Neste meandro encontra-se, pois, o diferencial da *ratio decidendi*: os aspectos fáticos da demanda compõem papel fundamental na identificação das razões suficientes e necessárias do precedente,³⁶⁰ e a verificação de compatibilidade na aplicação de um precedente ao caso futuro deverá perpassar, necessariamente, pela averiguação da identidade de faticidade entre ambos. Apesar de ser elementar a necessidade de extração da *ratio decidendi* em uma teoria dos precedentes, a sua identificação não tão simples quanto possa parecer. Elucidando o exposto, a linha doutrinária do *common law* defende alguns métodos para a assimilação da *ratio decidendi* no caso concreto, dentre os mais importantes: o teste de Wambaugh, o teste de Goodhart³⁶¹, a tese de Oliphant e a Fórmula Scalia – por óbvio que estas questões não têm espaço no presente trabalho.³⁶²

³⁵⁹ Na lição de MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 206, abr-2012, p. 61 e ss.: “A proposição é *necessária* quando sem ela não é possível chegar à solução da questão. É *suficiente* quando basta para resolução da questão. A proposição necessária e suficiente para solução da questão diz-se *essencial e determinante* e consubstancia o *precedente*”. Ainda neste sentido, tem-se o Enunciado n. 173 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que a respeito do art. 521, § 3º, do projeto do novo Código de Processo Civil, assim destaca: “Cada fundamento adotado na decisão capaz de resolver de forma suficiente a questão jurídica induz os efeitos do §3º do art. 521. (Grupo: Precedentes)”.

³⁶⁰ Assim, TARUFFO, Michele. Precedente y Jurisprudencia. *Op. cit.*, p. 559: “(...) *queda claro que la estructura fundamental del razonamiento que lleva a aplicar el precedente al caso siguiente está fundada sobre el análisis de los hechos. Si este análisis justifica la aplicación en el segundo caso de la ratio decidendi aplicada en el primero, el precedente es eficaz y puede determinar la decisión del segundo caso.* Em outro texto, no qual fala especificamente sobre os precedentes na Itália, assim destaca Taruffo: “*El factor principal que debe tenerse en cuenta es que, en Italia, el uso ordinario del precedente no se basa en la lectura de toda la sentencia y la reconstrucción de la ratio decidendi del caso a partir de los hechos del caso específico, como se hace en los sistemas de common law.*”, em TARUFFO, Michele. El precedente en Italia. Trad. de Maximiliano Aramburo Calle. In: **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons. 2009, p. 574.

³⁶¹ Sobre o tema, GOODHART, Arthur L.. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161-183. Disponível em

Pois bem. No atual ponto do estudo, um dado deve estar estabelecido: o precedente somente pode ser entendido a partir do caso que lhe deu origem, e para tanto, é imperioso a análise das razões de decidir à luz de uma completa análise da faticidade que o envolveu.

Assim, retomando o aspecto central, e com foco na relação próxima entre precedente e motivação das decisões, a primeira coisa a ser modificada no sistema jurídico brasileiro é, justamente, a forma de justificar os pronunciamentos judiciais. Este aspecto é bastante importante para a teoria dos precedentes, pois toda a sua estrutura é dependente do exato delineamento dos aspectos fáticos e jurídicos da causa posta sob a apreciação do Judiciário. A aplicação de uma regra de direito alcançada através de um caso julgado e sua consequente incidência em demandas futuras, somente pode ser realizada na medida em que ambos os casos são confrontados em suas minudências, sendo que, no precedente é a exposição dos fundamentos da decisão que tem o condão de informar ao intérprete estas peculiaridades.

É nesta linha que os entendimentos defendidos no presente trabalho, acerca da correlação entre a motivação das decisões e o seu diálogo com o contraditório, irradiam efeitos na tentativa de aplicação racional da teoria dos precedentes no ordenamento nacional.

O Brasil, país cuja tradição jurídica seguiu os padrões da *civil law*, não se filia à corrente da eficácia vinculante do precedente, todavia, é inegável a sua utilização, ainda que com um viés persuasivo.

O movimento de aproximação das famílias do *common law* e *civil law*, denunciado no primeiro capítulo deste trabalho, denota que são cada vez mais crescentes os ideais de miscigenação entre as características de cada tradição jurídica. A aplicação de uma teoria do precedente ganha força na medida em que sua utilização visa a assegurar os já mencionados cânones democráticos da isonomia e segurança jurídica; e referida situação é observada em qualquer Estado Democrático, seja aquele que opera por meio da legislação, seja aquele que labora por meio da jurisprudência.

A realidade brasileira não destoa deste ambiente. A quantidade de obras e artigos que discorrem sobre o estudo dos precedentes e a sua aplicabilidade à realidade pátria é

<http://www.jurisprudencia.pe/upload/iblock/617/6175b6fc66743a781a813fd9c33a6340.pdf>. Último acesso em 10 de julho de 2014.

³⁶² A respeito das teorias destacadas ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. *Op. cit.*, p. 224-228 e também RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 69. A título de curiosidade, a teoria do precedente destaca que além da *ratio decidendi* a motivação das decisões judiciais teria ainda argumentos *obiter dictum*. Eles seriam definidos pelo critério da exclusão, ou seja, tudo aquilo que não fosse *ratio decidendi*, seria classificado como tal. Mais didaticamente, eles representariam os juízos de valor que o magistrado externaria na sua decisão, mas que não se mostrariam como fundamentais, necessários ou decisivos para o deslinde do caso concreto.

incontestável.³⁶³ Esta óptica reverberou no Poder Legislativo, que discute o tema no projeto do novo Código de Processo Civil, no qual se destacou um capítulo para tratar do assunto – vide seção V, capítulo XV, artigos 520 a 522, do projeto aprovado pela Câmara e devolvido ao Senado em março de 2014. E rememore-se que, a exposição de motivos do anteprojeto da nova lei de procedimentos civil, já sinalizava este necessário viés de estabilização da jurisprudência.³⁶⁴

Mas de nada adianta uma crescente produção doutrinária, uma tentativa de reforma das disposições legislativas e um ensaio de adaptação sobre a teoria do precedente, se o pressuposto da questão não for enfrentado. A base para toda e qualquer justificativa de defesa de uma teoria do precedente passa, necessariamente, pela reformulação do dever de expor os motivos da decisão.³⁶⁵

A racionalidade e completude do pronunciamento judicial, atrelado ao ambiente participativo que deve imperar no processo, é ponto de partida para todo e qualquer enfoque referente ao emprego da força vinculante ou persuasiva dos precedentes. Ora, somente se podem utilizar julgados exemplificativos e/ou justificativos de determinadas posições se as premissas fático-jurídicas de cada qual forem identificadas e comparadas, encontrando ao final a similitude necessária para aplicação do mesmo resultado.³⁶⁶ Toda esta procedimentalização deve ser precedida de intenso diálogo entre os sujeitos processuais, de

³⁶³ Somente a título de elucidação, veja as obras já indicadas na nota 21, *supra*. Em uma consulta à página na *internet* da Editora Revista dos Tribunais, onde se consegue acesso à versão *on line* dos trabalhos publicados na Revista de Processo, ao se fazer uma pesquisa utilizando-se a palavra chave “precedente”, encontram-se remissão a 33 (trinta e três) artigos científicos a respeito do tema, sendo que destes, 31 (trinta e um) foram publicados depois da virada do século. E se a consulta for mais abrangente, sendo realizada em todas as revistas publicadas pela referida editora, o número de escritos sobe para 62 (sessenta e dois) trabalhos. A singela busca ressalta não apenas a importância, mas a própria atualidade do tema.

³⁶⁴ O texto do projeto remetido da Câmara para o Senado pode ser encontrado em www.camara.gov.br. Acesso em 15 de julho de 2014. O texto da exposição de motivos do anteprojeto do novo Código de Processo Civil está disponível para consulta em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em 15 de julho de 2014. Em nota 21, *supra*, destacou-se o excerto da exposição de motivos do anteprojeto do novo CPC que aborda a questão da importância do precedente.

³⁶⁵ Igualmente, mas escrevendo antes mesmo das previsões do art. 499, do projeto do novo Código de Processo Civil, DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 4ª ed. Salvador: Juspodvim, 2009, v. 2, p. 398, que assim destacam: “A regra segundo a qual toda decisão judicial deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), precisa ser redimensionada na mesma proporção em que precisamos redimensionar a importância da motivação de uma decisão. Considerando que o precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo – até porque é nela que está o precedente –, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios.”

³⁶⁶ Cfr. RAMIRES, Mauricio. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. *Op. cit.*, p. 71, “(...) para o juiz daquele sistema, decidir invocando um precedente, é imprescindível que antes tome conhecimento dos fatos do caso presente e do caso que deu origem ao julgado pretérito, e só após compará-los, identificá-los e distingui-los ele poderá aplicar a regra.”

modo a participarem ativamente do convencimento do juiz e influenciarem na decisão a ser proferida.

A utilização do precedente, ou o seu afastamento (*distinguishing* e *overruling*, para se utilizar a linguagem técnica), é realizado a partir dos dados fáticos de cada causa, neste sentido, ninguém melhor do que as partes que vivenciaram o episódio em debate para compartilhar suas razões com o juízo. E o estabelecimento da *ratio decidendi* deve ser alcançado com esta realidade, analisando a integral faticidade do caso, através de um discurso participativo no processo, para que então a regra jurídica concretamente construída no caso anterior possa ser futuramente utilizada – claro, desde que os pressupostos entre as demandas comparadas sejam verificados.

A completa e adequada motivação das decisões judiciais, espelhada na premissa participativa do contraditório-influência e sua inafastável relação com a questão do precedente, resgata a função uniformizadora das decisões judiciais – nomofilaxia –, que conforme já destacado alhures, possibilitará a aferição e “controle da correta aplicação da jurisprudência”.³⁶⁷

Essa natureza harmônica vem ganhando relevo com o projeto do novo Código de Processo Civil, que não poupou esforços em estabelecer, dogmaticamente, a relação entre os institutos. Assim, verifica-se no texto atual a existência de previsões a respeito dos precedentes no dispositivo destinado à motivação das decisões judiciais (art. 499, §1º, V e VII), além de textos legais atinentes à exposição de razões de decidir no capítulo que cuida da aplicação do precedente judicial (art. 521, §3º, §5º e §7º³⁶⁸).

As redações dos artigos demonstram que a intenção é assimilar as características dos institutos na sua melhor perspectiva, visando a concretizar não apenas as diretivas constitucionais protetivas aos cidadãos, como também a própria unidade do direito brasileiro.

³⁶⁷ ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. In: **O Projeto do novo Código de Processo Civil**. Coord. Andre Vasconcelos Roque e Humberto Dalla Bernardina Pinho. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 17.

³⁶⁸ Art. 521. Para dar efetividade ao disposto no art. 520 e aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, as disposições seguintes devem ser observadas: (...)

§ 3º O efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado. (...)

§ 5º O precedente ou jurisprudência dotado do efeito previsto nos incisos do *caput* deste artigo poderá não ser seguido, quando o órgão jurisdicional distinguir o caso sob julgamento, demonstrando fundamentadamente se tratar de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada, a impor solução jurídica diversa. (...)

§ 7º A modificação de entendimento sedimentado poderá fundar-se, entre outras alegações, na revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese ou em alteração econômica, política ou social referente à matéria decidida. (...).”

A força vinculativa que o precedente ganha na redação do novo projeto³⁶⁹ não ceifa a liberdade julgadora dos magistrados, afinal, pelas disposições presentes, eles terão oxigenação suficiente para distinguir ou mesmo superar o precedente formado – as previsões de *distinguishing* e *overruling* são expressas no projeto.³⁷⁰

Mas observa-se que a propalada liberdade do magistrado é condicionada. Para afastar-se do precedente ou diferenciar as hipóteses, aos julgadores se atribuirá um ônus argumentativo com o fito de demonstrar a diferenciação entre os casos em comparação. Não diferente será o dever de motivação no caso de revogação do precedente, quando é obrigação do magistrado identificar os fatores que ensejam a modificação de entendimento (sejam por razões econômicas, sociais, políticas ou legais) e minudenciá-los para que os jurisdicionados possam ter a exata noção das razões de superação da linha de pensamento anterior.³⁷¹⁻³⁷²

³⁶⁹ O que pode ser aferido através da redação do art. 520, do projeto do novo Código de Processo Civil, que assim destacada: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Todavia, ainda que não se interprete o referido dispositivo com esta amplitude, pelo que se pôde perceber da curta explanação sobre a teoria dos precedentes, não se mostra necessário um dispositivo legal obrigando aos magistrados seguirem as decisões pretéritas, isto porque a própria estrutura e fundamento da teoria dos precedentes, notadamente no que tange à *ratio decidendi*, imporiam esta vinculação. Em linha de entendimento semelhante, MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Op. cit.*

³⁷⁰ Neste sentido, e ainda que os juízes tenham a obrigação de seguir o precedente, é incontestável a possibilidade de reservar o seu entendimento na decisão proferida, instando que o Tribunal *ad quem*, leve em consideração estes fundamentos novos que podem não ter sido observados na formação do precedente. Neste sentido, cfr. NUNES, Dierle. **Afastamento do precedente não pode continuar sendo regra**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>. Acesso em 06 de julho de 2014, quando assim afirma: “caso o órgão jurisdicional constate a existência de fundamento novo, não levado em consideração na formação de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, aplicará o atual entendimento e explicitará as razões que determinariam novo entendimento, a ressalva de entendimento.” Referido entendimento doutrinário foi sedimentando através da edição do Enunciado n. 172 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), que assim destaca: “(art. 521, §1º) A decisão que aplica precedentes, com a ressalva de entendimento do julgador, não é contraditória. (Grupo: Precedentes)”.

³⁷¹ Nas palavras de Mitidiero, a superação de um precedente ocorre quando se observa uma cisão em sua dupla coerência, a qual é formada pela congruência social e consistência sistêmica, cfr. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Op. cit.*, p. 61 e ss..

³⁷² Sobre a carga argumentativa do magistrado para afastar-se do precedente, ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**. *Op. cit.*, p. 263, “*En esta situación aparece como cuestión de principio la exigencia del respeto a los precedentes, admitiendo el apartarse de ellos, pero endosando en tal caso la carga de la argumentación a quien quiera apartarse. Rige pues el principio de inercia perelmaniano que exige que una decisión solo puede ser cambiada si puede aducirse razones suficientes para ello.*” Na doutrina brasileira, STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013, p. 36 e ainda MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *Op. cit.* p. 9 e ss., assim afirmando: “O que se deseja evidenciar é que, para se alterar um precedente, qualquer membro do Tribunal, seja recente ou antigo, deve expressar fundamentação capaz de evidenciar que o precedente perdeu a sua razão de ser em face da alteração da realidade social, da modificação dos valores, da evolução da tecnologia ou da alternância da concepção geral do direito. Neste caso, o juiz assume um ônus de evidenciar que tais motivos não só estão presentes, como são consistentes e fortes o bastante para se sobrepor às razões determinantes antes adotadas. Caso a maioria do Tribunal não consiga vencer o ônus de alegar, demonstrar e evidenciar que ‘boas razões’ impõem a revogação do precedente, esse deverá ser mantido.”.

Esta obrigação judicial de empreender forte carga argumentativa às novas decisões que visam a alteração do precedente está expressamente prevista como condição de validade da decisão – se o pronunciamento não contiver os motivos pelos quais o precedente será modificado ou não será aplicado ao caso análise, então esta decisão estará viciada. Da mesma forma, e conforme já demonstrado, o projeto também encampa a necessidade do efetivo diálogo na decisão dos casos sob sua apreciação; assim, tanto o procedimento de formação do precedente, quanto sua distinção ou revogação, devem sempre ser precedidos da mais ampla possibilidade de participação do jurisdicionado e da sociedade, conferindo-lhes o direito de influir na decisão.

A questão é tão imprescindível, pois um determinado precedente somente pode ser interpretado à luz da demanda julgada que lhe deu vida.³⁷³ Mas, igualmente, a aplicação do precedente somente pode ser realizada após a verificação da identidade de pressupostos entre o paradigma e o caso sob análise. Estas comparações são facilitadas tanto quanto maior for o diálogo e a participação no processo de formação da decisão. Debate intenso, influência na formação da convicção, melhor e mais bem fundamentada a decisão, maior facilidade de assimilação e aplicação do precedente, eis a “fórmula” para o alcance de uma uniformidade argumentativa nas decisões.³⁷⁴

É inegável que o instituto dos precedentes e a norma que encampa a necessidade de motivação das decisões judiciais são elementos independentes na teoria do Direito, mas é igualmente óbvio que uma interlocução entre ambos os institutos proporciona um desvelamento de novos elementos de substanciação dos direitos e garantias assegurados aos cidadãos.

De tudo o que se disse sobre o precedente, interessante anotar que ele não pode e não deve ser encarado como uma norma de fechamento do sistema. Ao contrário, ele é o começo. A formação da *ratio decidendi* é o ponto de partida para se discutir a sua vinculação e/ou persuasão para os casos futuros. E essa característica somente é possibilitada pela abertura argumentativa que a motivação das decisões proporciona. Sem fundamentos determinantes não é possível a análise comparativa visando a integração sistêmica e a aplicação isonômica dos casos *sub judice*.

A relação entre motivação das decisões e precedentes judiciais é basilar, pois o primeiro funciona como base de sustentação do segundo. Esta simbiose entre os institutos

³⁷³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do TST**. v. 79, abr.-jun./2013. p. 118.

³⁷⁴ *Ibidem*. p. 122-123.

deve ser uma constante nos estudos envolvendo o direito processual, não por menos que as diretivas vindouras com a lei de procedimentos em gestação têm como intuito um bem maior, o respeito pela unidade do ordenamento.

Conclui-se, assim, que uma adequada análise da motivação das decisões judiciais, obedecendo todas as nuances que compõem a norma – notadamente sua íntima relação com o princípio do contraditório –, engloba, ainda, a necessidade de releitura das bases estruturantes do processo atual no que concerne à uniformização da jurisprudência. A adequação da teoria dos precedentes à realidade brasileira, na forma como exposto, é uma das formas de combater os pronunciamentos judiciais solipsistas que assombram a concretização das garantias constitucionais e dos direitos dos cidadãos.

Enfrentar o dever de motivar as decisões é impor o ônus ao magistrado de não apenas expor, completa e adequadamente, as razões pelas quais chegou à determinada conclusão, mas também possibilitar que seja extraída a *ratio decidendi* de seu pronunciamento, a fim de que as demandas futuras possam ser comparadas e, caso possível, tenham o mesmo desfecho. Esta interlocução entre a doutrina dos precedentes e o dever de expor as razões de decidir teria o objetivo de concretizar, precipuamente, as previsões constitucionais da igualdade e da segurança jurídica na aplicação do direito.

Este é o novo desafio que os operadores do direito devem estar preparados para enfrentar com a possível entrada em vigor da nova lei processual cível; afinal, a noticiada relação entre os institutos está apenas nas entrelinhas dos dispositivos legais que regulamentam os precedentes e a motivação das decisões judiciais. Entretanto, referida conexão não apenas é um consectário lógico de todo e qualquer sistema que se pretenda uniforme, mas também tem o fim último de cristalizar os ideais democráticos.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho sempre foi buscar uma justificativa que alinhasse o modelo constitucionalista vigente e a perspectiva processual de resolução de conflitos na vertente de um Estado Democrático de Direito. Nesta linha, a crescente judicialização dos conflitos e o inchaço da máquina judiciária não poderiam servir como subterfúgios para mitigação das garantias processuais previstas pelo Texto Maior; escorar-se nos referidos argumentos seria confirmar um paradoxo que colocaria em xeque a credibilidade do Judiciário, afinal, se ele próprio lutou para que fosse possível o amplo acesso à justiça, não poderia, no momento atual, justificar as deficiências da prestação jurisdicional em razão de um aumento desenfreado das demandas.

Os magistrados não podem fechar seus olhos para as garantias processuais constitucionais, elas representam mais do que meras formalidades dentro de um rito a ser seguido. A substância desses direitos na perspectiva democrática amplia a segurança do cidadão na prestação jurisdicional, e na outra vertente, melhora a qualidade do serviço prestado pelo Estado.

Neste contexto, duas normas, as quais têm seus valores redesenhados no espectro contemporâneo, sobressaem-se: os princípios do contraditório e da motivação das decisões judiciais. Estas garantias mostram-se como responsáveis por cobrir todas as fases processuais, resguardando não somente a ampla participação do jurisdicionado na resolução do conflito, como também a possibilidade de controlar o pronunciamento final. Esta foi a finalidade do estudo, a qual conseguiu-se comprovar.

Mais detalhadamente, a estrutura de um processo judicial, decorrente da mudança de perspectiva do cenário jurídico no segundo quartel do século XX, não mais se compatibiliza com decisões eminentemente calcadas na lei ou estritamente voluntaristas. Cumprir a proposição normativa, seja a legislada, seja a costumeira, impõe um ônus para as partes e para o juiz no intuito de concretizar o caráter dialogal que deve imperar no cenário processual.

Com as aproximações das duas grandes famílias do Direito, *civil law* e *common law*, também propiciado por um avançado estágio de compartilhamento de informações, tornou-se factível correlacionar as melhores proposições de cada qual e demonstrar que um sistema absolutamente puro pode não satisfazer as necessidades prementes do Estado Democrático de Direito. A troca de experiências demonstra que radicalismos de ambos os lados não contribuem para o alcance de uma ordem jurídica uniforme e racional.

Exemplificativamente, negar a existência de um poder discricionário sob o fundamento de que ele se converte em uma decisão solipsista é focar na parte final do processo (decisão), sem observar o meio (diálogo). É inegável que há normas sem a previsão de uma consequência jurídica ou mesmo normas com abertura semântica em suas hipóteses de incidências; compete ao magistrado preencher os respectivos conteúdos no momento de decidir. Este fato, por si só, traz a lume a discricionariedade judicial, a qual, entretanto, pode ter seus efeitos suavizados em razão do efetivo contraditório, do poder de influir na decisão judicial e da obrigação de o magistrado expor as razões de decidir. E para alcançar tal desiderato, premente se fez uma mirada nos mais variados ordenamentos jurídicos, haja vista tratar-se de problema a nível mundial. A análise do direito comparado nestes casos auxilia na evolução dos conceitos e ajuda na consolidação de estruturas jurídicas democratizadas.

Mas, aceitar passivamente as transformações que o Direito enfrentou não seria a melhor forma de encarar a problema. A ideia foi alcançar proposições que escorassem as estruturas mancas do Judiciário, e, para tanto, recorreu-se às normas que vêm se mostrando como a tábua de salvação no momento de concretizar os esperançosos objetivos de democratizar o processo: as garantias fundamentais do contraditório e da motivação das decisões judiciais.

A natureza relacional e complementar que os conteúdos das normas encampam, mostraram-se como o elemento necessário para reiterar que o momento atual é de modificação de visão e de entendimento sobre a substância das garantias constitucionais. Transformar o espectro de atuação de cada princípio jurídico, abraçando ideais de inclusão participativa, foi o caminho desenvolvido e que cumpriu o desígnio de solidificar os argumentos defendidos no presente trabalho: a motivação das decisões judiciais, em parceria com um contraditório-influência, tem o condão de legitimar a atuação jurisdicional.

E a nova lei processual civil em formação, projeto de lei 8.046/10, é argumento de autoridade (tanto no sentido formal, quanto material) capaz de ratificar os juízos desenvolvidos. As proposições da legislação em debate trazem a positivação de boa parte das razões expostas no trabalho, o que facilitou a tarefa proposta.

Em suma, o fato é: estudar a noção atual de processo jurisdicional democrático é desenvolver linhas de entendimento a respeito das garantias fundamentais do processo com a inclusão do elemento participação na substância de cada qual. A tarefa, devidamente realizada, demonstrou que o trabalho de interlocução entre o contraditório-influência e a

necessidade de motivação completa e adequada da decisão judicial, alimenta o procedimento que visa a comprovar a existência de legitimidade na atuação jurisdicional.

Fica, assim, a proposta de remodelamento das garantias do contraditório e da motivação das decisões judiciais na seara processual. O Judiciário não pode ficar na retarguarda do avanço democrático, mesmo porque, se quiser afirmar-se como Terceiro Poder, em nível de igualdade à Legislativo e Executivo, deve buscar novas bases participativas em sua estrutura. E pelo que foi exposto, o começo desta empreitada pode ser alcançado com a releitura das garantias processuais constitucionais ora apresentadas.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile**: il modello costituzionale del processo civile italiano. Torino: Giappichelli, 1997.
- ANDREWS, Neil. **English Civil Procedure – Fundamentals of the New Civil Justice System**. New York: Oxford University Press, 2003.
- _____. Influência Europeia sobre o processo civil inglês: a Inglaterra não é mais uma ilha. Tradução de: Teresa Arruda Alvim Wambier. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 195, p. 161, maio 2011.
- _____. A Suprema Corte do Reino Unido: reflexões sobre o papel da mais alta corte britânica. Tradução de: Teresa Arruda Alvim Wambier. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 186, p. 299, ago.2010.
- _____. Decisões Judiciais e o Dever de Fundamentar – a experiência inglesa. Tradução de: Teresa Arruda Alvim Wambier. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 192, p. 92, fev. 2011.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. São Paulo: Martins Claret, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade substancial. **Gênesis – Revista de Direito Processual Civil**, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 685-695, set./dez. 1996.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. Tradução de Maria Cristina G. Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2003.
- _____. Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales. **DOXA - cuadernos de Filosofía del Derecho**, [S.l.], n.1, p. 51-68, octubre 1994. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01338308644248274088802/isonomia01/isonomia01_04.pdf?portal=4>. Acesso em: 20 fev. 2014.
- ÀVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. ‘Neoconstitucionalismo’: entre a ‘ciência do direito’ e o ‘direito da ciência’. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./fev./mar.2009. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2014.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2002. p. 39-82.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **Ativismo Judicial**: as dificuldades em se quantificar o qualitativo. Disponível em: < <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-as-dificuldades-em-se-quantificar-o-qualitativo>. Acesso em: 1 nov. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. O incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Projeto de Código de Processo Civil. In: FUX, Luiz (org.). **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Direito em Expectativa. Rio de Janeiro: Forense 2011. p. 436-525.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito. In: **Temas de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Saraiva. 1988. 2ª Série.

_____. A Garantia do Contraditório na Atividade de Instrução. In: **Revista de Processo**. São Paulo vol. 35, p. 231, jul./1984.

_____. A Revolução Processual Inglesa. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 2007. 9ª série.

_____. A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?. In: **Temas de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2004. 8ª série.

_____. Correntes e Contra-correntes no processo civil contemporâneo. In: **Temas de Direito Processual**. São Paulo, 2007. 9ª série.

_____. O Neoprivatismo no Processo Civil. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva. 2007. 9ª série.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Temas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva. 1989. 4ª série.

_____. O processo civil contemporâneo: enfoque comparativo, in **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva. 2007. 9ª série.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva. 2012

_____. **A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo**. Interesse público, Belo Horizonte, v. 12, n. 59, jan. 2010. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/32985>. Acesso em 16 jun. 2013.

_____. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto

Brasileiro de Direito Público, nº 23, setembro, outubro, novembro, 2010. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-23-setembro-outubro-novembro-2010-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em 16 jun. 2013.

_____. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *In*: SILVA, Oliveira Peter da; CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). **Controle de Constitucionalidade e direitos fundamentais – estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 241-254.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar./abr.2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Os elementos objetivos da demanda à luz do contraditório. *In*: **Causa de pedir e pedido no processo civil**. Coord.: José Rogério Cruz e Tucci *et al.* São Paulo: RT, p. 13-52, 2002.

BISSACCO, Cristina. **Il canone in dubio pro reo**: tra concezione classica e moderna della prova. 236f. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi di Padova, Pádua. Disponível em http://paduaresearch.cab.unipd.it/259/1/TESI_DOTTORATO_BISSACCO.pdf. Acesso em 02 out. 2013.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BUONCRISTIANO, Dino. Il principio del contraddittorio nei rapporti tra parti e giudice. **Judicium**. Disponível em <http://www.judicium.it>. Acesso em 20 nov. 2013.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria do direito e decisão racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Contraditório. *In*: TORRES, Ricardo Lobo *et alii* (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Campos Jurídico, p. 193-210, 2011.

_____. Os Efeitos Processuais da audiência pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro 2008. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em 15 jun. 2013.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *In: Rivista de Diritto Processuale*, anno LX, n. 2, p. 449-464, aprile-giugno 2005.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. *In: Opere Giuridiche*. Napoli: Casa Editrice A. Morano, v.1, 1965.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. O Magistrado, protagonista do processo jurisdicional?. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 218-223, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**: volume I. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoprocessualismo e Neoconstitucionalismo. DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, p. 139-171, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CALSAMIGLIA, Albert. Postpositivismo. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, num. 21-I (1998), pp. 209-220. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23582844322570740087891/cuaderno21/volI/Doxa21_12.pdf. Acesso em 15 ago. 2013.

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

_____. **Fundamental guarantees of the parties in civil litigation**. Milão/Nova Iorque: Giuffrè-Oceana, 1973.

_____. Repudiando a Montesquieu? A expansão e a legitimidade da justiça constitucional. *In: Revista do Tribunal Região Federal 4ª região*. Tradução de: Fernando Sá. Porto Alegre, a. 12, n. 40, 2001, p. 15-49, disponível em <http://www.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev40.pdf>. Acesso em 10 dez. 2013.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Oscar Valente. O aspecto quádruplo da motivação das decisões judiciais: princípio, dever, direito e garantia. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, n. 111, p.96-102, jun. 2012.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Requisitos específicos de admissibilidade do recurso especial. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CITADINO, Gisele. Judicialização da Política, Consitucionalismo Democrático e Separação de Poderes. *In*: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os Três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, p. 17-42, 2003.

CHASE. Oscar G. A “excepcionalidade” americana e o direito processual comparado. Tradução de: José Carlos Barbosa Moreira. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 110, p. 115, abr./2003.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 133, p. 133, out./2002.

_____. Garanzie minime del ‘giusto processo’ civile negli ordinamenti ispano-latinoamericani. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 112, p. 159, out./2003.

COSTA, Alexandre Araújo. **O controle de razoabilidade no direito comparado**. Brasília: Thesaurus, 2008.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**. Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CRAMER, Ronaldo. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade judicial no processo civil. *In*: **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais** – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. p. 107-114, 2008.

CROSS, Rupert e HARRIS, J. W. Harris. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 2004.

DAMAŠKA. Mirjan. **The Faces of Justice and State of Authority**. Yale University Press.

DAVID, Renè. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução de: Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

DEMOULIS, Dimitri. A Relevância Prática do Positivismo Jurídico. *In*: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 102, p. 215-253, jan./jun. 2011.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. *In*: **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n.2, p. 217-231, abr./jun. 1968.

DIAS, Maria Clara. **Justiça: procedimental ou substantiva?**. Disponível em <http://www.ifcs.ufrj.br/cefm/publicacoes/justica.pdf>. Acesso em 09 jun. 2013.

DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *In: Processo Civil Reformado*. DIAS, Ronaldo Brêtas Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coord.). Belo Horizonte: Del Rey, p. 567-576, 2007.

DIDIER JR., Fredie; SARNO BRAGA, Paula; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**: Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4 ed. Salvador: Juspodvim, 2009.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Salvador: Juspodvim. 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 198, p. 213-225, ago./2011.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 127, p. 75, set./2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, v. 1, 2004.

_____. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

DWORKIN. Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes. 2002.

_____. **O Império do Direito**. Tradução de: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FAZZALARI, Elio. Valori Permanenti del processo. *In: Rivista di Diritto Processuale*. Padova, n.44, p. 1-11, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Vários Tradutores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

FIORATTO, Débora. A conexão entre os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões na construção de um Estado Democrático de Direito. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, vol. 5, ano 4, jan.-jun. de 2010, p. 228-260. Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_5a_edicao.pdf. Acesso em 20 fev. 2014.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil – estudos norteamericanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Tradução de: de Carlos Alberto Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur R. **Civil Procedure**. Thomson West, 2005.

FUX, Luiz. **Tutela da Segurança e Tutela da Evidência**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva**. São Paulo: RT, 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Existe Discricionariedade Judicial? Discricionariedade x Termos Jurídicos Indeterminados e Cláusulas Gerais. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 87-93, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. A Garantia de Motivação das Decisões Judiciais na Constituição de 1988. *In: Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos vinte anos da Constituição da República de 1988*. PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. p. 59-83, 2009.

GOODHART, Arthur L.. Determining the ratio decidendi of a case. **The Yale Law Journal**, vol. 40, n. 2, dez. 1930, p. 161-183. Disponível em <http://www.jurisprudencia.pe/upload/iblock/617/6175b6fc66743a781a813fd9c33a6340.pdf>. Acesso em 10 jul. 2014.

GRASSI, Lúcio. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 172, p. 32, jun/2009.

_____. Cognição Processual Civil: atividade dialética e cooperação intersubjetiva na busca da verdade real. *In: DIDIER JR. Fredie (Coord.). Leituras Complementares de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, p. 173-187, 2008.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Direito Processual Civil** – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. *In: Estudos de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Faculdade de Direito de Campos, p. 225-286, 2005.

_____. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança. *In: Estudos de Direito Processual*: ed. Faculdade de Direito de Campos, p. 401-422, 2005.

_____. O princípio do contraditório. *In: Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, p. 71-79, mar./2005.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo, nº164, p. 29-56, 2008.

GORDILLO, Agustin. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009, T. II. Disponível em www.gordillo.com. Acesso em 20 dez. 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez** – sobre el derecho y el estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso. Tradução de: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 2001.

HAGE, Jaap. **The Justification of Value Judgments**. Disponível em www.academia.edu. Acesso em 25 fev. 2014.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de: A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

IACOBINI, Alessandro. **Prova legale e libero convincimento del giudice**. Milano: Giuffrè, 2006.

IMPOSIMATO, Ferdinando. **L'errore giudiziario. Aspetti giuridici e casi pratici**. Milano: Giuffrè, 2009.

JOLOWICZ, John Antony. **On Civil Procedure**. Cambridge, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de: João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Disponível em <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Danilo%20Knjnik%20-%20formatado.pdf>. Acesso em 25 abr. 2014.

KUBINSZKY, Luiz. A classificação das obras de direito dos Estados Unidos da América em especial consideração para com o Direito de Processo Civil e Penal segundo o sistema da biblioteca do Congresso (Library of Congress). **Revista de Processo**. São Paulo, nº 26, p. 140, 1982.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Malheiros, 2002.

LOPES, João Batista. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa na Reforma da Execução Civil. **Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Coordenadores: SANTOS, Ernane Fidélis dos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Anotações sobre a discricionariedade judicial. *In: Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais* – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Org. José Miguel Garcia Medina *et alii*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. p. 94-98, 2008.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da Decisão Judicial**. Tradução de: Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido Processo Legal Substancial. *In*: DIDIER JR. Fredie (Coord.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, p. 15-30, 2008.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **(Re)construindo as decisões judiciais, a partir de Ronald Dworkin**: pode o juiz tomar decisões pautadas em argumentos de política?. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2771.pdf. Acesso em 04 fev. 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. São Paulo: RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O precedente na dimensão da igualdade**. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br>. Acesso em 29 nov. 2013.

_____. **O precedente na dimensão da segurança jurídica**. Disponível em <http://www.marinoni.adv.br>. Acesso em 27 jan. 2014.

_____. Eficácia Vinculante: a ênfase à *ratio decidendi* e à força obrigatória dos precedentes. *In*: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 184, p. 9, jun/2010.

MARQUES, Elmer da Silva. Releitura do dogma da completude sob a ótica da textura aberta do Direito em H. L. A. Hart. **Revista Direito e Práxis**, vol. 4, n. 7, p. 25-47, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *In*: **Novos Estudos**, CEBRAP, nº 58, p. 183-202, novembro de 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade** – estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, vol. 1, nº 18, 2010. Versão eletrônica disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreoinevitaveleoexcessivo.pdf>. Acesso em 28 jul. 2013.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. 147f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre,

2007. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>. Acesso em 15 fev. 2014.

_____. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 144, p. 105, fev/2007.

_____. Colaboração no Processo Civil como um *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 194, p. 55, abr./2011.

_____. Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 206, p. 61, abr./2012.

MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Luis Guilherme. **O projeto do CPC**. São Paulo: RT, 2010.

MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública. Mecanismos de operacionalização. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2586>>. Acesso em 20 dez. 2013.

MONATERI, Pier Giuseppe. **The ‘weak law’**: contaminations and legal cultures (borrowing of legal and political forms). Disponível em <http://www.alanwatson.org/PGMonateri.pdf>. Acesso em 31 jul. 2013.

MORO, Sérgio Fernando. A Corte Exemplar: Considerações sobre a Corte de Warren. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32961-41218-1-PB.pdf>. Acesso em 16 jun. 2013.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A Motivação das Decisões Cíveis como Condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERGELIUS, Joakim. Derecho y Democracia. Tradução de: Mercedes Carreras. In: **Doxa** – cuadernos de filosofia del derecho, n. 8., p. 309-318, 1990. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01471734433736095354480/cuader-no8/Doxa8_16.pdf?portal=4. Acesso em 05 dez. 2013.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes vinculantes no direito comparado e brasileiro**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____. *Sir Edward Coke e o Judicial Review* inglês: Breve História. In: **Teoria do Processo** – Panorama Doutrinário Mundial. (Coord.) Fredie Didier Jr. e Eduardo Ferreira Jordão. Salvador: JusPodivm, p. 307-324, 2010.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Afastamento do precedente não pode continuar sendo regra.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra>. Acesso em 06 jul. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho e THEODORO JUNIOR, Humberto. O Princípio do Contraditório: tendências de mudança de sua aplicação. **Revista da faculdade de direito do sul de minas**. Pouso Alegre, ano XXV, n. 28, p. 177-206, jan./jun. 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Formação e aplicação do direito jurisprudencial: alguns dilemas. **Revista do TST**. v. 79, p. 118-143, abr.-jun./2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no processo civil** – proposta de um formalismo-valorativo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. A garantia do contraditório. *In: Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, p. 227-243, 2003.

_____. **Efetividade e Processo de Conhecimento.** Disponível em [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira\(3\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira(3)%20-formatado.pdf). Acesso em 1º out. 2013.

_____. O Formalismo-Valorativo no Confronto com o Formalismo Excessivo. *In: Leituras Complementares de Processo Civil*. (Coord.) Fredie Didier Jr., Salvador: JusPodivm, p. 367-388, 2008.

_____. O Juiz e o Princípio do Contraditório. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 71, p. 31, jul./1993.

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu aspecto Legitimador. *In: Processo Constitucional*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, p. 559-632, 2013.

_____. A Garantia Fundamental de Motivação das Decisões Judiciais. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol XII, ano 7, jul.-dez. de 2013, Rio de Janeiro, p. 316-338. Disponível em www.redp.com.br. Acesso em 10 jan. 2014.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **O Conselho Nacional de Justiça e a Magistratura Brasileira**, Curitiba: Juruá, 2011, 2ª edição.

_____. As Sentenças Aditivas na Jurisdição Constitucional. *In: Processo Constitucional*. Coord. Luiz Fux. Rio de Janeiro: Forense, p. 559-632, 2013.

PICARDI, Nicola. **Manuale de processo civile**. Milano: Giuffrè, 2006.

_____. Il Principio del Contraddittorio. *In: Rivista di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, n. 3, p. 673-681, 1998.

_____. *Audiatur et altera pars*: as matrizes histórico-culturais do contraditório. *In: Jurisdição e Processo*. Tradução de: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, p. 127-144, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Os princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: breves considerações acerca dos artigos 1º ao 11 do PLS 166/10. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 6, ano 4, jul.-dez. de 2010, Rio de Janeiro Disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_6a_edicao.pdf. Acesso em 08 jan. 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial, parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no Direito Brasileiro**. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 2010.

RAÓ, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REDONDO, Bruno Garcia. Réplica, Tréplica e Quadrúplica no direito processual civil: esmiuçando o estudo de relevantes institutos desprestigiados. *In: Revista de Processo*. São Paulo: RT, vol. 215, p. 87, jan./2013.

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y Postpositivismo. Dos Paradigmas Jurídicos en Pocas Palabras. **Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 665-678, 2007. Disponível em <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/46837731804796940700080/035429.pdf?incr=1>. Acesso em 15 ago. 2013.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC. *In: O Projeto do novo Código de Processo Civil*. Coord. Andre Vasconcelos Roque e Humberto Dalla Bernardina Pinho. Rio de Janeiro: Gazeta Jurídica, p. 1-20, 2013.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual - vol. I**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Primeiras linhas de direito processual - vol. II**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Salvador – Bahia – Brasil, ano I, vol. I, nº. 1, abril de 2001. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/revista-dialogo-juridico-01-2001-ingo-sarlet.pdf. Acesso em 05 dez. 2013.

SCHENK, Leonardo. **Cognição Sumária** – limites impostos pelo contraditório no processo civil. Rio de Janeiro: Saraiva. 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil** – v. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Magister, p. 1-35, 2004.

SILVA. Virgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, vol. 708, p. 24-46, abril-2002.

SOUZA, Artur César de. O princípio da cooperação no projeto do novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 225, p. 65, nov./2013.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Aspectos do novo processo civil português. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. n. 338, v. 93, p. 149–158, abr.-jun./1997.

STRECK, Lenio Luiz e ABOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os dezoito anos da Constituição do Brasil e as Possibilidades de realização dos direitos fundamentais diante dos obstáculos do positivismo jurídico. *In: Leituras Complementares de Constitucional – Direitos Fundamentais*. CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.), Salvador: JusPodivm, p. 1-24, 2006.

TARUFFO, Michelle. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de: Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

_____. El control de racionalidad de la decisión, entre lógica, retórica y dialéctica. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 397-409, 2009.

_____. Decisiones judiciales e inteligencia artificial. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 381-395, 2009.

_____. Juicio: Proceso, Decisión. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 231-243, 2009.

_____. La obligación de motivación de la sentencia civil: entre el derecho común y la ilustración. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 489-514, 2009.

_____. La motivación de la sentencia. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 514-526, 2009.

_____. Las garantías fundamentales de la justicia civil en el mundo globalizado. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 63-75, 2009.

_____. **La prueba de los hechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. La recolección y presentación de las pruebas en proceso civil: tradiciones culturales e tendencias teóricas. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 335-364, 2009.

- _____. Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 21-29, 2009.
- _____. Considerazioni su Prova e Motivazione. *In: MEDINA, José Miguel Garcia et alii. Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, p. 166-, 173, 2008.
- _____. Cultura e Processo. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 189-211, 2009.
- _____. **El Proceso Civil Adversarial en la Experiencia Americana**. Bogotá: Editorial Temis. 2008.
- _____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In: Participação e Processo*. (Coord.) GRINOVER, Ada Pelegrine; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-50, 1988.
- _____. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução de: José Carlos Barbosa Moreira. *In: Revista de Processo*. São Paulo, nº 110, p. 141, 2003.
- _____. Los sistemas judiciales en las tradiciones jurídicas de *civil law* y de *common law*. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 77-91, 2009.
- _____. Dimensiones del precedente judicial. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 541-555, 2009.
- _____. Precedente y Jurisprudencia. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 557-569, 2009.
- _____. El precedente em Italia. Tradução de: Maximiliano Aramburo Calle. *In: Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, p. 571-579, 2009.
- _____. Idee per una teoria della decisione giusta. *In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno LIII, n. 2, p. 315-328, 1997.
- TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Saraiva. 1993.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. I. 53 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TORRES DE MELO, Rogerio Licastro. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. *In: Revista de Processo*. São Paulo, vol. 111, p. 273, jul./2003.
- TROCKER, Nicolò. **Processo civile e Costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.
- TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Motivação judicial sob a perspectiva ética**. Disponível em www.academia.edu.br. Acesso em 25 jun. 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – o *amicus curiae* no projeto do novo CPC. In: **O Novo Processo Civil Brasileiro**: Direito em Expectativa. Org. Luiz Fux. Forense: Rio de Janeiro, p. 105-141, 2011.

VIDAL, Isabel Lifante. Dos Conceptos de discrecionalidad jurídica. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, núm. 25, p. 413-439, 2002. Disponível em http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23584061091481851665679/doxa25_13.pdf?portal=4. Acesso em 30 jun. 2013.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Daniel Sarmiento (Coord.), Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 483-502, 2009.

WADHAM, John; MOUNTFIEL, Helen; GALLAGHER, Caoilfhionn; PROCHASKA, Elizabeth. **Blackstone's guide to the Human Rights Act 1998**. 5th ed., New York: Oxford University Press, 2009.

WAMBIER. Teresa Arruda Alvim. **Omissão Judicial e Embargos de Declaração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Estabilidade e Adaptabilidade como objetivos do Direito: *civil law e common law*. In: **Revista de Processo**. São Paulo, v. 172, p. 121, 2009.

_____. Interpretação da lei e de precedentes: *civil law e common law*. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 893, p. 33, 2010.

WATANABE. Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo**. Coord. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, p. 128-135, 1988.

WRÓBLEWSKY, Jerzy. Precedent in Statutory (Civil) Law System. In: **Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova** - studi in memoria de Giovanni Tarello. Milano: Giuffrè Editore, vol. II, p. 747-773, 1990.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil** – Ley, Derechos, Justicia. Tradução de: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.