



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Francesco Conte

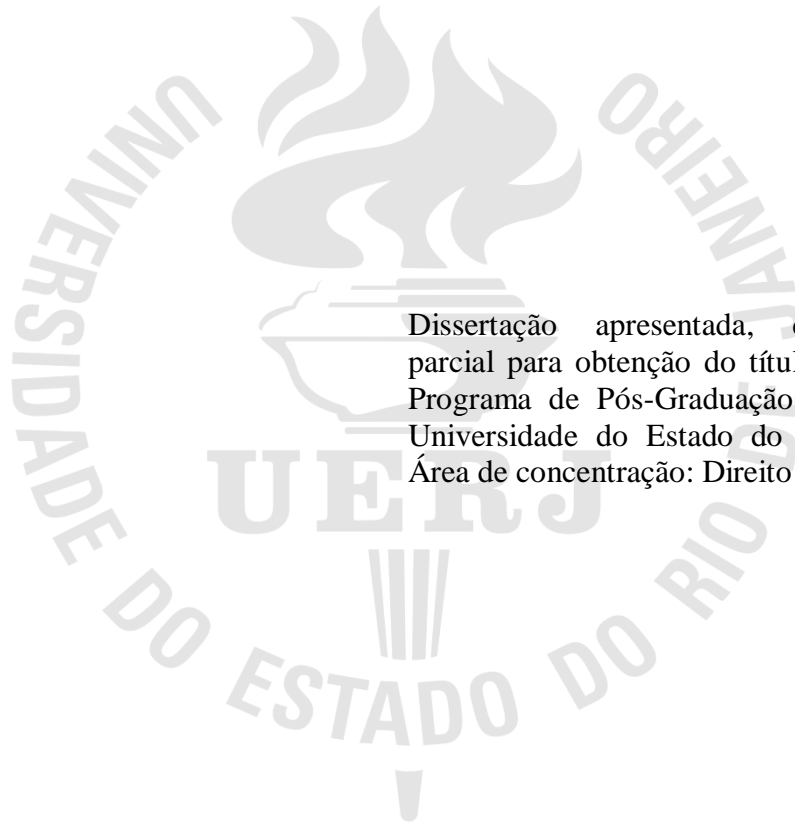
Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição

Rio de Janeiro

2014

Francesco Conte

Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição



Dissertação apresentada, como requisito parcial para 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. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Rio de Janeiro

2014

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

C761 Conte, Francesco.

Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição / Francesco Conte. – 2014.
936 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

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

1.Sentenças (Processo civil) - Teses. 2.Legitimidade (Direito) – Teses.
3.Jurisdição - Brasil –Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

347.9

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

Assinatura

Data

Francesco Conte

Sobre a motivação da sentença no processo civil: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição

Dissertação apresentada, como requisito parcial para 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 01 de setembro de 2014.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Michele Taruffo

Università degli Studi di Pavia

Prof. Dr. Leonardo Greco

Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2014

DEDICATÓRIA

À memória dos meus pais Giovanni Conte e Soccorsa Milione Conte.

À memória dos meus pais d'alma Jurandyr Maria Coelho e Alméria Mattos Coelho.

À Magaly, a motivação,
e aos nossos filhos Giovanni, Giulio e Fabrizzia, os motivos.

Ao mestre José Carlos Barbosa Moreira, a suprema síntese de boas razões, com indelével
gratidão.

AGRADECIMENTOS

“Sempre em caminho para Jerusalém, Jesus passava pelos confins da Samaria e da Galiléia. Ao entrar numa aldeia, vieram-Lhe ao encontro dez homens leprosos, que pararam ao longe e elevaram a voz, clamando: Jesus, Mestre, tem compaixão de nós! Jesus viu-os e disse-lhes: Ide, mostrai-vos ao sacerdote. E, quando eles iam andando, ficaram curados. Um deles, vendo-se curado, voltou glorificando a Deus em alta voz. Prostrou-se aos pés de Jesus e Lhe agradecia. E era um samaritano. Jesus lhe disse: “Não ficaram curados todos os dez? Onde estão os outros nove? Não se achou senão este estrangeiro que voltasse para agradecer a Deus?! E acrescentou: “Levanta-te e vai, tua fé te salvou.” Lucas, 17, 11-19.

Ao saudoso Hélio Campista Gomes, *amo ab imo pectore*.

Celso Abib Jappour, que me ensinou a tentar o impossível.

Aos estimados professores da Faculdade de Direito da UERJ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Leonardo Greco e Humberto Dalla, que me honraram na Banca Examinadora desta Dissertação, nos quais identifico, ainda e sempre, meus fundamentos determinantes.

All'insigne Professore dell'Università degli Studi di Pavia Michele Taruffo, per il prestigio che ha conferito al mio nome nel partecipare alla Commissione d'Esame di questa Dissertazione, formulo la mia miglior ipotesi di gratitudine, ma con ragioni giustificative irrazionali, poiché risultano dal calore dei sentimenti ospitati alla radice della mia anima.

Giovanni Milione Coelho Conte, pelo sumo privilégio de poder desfrutar de suas lições e acurada revisão do presente trabalho. Não tendo palavras que lhe façam justiça, a voz de meu coração diz simplesmente: obrigado, meu filho.

Thereza Cristina Pinhão Conte, meu espírito sempre se lembrará.

Arli Campos de Lacerda, Danielli de Carvalho Ramos, Fernanda Rangel de Menezes, Layla Freitas de Matos, Livia André de Souza Oliveira, Luiza Azambuja Rodrigues, Nivea Ferreira Paes, Stella Marques Macedo, Suiá Fernandes de Azevedo Souza, Rodrigo Dias Rodrigues de Mendonça Fróes e Vanessa Teixeira Lermen, ex-acadêmicos de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, em sinal de afetuoso reconhecimento: sentirei saudades do futuro.

So di un chimico che quando nel suo laboratorio distillava veleni, si risvegliava di soprassalto la notte ricordando con terrore che un milligrammo di quella sostanza poteva bastare per uccidere un uomo. Come può dormire i suoi sonni tranquilli il giudice, il quale sa di avere in un suo secreto alambicco quel tossico sottile che si chiama ingiustizia, di cui una stilla sfuggiata per errore può bastare non solo a toglier la vita, ma, quel ch'è più terribile, a dare a tutta una vita uno struggente sapore amaro, che nessuna dolcezza potrà mai più consolare?

- Piero Calamandrei,

Elogio dei giudici scritto da un avvocato.

RESUMO

CONTE, Francesco. **Sobre a motivação da sentença no processo civil**: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. 2014. 936 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

O presente trabalho, plasmado em metodologia jurídica, reflete criticamente sobre o problema da motivação da sentença civil como elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. A motivação é condição essencial de jurisdicionalidade, no sentido de que sem motivação não há exercício legítimo da função jurisdicional. O trabalho faz uma abordagem da natureza da motivação como discurso justificativo, jurídico e racional, da validade dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz em sua decisão. O raciocínio do juiz é apresentado sob dupla feição: raciocínio decisório interno (contexto de descoberta ou deliberação) e raciocínio justificativo externo (contexto de justificação ou de validação). O conjunto das funções técnico-instrumental (endoprocessual) e político-garantística (extraprocessual) é objeto de investigação. A motivação, nos planos teórico e prático, exerce também a função de garantia do garantismo processual. A tese da inexistência jurídica da sentença tem três eixos teóricos: omissão total da motivação gráfica; falta de motivação ideológica, equiparada à hipótese de ausência de motivação gráfica; incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final, que também equivale à ausência total de motivação. O trabalho retrata um modelo de injustiça atemporal vivificado pelo juiz Crono, oposto à motivação como inestimável fator de legitimação argumentativa da jurisdição. A obrigatoriedade de motivação pública é o traço característico da jurisdição de nossa contemporaneidade e representa a maior conquista civilizatória do processo equo e justo.

Palavras-chave: Motivação das decisões. Fundamentação. Artigo 93, inciso IX, CF/88. Sentença civil. Jurisdição. Discurso justificativo. Vícios argumentativos. Sentença juridicamente inexistente. Garantismo processual. Legitimidade. Legitimação. Estado constitucional democrático de direito.

ABSTRACT

CONTE, Francesco. **About the motivation of the judgment in civil proceedings:**

Democratic constitutional State of law, justificative discourse and legitimation of the exercise of jurisdiction. 2014. 936 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

This work, shaped in juridical methodology, critically reflects on the problem of motivation of civil judgment as an element of organization and functioning of the Democratic Constitutional State of Law. Motivation is an essential condition of jurisdiction, in the sense that without motivation there is no legitimate exercise of the jurisdictional function. The work makes an approach to the nature of motivation as a justificative discourse, juridical and rational, of the validity of choice or valuation criteria employed by the judge in its decision. The reasoning of the judge is presented in double feature: internal decision-making reasoning (context of discovery or deliberation) and external justificative reasoning (context of justification or validation). The set of the technical-instrumental function (endoprocedural) and the political-rights assurance function (extraprocedural) is object of investigation. Motivation, in the theoretical and practical levels, also exerts the function of guarantee of the procedural right assuring mechanism. The thesis of the juridical validity of the judgment has three theoretical axes: total omission of the graphical motivation; lack of ideological motivation, equated to the hypothesis of nonexistence of the graphical motivation; radical logical incompatibility between the premises or between premises and the final conclusion, which is also equivalent to the total lack of motivation. The work depicts a model of timeless injustice vivified by the judge Crono, opposite to the motivation as an invaluable factor of argumentative legitimacy of jurisdiction. Mandatory public motivation is the characteristic feature of the jurisdiction of our times and represents the greatest civilizing conquest of equal and fair proceeding.

Keywords: Motivation of decisions. Reasoning. Article 93, item IX, Brazilian Federal Constitution/88. Civil judgment. Jurisdiction. Justificative discourse. Argumentative flaws. Juridically non-existent judgment. Procedural rights assurance. Legitimacy. Legitimation. Democratic constitutional state of law.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	DADOS HISTÓRICOS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL	20
1.1	Antecedentes	20
1.1.1	<u>Direito romano</u>	22
1.1.2	<u>Direito romano-barbárico</u>	27
1.1.3	<u>Direito canônico</u>	29
1.1.4	<u>Direito intermédio</u>	32
1.2	O absolutismo e a influência da doutrina iluminista	37
1.3	No Direito Moderno	42
1.3.1	<u>Codificações dos séculos XIX e XX</u>	45
1.3.2	<u>Constituições europeias do segundo pós-guerra: italiana de 1947, alemã de 1949, espanhola de 1978, portuguesa de 1976, com a reforma de 1982</u>	48
1.4	Breve olhar no sistema da <i>common law</i>	54
1.5	No ordenamento jurídico luso-brasileiro	61
2	O PROBLEMA EM PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA DO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO	63
2.1	No direito anterior e no direito vigente: os Códigos de Processo Civil de 1865 e de 1940, com a reforma patrocinada pela Lei n. 134, de 07.08.2012	63
2.2	A Constituição de 1947: significado e alcance de seu art. 111, à luz da Convenção Europeia de Direitos do Homem	99
2.3	Orientação da <i>Corte Suprema di Cassazione</i> e o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos	109
3	A MOTIVAÇÃO E SEUS ELEMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	138
3.1	Até o Regulamento 737, de 1850	138
3.2	Visão panorâmica sobre os códigos de processo civis estaduais	139
3.3	O código de processo civil unitário de 1939	140
3.4	Direito vigente: o Código de Processo Civil de 1973	142
3.5	A Constituição Federal de 1988: mudança de paradigma axiológico	145
3.6	Direito em expectativa: o novo Código de Processo Civil	149

3.7	Esforço de sistematização dos elementos da motivação: integralidade, força dialética e correlação	153
3.7.1	O problema do “conteúdo mínimo”	159
3.8	Racionalidade interna e externa: ausência de incoerências, correção de inferências e forma de estruturação de premissas da conclusão final	166
4	ENTRELAÇAMENTO DA MOTIVAÇÃO COM OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUSTO	175
4.1	Acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva	175
4.2	Independência e Imparcialidade (tuteladas pelo juiz natural)	182
4.3	Contraditório e ampla defesa: derradeira manifestação	191
4.4	Transcendentalidade da igualdade moral e jurídica	206
4.5	Duplo grau de jurisdição	208
4.6	Publicidade processual em suas vertentes interna e externa: viabilização do controle de efetividade das demais garantias do processo	218
4.7	Devido processo legal	222
4.8	Separação de poderes: limitações asseguradas	226
5	SIGNIFICAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO	234
5.1	Traços característicos do Estado Constitucional Democrático de Direito	234
5.2	O significado da motivação na moldura do Estado Constitucional Democrático de Direito	250
5.3	Garantismo processual, processo justo como valor universal e motivação: meios e fins justos	278
5.4	Os perfis horizontal e vertical da motivação	295
5.5	O problema das decisões não suscetíveis de revisão proferidas por Corte Suprema	306
6	A PROPÓSITO DE DETERMINADAS TEORIAS DO JUÍZO E DA MOTIVAÇÃO E A PROBLEMÁTICA DA JUSTIFICAÇÃO DO DEVER DE MOTIVAR E FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO	316
6.1	Vivências do juiz, contexto sócio-cultural-ideológico, pré-compreensão subjetiva, influência de projeções inconscientes na motivação: o mito da neutralidade	316
6.2	Mas, afinal, quais são as linhas essenciais da justificação racional?	330

6.3	Considerações críticas às teorias do juízo e da motivação: silogismo judicial, tópica, retórica	339
6.4	Razões técnico-processuais e jaez garantístico	364
6.5	Transcendentalidade da igualdade moral e jurídica: uma condição categórica da motivação, não o contrário	371
6.6	Perspectiva funcional interna do processo: desempenho instrumental	383
6.6.1	<u>Regra técnica da livre convicção motivada</u>	385
6.6.2	<u>Passaporte entre decisão e impugnação, controle de justiça e de juridicidade pelo órgão <i>ad quem</i></u>	400
6.6.3	<u>Valoração concreta da efetividade das demais garantias constitucionais</u>	403
6.7	Perspectiva funcional externa do processo: cariz de garantia política	412
6.7.1	<u>Publicidade processual</u>	417
6.7.2	<u>Controle social sobre a jurisdição estatal</u>	422
6.8	Função de convencimento e persuasiva?	426
7	PROVA DE FATOS E MOTIVAÇÃO	433
7.1	Recíproca implicação entre dois fenômenos: fatos e motivação	433
7.2	Critério racionalístico de perscrutação fática: concepção racional da prova	446
7.3	Motivação do juízo de fato: ideologia democrática	457
8	ESTRUTURA FORMAL E SUBSTANCIAL DA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA	461
8.1	Motivo e motivação: imprescindível distinção	461
8.2	Decisão e motivação: elemento estruturante do julgamento?	463
8.3	Relação entre motivação e dispositivo: definição dos horizontes do julgado ..	473
8.4	Arquétipos de justificação	475
8.4.1	<u>Dedutivo: adeus à teoria do silogismo judicial?</u>	475
8.4.2	<u>Indutivo: o realismo jurídico</u>	489
8.4.3	<u>Retórico: coerência e razões</u>	493
8.5	Justificação: contexto interno e externo	496
8.6	Motivação de direito: valor justiça, correção, validade dos enunciados da solução da causa	500
8.6.1	<u>Multifários contextos normativos: indicação da <i>ratio decidendi</i> e da individualização da norma aplicável</u>	502

8.6.2	<u>Regras de experiência comum, conceitos juridicamente indeterminados, juízos valorativos, discricionariedade judicial</u>	504
8.6.3	<u>Analogia: limites, possibilidades da interpretação integrativa e argumento a <i>contrario sensu</i></u>	525
8.6.4	<u>Equidade: uma deusa silenciosa?</u>	533
8.6.5	<u>Revelia e suas implicações no raciocínio judicial</u>	544
8.7	Motivação de fato: justificação da cognição fática	547
8.7.1	<u>Integralidade das provas e <i>iter</i> lógico de sua valoração</u>	556
8.7.1.1	<u>Ônus da prova e a justificação judicial de sua inversão</u>	564
8.7.1.2	<u>Iniciativa probatória <i>ex officio</i> do juiz e valoração da idoneidade dos elementos de prova</u>	569
8.7.1.3	<u>A sentença civil como meio de prova</u>	572
8.7.2	<u>Fatos notórios, presunções e o problema do “conhecimento privado do juiz”</u>	578
8.7.3	<u>Indícios e sua valoração: juízos indutivos ou dedutivos?</u>	594
8.7.4	<u>Fato incontroverso: confissão espontânea</u>	599
8.7.5	<u><i>Iura novit curia</i> e a (re)qualificação jurídica dos fatos</u>	603
8.8	Valoração da prova científica e papel do juiz	610
8.9	Decisão alicerçada em <i>standards</i>	615
8.9.1	<u>O problema dos “casos difíceis”: insuficiência do sistema dedutivo e maximização argumentativa</u>	620
8.10	Sentença fulcrada em precedentes judiciais: crítica às escolhas acríticas ou <i>stare decisis</i>	621
8.11	Motivação alicerçada em enunciado de Súmula Vinculante	628
8.11.1	<u>Sentença de resolução do mérito, sem resolução do mérito ou meramente terminativa, homologatória e motivação concisa</u>	632
8.11.2	<u>Pronunciamentos jurisdicionais no âmbito de Juizado Especial Cível: prática de concisão</u>	639
8.11.3	<u>Sentença em procedimentos da impropriamente denominada jurisdição voluntária: flexibilização do elemento de motivação?</u>	640
8.11.4	<u>Julgamento de plano de demandas judiciais repetitivas</u>	641
9	VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO E SUA SANÇÃO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DEFEITOS DA MOTIVAÇÃO E O PROBLEMA DA COMPLETA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO (GRÁFICA OU IDEOLÓGICA)	

	E DA CONTRADITORIEDADE RADICAL DA SENTENÇA	
	IRRECORRÍVEL	644
9.1	O “juiz Crono”: autofágico modelo de sentença com vícios de motivação	644
9.2	Espécies de patologia	647
9.2.1	<u>Falta de motivação: vazio (ou aparência) de um discurso justificativo de razões</u> .	648
9.2.1.1	Sentença pré-suicida e eutanásia processual: inexistência jurídica, invalidade ou ineficácia?	653
9.2.2	<u>Omissões: motivação incompleta ou escolhas relegadas ao relento justificativo</u> ..	686
9.2.3	<u>Motivação abstraída de dialeticidade: simulacro do contraditório como influência</u>	689
9.2.4	<u>Incorreção: incongruência com os pontos relevantes de fato e de direito ensartados nos autos do processo</u>	692
9.2.5	<u>Antinomias internas ou lógicas. Presunções e anatomia de falsas questões prejudiciais</u>	699
9.3	Malabarismo de ficção jurídica e o problema da motivação implícita: falsa realidade fático-jurídica verificada nos autos do processo e superação de omissões do discurso judicial	704
9.4	As motivações <i>per relationem</i> e <i>aliunde</i>: contraste necessário e preenchimento das cavidades do discurso judicial	710
9.5	Faltas (gráfica ou ideológica) de motivação: sanção de inexistência jurídica como imperativo da transcendentalidade da igualdade	724
9.6	Ações rescisória como solução para os vícios da motivação de menor gravidade: o problema da rescindibilidade por violação de regra jurídica processual e o preceito do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira	726
9.7	Outra solução jurídica: ajuizamento a qualquer tempo de ação declaratória de inexistência jurídica do pronunciamento jurisdicional com total ausência de motivação gráfica ou ideológica e incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre estas e a conclusão final	731
10	A NECESSÁRIA REDENÇÃO DO RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O CONTROLE JURISDICIONAL POR OMISSA, INSUFICIENTE OU CONTRADITÓRIA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA	736
10.1	O juiz Crono: primeiro antídoto contra o vício de motivação	736
10.2	Controle endoprocessual, solidariedade, colaboração e cooperação	742
10.3	Escopo de aperfeiçoamento técnico da sentença e seu coeficiente de efetividade .	746

10.4	Efeito modificativo: energização do contraditório e economia processual.....	749
10.5	Amesquinamentos na prática forense?	753
10.6	Recurso de apelação: segundo antídoto	756
10.7	O Supremo Tribunal Federal e a guarda da Constituição: recurso extraordinário como terceiro antídoto	762
10.8	O Superior Tribunal de Justiça e o direito federal infraconstitucional: recurso especial como quarto antídoto	766
11	MOTIVOS E COISA JULGADA MATERIAL	775
11.1	Generalidades	775
11.2	Concepção de dois sistemas: motivos cobertos, ou não, pelo manto da coisa julgada	781
11.3	Exame do problema no plano dogmático-normativo brasileiro: o Código de Processo Civil de 1939	788
11.3.1	O Código de Processo Civil de 1973	791
11.4	O problema, à luz do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro	804
12	MOTIVAÇÃO COMO INESTIMÁVEL FATOR DE LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	816
12.1	Representatividade política <i>versus</i> Juiz profissional	816
12.2	O amor ao contraditório como expressão do princípio político da participação democrática das partes no processo dialético. Representatividade argumentativa: racionalidade do discurso justificativo judicial	827
12.3	Motivação: ápice do diálogo judicial e da humanização do processo. A justiça material animada na sentença e sua legitimidade	838
12.4	O discurso justificativo da decisão judiciária, no qual se concretiza a motivação: consenso social e o problema da aceitabilidade e legitimação do exercício da função jurisdicional	844
	CONCLUSÃO	860
	REFERÊNCIAS	880

INTRODUÇÃO

No contexto de uma concepção publicista do processo civil, o presente trabalho, forjado com metodologia jurídica, sem prejuízo de outros palcos de investigação e de pesquisa, tem como objetivo examinar alguns aspectos, preponderantemente jurídicos, da obrigatoriedade de motivação pública das decisões judiciais. A importância do tema é palmar e perene, pois que está na ordem do dia desde sempre.

Em disposição inovadora na tradição constitucional brasileira, a Constituição de 1988, na topografia do Poder Judiciário, consagrou, expressamente, a imprescindibilidade de motivação pública das decisões jurisdicionais (art. 93, inciso IX, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004), sobre superar sua feição endoprocessual, constitui uma conquista moderna de alta civilidade cultural, social e jurídica.

A proposta de pesquisa é a de demonstrar que, no âmbito do Estado Constitucional Democrático de Direito, a motivação, como condição essencial de jurisdicionalidade, permite, de um lado, para além das fronteiras do processo, a possibilidade de participação do povo no controle democrático e difuso sobre a concreta administração da justiça; e, de outro, confere legitimidade argumentativa à função jurisdicional. Ademais, buscar-se-á sublinhar a importância da motivação na perspectiva das garantias, notadamente processuais, do Estado Constitucional Democrático de Direito.

A necessidade de motivação pública ditada pela transcendentalidade da igualdade como valor universal, além de traço característico da jurisdição de nossa contemporaneidade, representa a maior conquista civilizatória do processo equo e justo. Implica dizer que sem motivação *in facto* e *in iure* não há exercício legítimo da função jurisdicional. Justiça e justificação têm a mesma raiz etimológica.

A justificação das decisões judiciais, a par de impor limites ao poder do juiz, tem por finalidade evidenciar que a decisão não é fruto de arbitrariedade, senão que resulta do emprego de critérios de escolha ou de valoração válidos (*v. g.*, quando interpreta as regras jurídicas ou perpetra a reconstrução dos fatos relevantes para o julgamento da causa), jurídica e racionalmente controláveis, interna e externamente.

O tema central, desenvolvido de forma sistemática, é a motivação da sentença no processo civil, cujo âmbito de investigação, assim delimitado, compreenderá as suas conexões necessárias a partir de três eixos teóricos do problema: elemento de constituição e de

funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, natureza de discurso justificativo judicial e fator de legitimação argumentativa do exercício da jurisdição.

No que tange ao plano do trabalho, a exposição será iniciada com capítulo no qual se pretende investigar, a partir do mundo romano, os dados históricos da obrigatoriedade de motivação da sentença civil. O esforço histórico direcionar-se-á, na paisagem da *civil law*, para o ordenamento jurídico luso-brasileiro.

No segundo capítulo, far-se-á a análise da motivação da sentença civil na perspectiva comparatística do sistema jurídico italiano, seja sob o prisma do direito anterior (Código de Processo Civil de 1865), seja à luz do direito vigente, notadamente: Código de Processo Civil de 1940, Constituição de 1947, Convenção Europeia de Direitos do Homem, a reforma patrocinada pela Lei nº 134, de 07.08.2012, bem como as orientações da Corte Suprema de Cassação e o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos.

No terceiro capítulo, já no direito brasileiro, lançar-se-á um olhar dogmático não apenas sobre o Código Processo Civil unitário de 1939, passando pelo Código de Processo Civil de 1973 (sobretudo, arts. 131, 165 e 458, inciso II), senão também acerca do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS n. 166/2010 do Senado Federal e, posteriormente, no Projeto de Lei n. 8.046/2010 junto à Câmara dos Deputados, máxime de seus arts. 11 e 499, inciso II, § 1º, incisos I, II, III, IV, V e VI, e § 2º, os quais, sob boa luz, consagram a mais avançada disciplina normativa sobre o dever de motivação da sentença civil. Ademais, serão examinados os elementos da motivação, como a completude, bem ainda o problema de seu “conteúdo mínimo essencial” e de sua racionalidade.

O quarto capítulo será dedicado ao exame do entrelaçamento da motivação das decisões judiciais com uma miríade de garantias fundamentais do processo justo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva, independência e imparcialidade, tuteladas pelo juiz natural, contraditório e ampla defesa, igualdade, duplo grau de jurisdição, publicidade, devido processo legal).

No quinto capítulo, procurar-se-á revelar o significado e o alcance da motivação no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, além de abordar-se o garantismo processual, como também o problema das decisões não suscetíveis de revisão (e, portanto, de impugnação) proferidas por Corte Suprema.

A motivação desempenha o expressivo papel de imposição de balizas e de justificação de como e de que modo concretiza-se o exercício do poder pelo juiz, acolá da juridicidade e da razoabilidade de sua decisão. O discurso justificativo, sobretudo na efetivação dos direitos

fundamentais, deve, antes de tudo, afinar-se com os valores preponderantes em certa quadra histórica e na sociedade em que o juiz opera. A motivação das decisões judiciais traduz, por dizê-lo assim, um dique de contenção do autoritarismo e da arbitrariedade do modelo de injustiça vivificado pelo juiz Crono.

A nova gramática da motivação, no presente trabalho, será representada sob a perspectiva teórica de garantia do garantismo processual, posto constituir-se em condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo equo e justo. O garantismo processual necessita, ele próprio, ser garantido por meio da motivação. Com efeito, as razões justificativas da decisão, explicitadas pelo órgão julgador, permitem aferir, em cada caso concreto, o coeficiente de efetividade do feixe de princípios e de garantias constitucionais do processo. A motivação será o único meio para verificar *in concreto* se foram, de verdade, observados no caso particular. Por assim ser, a motivação consente tornar efetivo aquilo que, no plano abstrato, carece de efetividade prática.

O sexto capítulo será dedicado ao exame das linhas essenciais da justificação racional e de algumas teorias do juízo e da motivação (v. g., silogismo judicial, tópica, retórica). Demais disso, enfrentar-se-á a problematização da justificação do dever de motivar seja no plano técnico-processual-instrumental, seja no campo político-garantístico. Discorrer-se-á sobre as funções da motivação da sentença, primeiramente, sob perspectiva interna (motivação-instrumento), como passaporte entre decisão e impugnação, controle de justiça e de juridicidade pelo juiz da impugnação.

A motivação, consonante com sua percepção endoprocessual, de jaez técnico-processual-instrumental, é vetor de racionalização da concreta administração da justiça. A motivação dotada de racionalidade e de coerência argumentativa, enfocada em sua acepção técnica, tem o condão de abolir o cunho voluntarístico e subjetivista do exercício da jurisdição, traduzido em mera vontade de comando do juiz (*Sic volo, sic iubeo*).

Ainda no plano interno do processo, a motivação desempenha, é útil reafirmar, o papel de racionalização da atividade jurisdicional, a par de exibir inestimável importância na correta interpretação do julgado, na adequada demarcação de suas fronteiras e, por isso mesmo, na definição do perímetro da coisa julgada material. Proporciona aprimoramento qualitativo das decisões judiciais, além de maior grau de justiça e de efetividade da própria tutela jurisdicional, sob o aspecto de otimização dos resultados do processo, concernentes ao direito subjetivo material violado ou ameaçado de violação.

Em sede extraprocessual, já agora no plano político-garantístico, ao juiz cumpre, mediante explicitação de razões justificativas jurídica e racionalmente válidas, prestar contas ao povo soberano, em cujo nome a decisão jurisdicional vem pronunciada. Por conseguinte, a motivação exhibe, também, a virtude de descortinar, sob o prisma sociológico-político, a possibilidade de controle democrático e difuso sobre a concreta administração da justiça, seja pela opinião pública pensada em seu complexo, seja como opinião de *quisquis de populo*.

No tocante à sua natureza, a motivação não visa (ou não tem que visar) reproduzir, com fidelidade, o *iter* lógico-psicológico, genético, percorrido pelo juiz para alcançar sua decisão. A motivação não configura uma espécie de fotografia ou de balancete do procedimento mental através do qual o juiz aportou em sua decisão. Por conseguinte, a motivação não tem natureza descritivística do juízo, senão que, na perspectiva de um discurso justificativo judicial, deve ministrar razões escoreitas e válidas, em prol da justificação seletiva, jurídica e racional do julgado, tornando-o racionalmente controlável.

Reafirme-se que a justificação interna não tem a pretensão de espelhar o itinerário mental das deliberações efetuadas realmente pelo órgão julgador, donde a distinção entre o processo de descobrimento (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*).

O pensamento jurídico dista da autossuficiência. A crise do direito como disciplina autônoma sugere a formulação de um conceito mais abrangente de justiça, seja para explicar a tomada de decisões judiciais, seja para subsidiar objetivamente as razões justificativas. Daí descende a abertura de horizonte para um novo metamodelo teórico e prático da motivação, referenciado à interdisciplinaridade, disposto a dialogar com as demais áreas do conhecimento humano. Implica dizer que, na motivação, o juiz deverá empregar conhecimento do direito objetivo e das regras clássicas de hermenêutica que orientam sua interpretação-aplicação, mas com aspectos multifacetados e componentes metajurídicos nela hospedados, sob a ótica, por exemplo, da psicologia, da sociologia, da antropologia, da história, da economia, da política.

A pesquisa incidirá, igualmente, sobre ponto medular: função persuasiva, ou não, da motivação da sentença no processo civil. A função do juiz é a de persuadir as partes, seus advogados e a sociedade?

No sétimo capítulo, examinar-se-á o problema da recíproca implicação entre prova dos fatos (à luz da concepção racional da prova) e motivação do juízo de fato na sentença civil, sob o influxo de uma ideologia democrática do exercício do poder.

No oitavo capítulo, far-se-á apreciação das estruturas formal e substancial da sentença civil. Serão examinados, separadamente, inúmeros temas que têm íntima pertinência com a motivação da decisão judiciária, tais como: *iura novit curia*, regras de experiência comum, conceitos juridicamente indeterminados, juízos de valor, discricionariedade judicial, analogia, equidade, integralidade das provas, fatos notórios, presunções, indícios, juízos indutivos ou dedutivos, fatos incontroversos, confissão espontânea, revelia e suas implicações no raciocínio judicial, falta de motivação e fundamentação sucinta, requisitos mínimos para que uma sentença se considere motivada, problema da motivação implícita e do julgado implícito; motivação do juízo de fato: fatos relevantes, ônus da prova e sua inversão, iniciativa probatória *ex officio* do juiz, regra técnica do livre convencimento, prova legal e limitação ao livre convencimento motivado, recusa de laudo pericial pelo juiz, valoração da prova científica e o papel do juiz, sentença civil alicerçada em precedente judicial e em enunciado de súmula vinculante, julgamento de plano de demandas judiciais repetitivas.

No nono capítulo, o trabalho buscará diferenciar as múltiplas deformações e vícios da (e na) motivação, conforme o grau de gravidade de cada qual. Nessa perspectiva, defenderá a posição teórica caracterizada por dois regimes distintos. No primeiro, a deformidade consistente na completa ausência de motivação da decisão judicial (gráfica ou ideológica), bem como na contraditoriedade absoluta entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo (sendo certo que tais hipóteses equivalem à ausência total de motivação), com contaminação em grau máximo, provoca a inexistência jurídica da decisão (*tamquam non esset*), quer se tenha como parâmetro a função endoprocessual (técnico-processual-instrumental), quer se tenha como referência a função extraprocessual (político-garantística) da motivação, indistintamente. No segundo regime, a omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica), as insuficiências e a contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses caracterizadoras de contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e a ilação final) importam a consequência jurídica de nulidade da decisão judiciária.

Semelhante diferenciação, na vida do processo judicial, tem inegável utilidade prática, pois, sem ficcionalizar, a sentença materialmente existente, mas juridicamente inexistente, será refratária à coisa julgada material. Contudo, a coisa julgada promoverá sanatória geral daqueles outros vícios configuradores de nulidade da decisão. Disso resulta, num e noutro casos, a exigência de diferentes instrumentos de impugnação, sejam de natureza recursal ou autônoma.

No décimo capítulo buscar-se-á resgatar a dignidade do recurso de embargos de declaração, utilíssimo em sede de adequada fundamentação do decisório, seja sob a vertente de controle endoprocessual (de iluminação de obscuridade, eliminação de contradição e suprimimento de omissão), como consectário do princípio da colaboração entre partes e juiz e vice-versa, seja no escopo de aperfeiçoamento técnico da sentença e de sua efetividade no mundo de carne e osso. Será examinado, também, o problema dos instrumentos de impugnação dos defeitos da (e na) motivação das decisões jurisdicionais (v. g., apelação, recurso extraordinário, recurso especial).

Já o décimo primeiro capítulo tem como escopo investigar o problema da correlação entre motivos e coisa julgada material, seja no chamado sistema restritivo (alicerçado, em substância, nos seguintes argumentos: certeza e paz social; economia processual; necessidade de harmonia dos julgados; impossibilidade de distinção entre fundamentos e decisão; dificuldade e arbítrio na determinação de estarem em jogo os fundamentos ou a própria decisão), seja no denominado sistema amplexivo (ancorado, em essência, nas seguintes premissas: imprescindibilidade de justiça; liberdade das partes e princípio dispositivo; centralidade ou questão crucial do processo; esforços processuais proporcionais ao bem da vida em jogo). Semelhante tema será esquadrihado, também, no plano dogmático (Código de Processo Civil de 1939, Código de Processo Civil de 1973) e sob os auspícios do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro.

No último capítulo, o estudo examinará a motivação da sentença no processo civil como fator de legitimação argumentativa do exercício da função jurisdicional.

Em desfecho, serão apresentadas, em forma de enunciados objetivos, as conclusões revestidas de maior essencialidade, extraídas no *iter* da investigação.

Nada obstante sua raiz diretamente constitucional, paradoxalmente o fenômeno da fundamentação da decisão judiciária não tem suscitado o interesse da doutrina constitucionalista; antes, ao contrário, as monografias e os artigos especializados acerca do tema concentram-se, aqui e alhures, no campo do Direito Processual.

No mundo de carne e osso, o desígnio do presente trabalho será o de formular, mediante abordagem crítica predominantemente jurídica, caracterizada por alguns novos ângulos de mirada, um convite intersubjetivo direcionado à reflexão e ao fomento do debate científico sobre o universo, tão complexo quanto fascinante, da motivação das decisões judiciárias. A dimensão humana do juiz se incumbe de torná-lo, igualmente, misterioso, quando bastaria ser racional.

1 DADOS HISTÓRICOS SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA CIVIL

1.1 Antecedentes

O presente trabalho se situa numa quarta fase metodológica do processo¹, que se poderia denominar de *instrumentalismo valorativo* ou *constitucionalizado*, pois centrado na realização dos direitos fundamentais e atento à sua intensa permeabilidade moral num sistema aberto, plural e dialético. Semelhante noção parece óbvia, mas essa obviedade traduz o progresso da ciência. Ela avança quando noções outrora nada óbvias hoje o são e seguem progressivamente sujeitas à evolução do debate crítico, até possivelmente deixarem de sê-lo.

Ao propósito precípua de conhecer a anatomia da teoria da obrigatoriedade de motivação de sentenças, parece bem colocá-la sob uma perspectiva histórica, desviando-se o olhar ao passado, no esforço de apreender sua linha evolutiva na cultura ocidental, pontilhada de luzes e sombras, de avanços e retrocessos institucionais, connexionando-se, na poeira dos séculos, com o evoluir do próprio processo, até desfrutar, em nossa contemporaneidade, do *status* de elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Hodiernamente, a motivação é um componente essencial da sentença e redonda da transcendentalidade da igualdade como valor universal, a par de expressar imperativo de ordem pública. Constitui, nessa feição, com a explicitação de razões justificativas, uma espécie de dique de contenção do arbítrio judicial. Não padece dúvida que o dever de motivar decisões judiciais é uma nota essencial da jurisdição moderna e, por isso mesmo, traço característico indelével de seu legítimo exercício. Trata-se de matemática da jurisdição moderna, em cuja sede a motivação, como direito fundamental processual, é a mais preciosa garantia que as partes possam almejar para se sujeitarem legitimamente aos pronunciamentos jurisdicionais.

Nessa perspectiva, o juiz é um relojoeiro e a motivação um relógio: as horas (legitimação do exercício da jurisdição, no quadro do Estado Constitucional Democrático de

¹ Na história do processo civil, as três fases metodológicas anteriores consubstanciam a seguinte divisão: 1) sincrética; 2) autonomista ou conceitual; e 3) teleológica ou instrumentalista. Vide, ao propósito, DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do processo civil brasileiro. **Fundamentos do Processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2. p. 726-761, esp. p. 726-730.

Direito), os minutos (acertamento adequado e aceitável dos juízos de fato e de direito, como também conclusões parciais concernentes aos variáveis enunciados fático-jurídicos e conclusão final) e os segundos (verificação *in concreto* da observância ou não de todas as demais garantias fundamentais do processo). Nesse último aspecto, a motivação é uma espécie de bóson de Higgs do universo do processo justo: a partícula subatômica da enunciação dos motivos, das razões que justificam, tanto de fato como de direito, a conclusão final, é, em cada caso concreto, a responsável pela massa da efetividade em todas as partículas inerentes às demais garantias fundamentais processuais. Essa peculiar função, nos planos teórico e prático, encoraja a asseverar que a motivação é a garantia do garantismo processual, cujo escopo é o de preparar, com base em um juízo racionalmente fundado, a decisão final. A motivação é que irá permitir, caso a caso, sindicarem-se e em que medida as garantias fundamentais do processo foram, de verdade, observadas pelo juiz. O cosmo do processo justo é a resposta. A motivação é a pergunta.

A fundamentação, como imperativo lógico (e, portanto, irremovível) da sentença, responde não apenas à exigência interna de caráter técnico-instrumental, senão também, e sobretudo, consubstancia notável programa de diálogo, quer em relação às partes e aos jurisdicionados, quer no atinente à sociedade em geral. Desempenha, nessa dimensão de dialeticidade, invulgar função político-sociológica categoricamente garantística e de controlabilidade democrática e difusa, extraprocessual, sobre a administração da justiça. É evidentiíssimo que, no momento presente, o problema da motivação gravita na órbita dos direitos fundamentais, consolidada, por isso mesmo, no campo de ordem pública.

Assim nem sempre foi, contudo. Daí a necessidade de levar-se em consideração determinados contextos históricos da motivação (atuais e pretéritos). Intenta-se, pela análise histórico-evolutivo-comparativa, certificar a incidência do dever de motivar as decisões judiciais e seu liame com o aparecimento dos meios de impugnação da sentença, verificar a contínua metamorfose do fenômeno e confrontar seus atributos nalgumas quadras da História e em certos ordenamentos jurídicos. A vida flui do passado a espreitar o futuro. No cotejo entre ontem e hoje, conhecer o que passou é condição essencial para, no presente, perceber o porvir. Não por acaso, a visão retrospectiva remonta ao mundo romano. Semelhante eleição se abona por duas ordens de razão: (i) o tema da fundamentação das decisões judiciais deita suas raízes mais profundas no Direito romano e (ii) fora, lá, um dos portos de partida do sistema do *civil law*, do qual, juntamente com a hereditariedade da tradição germânica, descende, em linha reta, o ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.1 Direito romano

Os romanos enxergavam os direitos antes sob o aspecto puramente processual, do que pelo prisma material. Comumente se diz, bem por isso, que o direito romano consubstanciava um sistema de ações. O processo civil romano respirara, sucessivamente, dois grandes períodos: (i) *ordo iudiciorum privatorum* e (ii) *cognitio extra ordinem*². O processo, na *ordo iudiciorum privatorum*, fora guilhotinado em duas fases distintas (*in iure* e *in iudicio*) e cindido em dois procedimentos consecutivos.

O primeiro deles, utilizado no direito pré-clássico, o das *legis actiones* (desde a fundação de Roma entre os anos de 754 e 753 a. C., na cronologia varroniana, até 149 a. C.), acentuadamente timbrado pela formalidade, solenidade e oralidade, no qual a postulação, diretamente deduzida pelas partes (não havia advogados), enquadrava-se numa das cinco ações contempladas na *Lex Duodecim Tabularum*, composta de 12 tábuas (*legis actio per sacramentum*, *legis actio per conditionem*, *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, *legis actio per pignoris capionem* e *actio per manus iniunctionem*).

O segundo procedimento, o *per formulam* (de 149 a. C. até 209 d. C.), no direito clássico, o qual fora o espelho da expansão romana sobre toda a península itálica. Porque o *ius civile* somente poderia ser aplicado ao cidadão romano e, por força do exacerbado formalismo das *legis actiones*, engendrara-se organicamente um sistema novo aplicável aos não-romanos, dando-se à luz ao *praetor peregrinus* (a quem competia decidir as contendas entre cidadãos romanos e estrangeiros ou as contendas entre estes³) e ao estabelecimento de “fórmulas” tendentes à resolução de conflitos. O pretor peregrino ministrava às partes a “fórmula”, um modelo, formando-se, desse modo, um corpo de regras, chamado de direito pretoriano ou direito honorário (em razão da honra dos pretores), já então com a intervenção de advogados, ao passo que aos litigantes impendia indicar o árbitro, dentre os nomes contidos no *album iudicium*.

² MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999, v. 1. p. 96-98. Entrementes, prestigiosa doutrina divide o processo civil romano por períodos, conforme o procedimento (*legis actiones*, processo formulário e *extraordinaria cognitio*), desconsiderando o critério utilizado no texto da intervenção exclusiva judicial como a pedra angular da diferenciação. Nessa vertente de pensamento, ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. p. 49-52.

³ GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma**: antiguidade clássica II. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002. p. 91.

O procedimento consubstanciava duas etapas: numa, cognominada *in iure*, na presença do pretor, ocorria a escolha da ação da lei ou da fórmula, a tomada do *sacramentum* e a fixação do objeto controversa, culminando com a *litiscontestatio*, que era um contrato processual entre as partes, no qual se fixava o objeto do litígio e se aquiescia na submissão à sentença que seria proferida pelo *iudex*. Noutra lance, denominado *in iudicio*, perante cidadãos escolhidos como árbitros (*iudex privatus* ou *arbiter* = juiz popular), sobrevinha a instrução e o julgamento (*sententia*). Releva notar que, no sistema da “ordem dos juízos privados”, a sentença (como simples opinião ou parecer jurídico meramente declaratório de *iustum o sacramentum* da parte vencedora ou *iniustum o sacramentum* da perdedora) era proferida por autoridade particular, e não por funcionário do Estado, estranha a uma estrutura judiciária hierarquizada, indigente, pois, de órgãos judicantes *ad quem*.

Disso promana a inexistência de recurso e, antes, de motivação, no diapasão da doutrina majoritária, no sentido da carência de dados suficientes para afirmar-se que, no procedimento das *legis actiones*, o parecer judicial fosse motivado⁴. Por outras palavras, dada a ampla liberdade de o *iudex privatus* ou *arbiter* apreciar os meios de prova e a impossibilidade de recorribilidade do julgado, não havia necessidade jurídica de expressar sua fundamentação. A inexistência de meios de impugnação estimula a inculcar a ausência de motivação⁵. Aos litigantes era revelado apenas singelo e solitário dispositivo, desnudado dos motivos que o sustentaram⁶.

Os dois procedimentos (*legis actiones* e *per formulam*) coexistiram durante certo tempo, valendo notar, no entanto, que, a partir da *lex Aebutia* (promulgada entre os anos de 149 a 126 a. C.), espargiu-se o procedimento *per formulam* e residualmente passou-se a aplicar o regime das ações da lei. Entrementes, duas *leges julias* de 17 a. C. (*lex iudiciorum privatorum* e *lex iudiciorum publicorum*) erradicaram o sistema da *legis actio*, estabelecendo apenas o formular,⁷ mediante rol de regras escritas de procedimento de conteúdo variável, menos rígidas e mais rentes à realidade social. Deprimiu-se o cunho estritamente oral do sistema anterior. Nesta sede, o *iudex* pronunciava a sentença que passou a ser condenatória,

⁴ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. **Cuadernos de Historia del Derecho**, Madrid, n. 2, p. 11-46, 1995, esp. p. 27.

⁵ MOLÉ, M. “Sentença (Direito romano)”. In: **Noviss. Dig. It.**, v. 16, p. 1081-1103, esp. p. 1085. Vide, assim também, SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona), p. 72.

⁶ RONCAGLI, Giorgio. **Il giudizio sintetico nel processo civile romano**. Milano: Giufrè, 1955. p. 83-84.

⁷ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 43.

sempre em pecúnia, mas, tal como ocorria no procedimento das ações da lei, sem indicar os motivos de sua decisão⁸ nesse sentido ou naqueloutro (*condemnatio* ou *absolutio*). Dessa posição, no entanto, discrepam autorizadas vozes doutrinárias.⁹

O período da *cognitio extra ordinem* (de 209 d. C. até o fim do Império Romano) indica um novo modelo de processo que sucederia gradativamente ao procedimento formular ordinário. A *extraordinaria cognitio* exibia, dentre outras, as seguintes notas características básicas¹⁰: (i) migração da justiça da esfera privada para a pública, com a conseqüente transmutação do juiz em órgão judicante permanente do Estado e a progressiva abolição dos árbitros privados, havendo a publicização do processo (processo de cognição oficial)¹¹; (ii) procedimento unitário, mais célere, submetido exclusivamente à autoridade do Estado-juiz, ao invés de bifásico; (iii) procedimento assumiria a forma escrita¹², abrangendo pedido (*libellus conventionis*), citação por convocação do juízo, contestação, com possibilidade de revelia, sentença; (iv) a *litiscontestatio* deixara de ser um contrato, passando a exibir a feição de refutação pelo réu à demanda judicial proposta pelo autor; (v) o juiz, como funcionário do Estado, exercia função pública (*jurisdictio*), visando à realização dos direitos contemplados no majestoso *corpus iuris civile*; (vi) a sentença liberta-se do jaez de simples parecer, para

⁸ BETTI, Emilio. Processo civile (Diritto romano). In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1957, v. 13. p. 1099-1120, esp. p. 1112. Consultem-se, igualmente, VISKY, K. Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess. **Revue Internationale des Droits de L'Antiquité**, Bruxelles, t. 18, p. 735-759, 1971 e TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 30-31.

⁹ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos. Chile-Buenos Aires: EJE, 1954. p. 254: “La sentencia no estaba sometida a formas solemnes; se pronunciaba de viva voz, y el juez podía decir llanamente su parecer y definir la condena. (...) No se exigía siquiera del juez que indicara los motivos de su sentencia, por más que estuviera en uso el expressarlos.” Assim, também, CUENCA, Horacio. **Proceso civil romano**. Buenos Aires, 1957. p. 89-96, esp. p. 90: “las sentencias generalmente debían ser razonadas, aunque no existiera obligación legal de ello.”

¹⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 21, p. 1-42, 2008, esp. p. 15-19.

¹¹ Acentue-se, a título ilustrativo, uma curiosidade do direito romano em face do direito moderno: na *cognitio extra ordinem*, o poder jurisdicional foi retirado dos árbitros privados e investido em juízes estatais, acelerando o procedimento, que assim deixava de ser bifásico. Hoje, preconiza-se o sentido inverso, de aprimoramento dos meios alternativos de resolução de conflitos, notadamente da conciliação, da mediação e da própria arbitragem, como forma de acelerar a composição dos litígios, muito pela inefetividade do procedimento judicial.

¹² Gize-se outra curiosidade do direito romano em face do direito moderno: com as *legis actiones*, um procedimento oral, mas solene e formal; com o predomínio do sistema *per formulam*, um procedimento fundado em regras escritas, e com o advento da *cognitio extra ordinem*, um procedimento já em si escrito, mas, em ambos os casos, mais flexível e aderente à realidade social que o procedimento oral anteriormente vigente no *ordo iudiciorum privatorum*, ao passo que na dogmática moderna se costuma associar o princípio da oralidade não à sacramentalidade nem à solenidade, mas à celeridade, informalidade, economia, adaptabilidade, concentração e simplificação procedimentais.

avocar contornos de ordem de um magistrado, suscetível de execução *manu militari*; (vii) o processo deixara de ser gratuito.

Oportuno remarcar, nessa época pós-clássica, a efetivação de julgamentos por escrito e, sobretudo, com a hierarquização do sistema de administração da justiça, especificamente com a criação do Tribunal Imperial. A sentença injusta passara a ser recorrível através da *appellatio*, com efeitos devolutivo e suspensivo, e, bem por isso, suscetível de revisão¹³. Este dado histórico, malgrado a lacunosidade das fontes, é de superlativa importância, pois que, pela estrutura do processo no terreno da *cognitio extra ordinem*, mediante julgamento escrito e sentença pronunciada publicamente¹⁴, e também à luz da recorribilidade, emerge a exigência de motivação da decisão judicial, por raciocínio lógico primário: a fim de que o *decisum* pudesse ser impugnado, perante órgão judicante hierarquicamente superior, impunha-se naturalmente ao juiz o dever de motivá-lo,¹⁵ conquanto desse entendimento haja vozes doutrinárias dissonantes, vale dizer, de que o estudo das fontes conhecidas não consentem encontrar qualquer preceito atinente ao dever de motivar¹⁶. Apesar disso, tanto a forma escrita da sentença como a existência de apelação, só por si, autorizam a pensar que o juiz era impelido a indicar as razões justificativas de sua decisão final, de modo a permitir, ao órgão judicante superior, o reexame cabal da contenda.

De mais a mais, a apelação estava fortemente conexas à motivação, pois que a impugnação deveria se alicerçar nos motivos enunciados pelo juiz na sentença¹⁷. A motivação responde, inelutavelmente, a razões técnico-processuais de existência de apelação, porquanto o juiz superior poderia realizar o exame completo da causa - inclusive admitindo-se a

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1, p. 332, 344 e 345.

¹⁴ SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano**: ejercicio y defensa de los derechos, op. cit, p. 411: *“Habían establecido ya los emperadores anteriores que las sentencias no pudieran en adelante pronunciarse simplemente de palabra, sin escribirlas; sino que el juez una vez concluído el debate tenía que consultar con sus asesores y redactar ponderadamente una sentencia por escrito, la cual tenía luego que ser leída por el juez mismo en la audiencia (recitare sententiam ex periculo), a presencia de todos los oficiales del tribunal y convocadas las partes. (...) Sólo los jueces de grado supremo, los illustres, estaban dispensados de la lectura personal de la sentencia redactada por ellos, y podían hacer que la leyeran oficiales subalternos. Naturalmente, las partes tenían el derecho de hacerse extender copia de la sentencia.”*

¹⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit, p. 33. Assim também, ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 49-54.

¹⁶ SAUVEL, M. T. Histoire du jugement motivé. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, Paris, v. 61, p. 7-8, 1955.

¹⁷ D. 49, 1, 3 Ulpiano 1.1 *de appellat*: *“Quid ergo, si causam appellandi certam dixerit, an liceat ei discedere ab hac et aliam causam allegare? An vero quae forma quadam obstrictus sit? Puto tamem, quum semel provocaverit, esse ei facultatem in agendo etiam aliam causam provocationis reddere persequi qui provocationem suam quibuscunque modis potuerit.”*

possibilidade de apresentar novas provas e aduzir fatos novos -, de modo que a aferição da justiça da decisão impugnada pressupunha necessária vivência de motivação. Agora bem, forja-se recíproca relação funcional entre motivação da sentença e sua impugnação¹⁸, uma a implicar a outra, qual duas faces de uma mesma medalha.

Tal exigência exsurge não apenas de maior espaço de liberdade judicante concedido ao juiz, senão também da própria possibilidade de pluralidade ou variação do conteúdo da sentença¹⁹. A fundamentação é a única via para se prospectar na sentença o vício de *error in iudicando*²⁰, como quando prolatada em frontal violação ao ordenamento jurídico romano. De resto, a conclusão de que a sentença prolatada no período da *extraordinaria cognitio* era dotada de motivação é robustecida pela lógica da possibilidade de interposição de *appellatio*²¹ parcial, com o fito de obter-se reforma de parte da decisão²². Demais disso, embora inexistisse uma disposição expressa a respeito da exigência de fundamentação, as fontes históricas do direito imperial, em visão sistêmica, encorajam a pensar que, no processo civil romano, o juiz houvesse, como exigência formal, o dever de motivar suas sentenças.²³ Delas se extraem alguns exemplos frisantes²⁴: como quando aludem à *deliberatio et ponderatio* (reflexão e ponderação para formação do convencimento do juiz – ou melhor: de sua convicção), antes de externá-lo por escrito na sentença;²⁵ através da locução *quod senserit scribat et relegat*,²⁶ pela

¹⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 334: “A *impugnabilidade* tem como *pressuposto* a *fundamentação do objeto impugnado*, principalmente porque se tem admitido que as decisões não sejam arbitrárias.” (Grifos no original).

¹⁹ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, op. cit, p. 14-15: “Sin embargo, en la *cognitio*, amén de carecer de instrumentos que le faciliten la labor mecánica, el juez puede elegir más fácilmente el contenido de su sentencia, y esta libertad es la que nos impulsa a creer en la necesidad de un razonamiento o motivación de la misma, como algo que justifique, desde el punto de vista del Derecho y de los hechos, lo que realmente decide el juez; es decir, la posibilidad de variación del contenido de la sentencia impulsa a creer en la necesidad de su motivación como justificación de la decisión.”

²⁰ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell’istituto, v. 2. p. 374.

²¹ Idem. La crisi della motivazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 664-677, esp. p. 665: “Motivazione e impugnazioni sono, nelle legislazioni processuali, istituti in certo senso paralleli: di solito, dove non è prescritta la motivazione, la impugnazione non è ammessa; perchè ogni impugnazione presuppone una critica e una censura dell’atto che si impugna, il che non è praticamente possibile quando non si possono conoscere le ragioni su cui l’atto si fonda e si giustifica.”

²² D. 49.1.13 (Ulpiano), *libro secundo responsorum*: “...quod in libellis a qua parte sententiae appellaret...”.

²³ MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano, op. cit, p. 17.

²⁴ Ibidem. p. 20-46.

²⁵ C. 7, 44, 2 (*Imperatores Valentinianus, Valens, Gratianus*). *Hac lege perpetua credimus ordinandum, ut iudices, quos cognoscendi et pronuntiandi necessitas teneret, non subitas, sed deliberatione habita post*

qual o juiz há de exteriorizar o que percebe e sente; na hipótese de *appellatio non recepta*²⁷ era de rigor justificar-se tal deliberação; as razões de denegação da apelação haveriam de ser externadas por escrito²⁸; o imperador, como juiz, ao confirmar a apelação, aduzia as respectivas razões em que carecia de credibilidade o depoimento de somente uma testemunha²⁹.

1.1.2 Direito romano-barbárico

No ano de 476 d. C., com a queda do Império Romano do Ocidente, singularizada pela tomada de Roma pelos Hérulos (povo germânico), ocorreu o encontro do assaz desenvolvido sistema jurídico romano com os costumes primitivos do povo invasor, máxime com o direito visigótico, de origem consuetudinária, que, naquele então, era a mais intelectualizada vertente do direito germânico. O processo romano-barbárico é comumente dividido em três fases: a) longobarda (568 a 774), na qual o juiz era o duque, b) franca (774 a 900), na qual a autoridade

negotium sententias ponderatas sibi ante formarent et emendatas statim in libellum secuta fidelitate conferrent scriptasque ex libello partibus legerent, sed ne sit eis posthac copia corrigendi vel mutandi. Exceptis tam viris eminentissimis praefectis praetorio quam aliis illustrem administrationem gerentibus ceterisque illustribus iudicibus, quibus licentia conceditur etiam per officium suum et eos, qui ministerium suum eis accommodant, sententias definitivas recitare (a 371).

²⁶ C. Th. 4.17.2 (*Idem aaa. ad Clearchum praefectum praetorio*). *Iudex in proferenda sententia quae iurgantibus prosit, ad plenum recenseat, quidquid negotii fuerit illatum, quod senserit scribat et relegat, ne per errorem iudicis iterum a primordio novae litis sortiantur eventus (a 382).*

²⁷ D. 49, 5, 6 (*Macer libro secundo de appellationibus*). *Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipii sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusque exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur.*

²⁸ D. 49, 7, 1 pr (*Ulpianus libro quatro de appellationibus pr*). *Appellatione interposita, sive ea recepta sit sive non, medio tempore nihil novari oportet: si quidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio an non sit.*

²⁹ D. 48, 18, 20 (*Paulus libro tertio decretorum*). *Maritus quidam heres uxoris suae petebat a Suro pecuniam, quam apud eum deposuisse defunctam se absente dicebat, et in eam rem unum testem liberti sui filium produxerat apud procuratorem: desideraverat et quaestionem haberi de ancilla. Suro negabat se accepisse et testimonium non oportere unius hominis admitti nec solere a quaestionibus incipi, etsi aliena esset ancilla. Procurator quaestionem de ancilla habuerat. Cum ex appellatione cognovisset imperator, pronuntiavit quaestione illicite habita unius testimonio non esse credendum ideoque recte provocatum.*

judiciária era o conde, e c) feudal (900 a 1100), na qual, com o atrofamento do âmbito da jurisdição civil leiga, ampliou-se o campo da jurisdição eclesiástica³⁰.

A estrutura do processo de origem germânica era rudimentar, dês que a jurisdição era exercida por assembleia popular de homens livres (*Ding*)³¹, com procedimento totalmente oral e nitidamente público. O juiz presidia os debates e a colheita de provas, orientava a assembleia sobre a matéria de direito e, afinal, alvitrava a decisão à assembleia, a qual era irrecorrível, pois que esta encarnava o sumo poder decisório. Ulteriormente, a decisão passou a ser proferida pelos escabinos, como representantes do povo, os quais, na sentença, se atinham a averiguar as manifestações externadas no chamado *judicium Dei*. Nesse panorama, não se exigia a declaração dos motivos influenciadores da decisão. Houve enorme retrocesso no direito peninsular e especificamente na temática da motivação da sentença, uma vez que, no período da *cognitio extra ordinem*, entre os romanos, já se havia consolidado o dever de o juiz motivar suas decisões, já então suscetíveis de impugnação.

No plano probatório, como mecanismos certificadores da verdade e revelação da justiça, vigiam as ordálias, que consistiam em experimentos crudelíssimos, com a participação de elementos da natureza e utilização de métodos cabalísticos, cujo resultado é interpretado como um juízo divino (v. g., a prova pelo fogo, pela água em ebulição ou gelada, pelo cadáver, pela serpente)³². O juiz era um singelo coletor de provas fornecidas pela vontade divina, fiadas a forças sobrenaturais³³. De modo que a irracionalidade das provas judiciárias eclipsava não apenas a motivação, senão também elidia o desenvolvimento do raciocínio jurídico, uma vez que, não raro, o exemplo típico de ordálio consistia no duelo judicial, sob a pressuposição de que Deus daria a vitória a quem tivesse razão³⁴. Nesses procedimentos

³⁰ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, v. 1, op. cit, p. 52-53.

³¹ GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2. reimpression de la tercera edición, 1968. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, t. 1. p. 70.

³² No Código de Hamurabi (de aproximadamente 1700 a. C.), as ordálias já se insinuavam: “2. - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.”

³³ ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Parte generale. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1966, v. 1. p. 222.

³⁴ GODDING, Philippe. Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 39: “*Les circonstances demeurent longtemps peu propices, d’ailleurs, à un accroissement du rôle des juges dans la formulation du droit. Le recours aux preuves irrationnelles ne favorise guère le*

judiciais, impregnados de experiências probatórias irracionais, não havia propriamente espaço de deliberação pelo juiz sobre o fundamento da pretensão do autor, daí por que a fundamentação era inconcebível, tanto quanto pular sobre a própria sombra.

Com o decorrer do tempo, já na fase “franca”, o ordenamento jurídico dos bárbaros passou a experimentar influências do direito romano. Tais infiltrações, numa simbiose, forjaram institutos alocados à base do assim chamado processo romano-barbárico. Houve o redescobrimto da disciplina de provas racionais, mediante o estabelecimento do sistema da prova legal, graduada, com valor predeterminado, e as testemunhas eram respeitadas. A técnica de decisão judicial prestigiava o conhecimento empiricamente fundado nos fatos do caso particular.

Na fase feudal, já no século XI, o processo romano-barbárico sofreu as consequências da atomização do poder político, dando-se o declínio dos institutos jurídicos, o ressurgimento do duelo como instrumento de resolução de controvérsias e a prova testemunhal, envolta no perjúrio, resvalou para o despenhadeiro do descrédito.

1.1.3 Direito canônico

Comumente, os canonistas decompõem o Direito Canônico em três partes: *jus antiquum* (do ano 1º a 1150), *jus novum* (de 1150 a 1563) e *jus novissimum* (de 1563 a 1917)³⁵. O chamado sistema jurídico do *utrumque ius*, dos dois direitos: o *ius civile* (direito civil) e o *ius canonicum* (direito canônico), fundado na confluência de instituições e normas romano-canônicas, regeu, durante vários séculos, a vida jurídica da Europa³⁶. A consolidação do Direito Canônico ocorreu nos séculos XIII-XV, dada a necessidade de compilação das inúmeras decretais editadas pelos papas. Paralelamente ao processo romano-barbárico, a Igreja Católica preservava as instituições do direito romano, máxime as construções da

développement du raisonnement juridique; à la limite, la solution du point de droit litigieux peut même dépendre de l'issue d'un duel judiciaire.”

³⁵ LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, v. 78. p. 522.

³⁶ HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 171.

*cognitio extra ordinem*³⁷, moldando-as ao processo canônico³⁸. Daí falar-se, também com o reflexo decorrente da criação das Universidades, em processo romano-canônico ou processo comum, cuja aplicação dar-se-ia sempre que o direito do lugar (particular) não disciplinasse expressamente determinada matéria. De inspiração canônica, exemplificativamente, foi a adoção do procedimento sumário, com a eliminação de alguns formalismos exacerbados (por exemplo: procedimento plenário rápido, com cognição exauriente, mas mitigação de formalidades e de prazos, introduzido pelo papa Clemente V, através das famosas bulas *Saepe contingit* e *Dispendiosam* de 1306 e 1311, respectivamente). É evidentiíssimo o semblante de humanização do direito, patrocinada pela doutrina do cristianismo e, em especial, pelo Novo Testamento.

Naquele então, embora a sentença devesse ser escrita e lida pelo próprio juiz prolator (Inocência IV, *iudice sedente* – *Sextus* 2.14.5), não havia previsão no que toca à necessidade de motivação, salvo no tocante a toda sentença que impusesse a pena de excomunhão, que deveria ser motivada³⁹, até mesmo com a imposição de sanções ao juiz que desertasse de tal dever (decretal *Quum medicinalis*). Esta é uma das normas mais vetustas em prol da obrigatoriedade de motivação, havida mesmo por sua precursora⁴⁰. O objetivo primordial da exigência de motivação, nesse caso, era o de que, conhecendo as razões da punição, o excomungado pudesse corrigir seu padrão de conduta. Ademais, civilistas e canonistas medievais, tirante alguns casos excepcionais, mostravam-se mesmo visceralmente refratários à fundamentação das decisões judiciais.⁴¹ A *communis opinio* considerava curiosamente que a motivação não era exigida e tampouco rechaçada pelo direito comum, mas sustentavam que indicar as razões da decisão impactaria negativamente a autoridade do julgado, expondo-o a impugnação por fundar-se em causa falsa ou errônea, muito provavelmente fundada no

³⁷ MOREIRA ALVES, José Carlos, op. cit., p. 332.

³⁸ BERMUDEZ, Sergio. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1973. p. 30.

³⁹ DÍAZ SAMPEDRO, Braulio. La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica. *Foro*, Nueva época, Madrid, n. 5, p. 59-85, 2007, esp. p. 62: “*Por regla general nunca existió obligación expresa de motivar, salvo en casos de materia mayor como los recursos de apelación o sanciones de excomunió, pero ello no signífico que en determinadas sentencias se hiciera uso de tan saludable práctica en Tribunales mayores, siendo conscientes de la autoridad moral que tenía un juez eclesiástico.*”

⁴⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975. p. 324, nota n. 13.

⁴¹ GODDING, Philippe. *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle*, op. cit., p. 49.

método das *distinctiones*, a proporcionar sua nulidade,⁴² a par de ingurgitar o funcionamento dos mecanismos da justiça. Vale notar que a primeira alusão ao propósito da motivação da sentença surge tão somente na decretal *Sicut nobis*, de 1199, do papa Inocêncio III, sustentando a legitimidade da sentença despida de fundamentação, a qual fruía de uma presunção jurídica de validade, proveniente da autoridade judiciária (“*propter auctoritatem iudicariam praesumi debet*”). Conducente articular, nesse panorama singularíssimo, que, evitando-se abrir frestas a impugnações, a autoridade da decisão judicial e sua prudente estabilização seriam diretamente proporcionais ao silêncio do juiz atinente às suas razões de decidir, adotando a sentença configuração de um *dictum* imotivado: sentença despojada de motivação, autoridade judiciária em coeficiente máximo⁴³.

Cumprido notar-se que o Código de Direito Canônico de 1917, erigiu a fundamentação como elemento da sentença. Porque importante via de expressão objetiva da certeza moral, com esteio nas alegações e provas reproduzidas nos autos do processo,⁴⁴ semelhante exigência de motivação, com a indicação das razões de fato e de direito justificativas postas na base da conclusão final, remanesce expressamente estampada no vigente Código de Direito Canônico de 1983,⁴⁵ abarcando ainda a sentença interlocutória⁴⁶ e os decretos decisórios⁴⁷. Demais

⁴² CALAMANDREI, Piero. Motivi di nullità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 161: “(...) *poiché, ora, il diritto intermedio (salvo qualche eccezione nelle legislazioni particolari) non imponeva la motivazione delle sentenze, ed anzi la dottrina apertamente la sconsigliava, non poteva mai parlarsi di sentenza nulla per error in iudicando in tutti i casi in cui la sentenza era data senza motivi.*”

⁴³ TARUFFO, Michele. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 29 (2), 1974. p. 284: “*Si tratta, dunque, di una prospettiva statica e nettamente endoprocedurale, nella quale manca la percezione di ciò che la motivazione, se resa obbligatoria e pubblica, potrebbe significare al di fuori del processo e sul piano non strettamente tecnico-giuridico; è d'altronde indicativo che, quando si consiglia al giudice di non motivare, l'unica ragione che ne viene addotta sia l'opportunità di evitare per quanto possibile di aprire la via alle impugnazioni, rimanendo al fondo di tale orientamento la convinzione che l'autorità della sentenza sia tanto maggiore quanto più essa assume la forma di un dictum immotivato.*”

⁴⁴ Canône 1608 § 1. *Ad pronuntiationem cuiuslibet sententiae requiritur in iudicis animo moralis certitudo circa rem sententia definiendam.* § 2. *Hanc certitudinem iudex haurire debet ex actis et probatis.*” (Cân. 1608 § 1. Para pronunciar qualquer sentença, requer-se no ânimo do juiz a certeza moral acerca do assunto que deve dirimir. § 2. O juiz deve fundar esta certeza no que foi alegado e provado.)

⁴⁵ Canône 1.611, 3. - “*Sententia debet: exponere rationes seu motiva, tam in iure quam in facto, quibus dispositiva sententiae pars innititur;*” (A sentença deve: expor as razões ou os motivos, tanto de direito como de facto, em que se baseia a parte dispositiva da sentença); e Canône 1.612 § 3. - “*Hisce subsequatur pars dispositiva sententiae, praemissis rationibus quibus innititur.*” (Seguir-se-á a parte dispositiva da sentença, antecedida das razões em que se fundamenta).

⁴⁶ Canône 1.613 - “*Regulae superius positae de sententia definitiva, sententiae quoque interlocutoriae aptandae sunt.*” (As regras acima consignadas a respeito da sentença definitiva devem ser adaptadas também à sentença interlocutória.)

disso, os motivos da sentença permitem tecnicamente melhor elaboração de sua impugnação, além de franquear ao órgão judicante superior adequada visão pertinentemente à justiça e à juridicidade da decisão impugnada.

Além de a motivação da sentença servir de norte à uniformização da jurisprudência dos tribunais canônicos, exhibe a função garantística no tocante à efetividade do direito de defesa, da imparcialidade do juiz, do devido processo. Da motivação religam, no processo civil canônico, institutos importantes (por exemplo: *restitutio* e *novum examen*). A falta de motivação da sentença configura nulidade e, bem por isso, autoriza a propositura de *querela nullitatis*⁴⁸ (Cânone 1.621).

Releva notar que o *Ordinamento Giudiziario e Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano*, de 1946, no que toca à motivação da sentença, preceitua: art. 295. §2. “*La sentenza deve contenere: 7° una sommaria esposizione dei motivi della decisione in fatto e in diritto;*” e art. 296. §1. “*Nella motivazione della sentenza il giudice stabilisce i fatti secondo ciò che risulta dal processo o dalla pubblica notorietà; indica e risolve le questioni che li sono state proposte o che deve proporsi di ufficio applicando le norme del diritto vigente ai fatti della lite. §2. Nel dispositivo della sentenza il giudice accoglie o respinge le domande e le eccezioni a lui proposte o rilevate d’ufficio, e dichiara l’effecto giuridico che ne deriva alle parti.*”

1.1.4 Direito intermédio

O ensino do Direito Romano ressurgiu com o aparecimento, a partir do século XI, das primeiras universidades europeias. Os glosadores (v. g., Irnerius, Búlgaro, Piacentino,

⁴⁷ Canône 1.617 – “*Ceterae iudicis pronuntiationes, praeter sententiam, sunt decreta quae si mere ordinatoria non sint, vim non habent, nisi saltem summarie motiva exprimant, vel ad motiva in alio actu expressa remittant.*” (As restantes decisões do juiz, além das sentenças, são decretos, que, se não forem de mero expediente, carecem de valor, se não expuserem, ao menos sumariamente, os motivos, ou não remeterem para os motivos expressos em outro acto.)

⁴⁸ CALAMANDREI, Piero. Sulla funzione politica della querela di nullità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 193-210, esp. 193: “*Insegna un Maestro (Chiovenda) che, quando la querela di nullità del diritto comune veniva sperimentata perchè la sentenza era contra ius, “la querela serviva a garantire l’esatta osservanza della legge da parte del giudice e ad impedirgli di fare opera di legislatore: così che la querela in ogni tempo ebbe in sè un elemento politico, associando la difesa del privato (ius litigatoris) a quella dell’interesse generale (ius constitutionis)”.*”

Giovanni Bassiano, Guilherme Duranti), na quadra de 1100 até 1271, adaptaram, mediante *interpretatio*⁴⁹ e anotações (as chamadas “glosas”) que faziam aos textos jurídicos romanos originais, o Direito Romano às necessidades práticas da época⁵⁰, bem como a reapropriação de uma ordem de valores jurídicos, que irrompe sob o aspecto de “*aequitas*”, a teorização e a sistematização da aplicabilidade do direito comum, decorrente da fusão de normas e do encontro de instituições processuais do direito romano (v. g., o procedimento escrito, a prova e a sentença) e do direito germânico (v. g., a intervenção de terceiros e a obrigatoriedade *erga omnes* da coisa julgada). Com o direito comum aparecera o processo comum, por influência também dos pós-glosadores (v. g., Acursio, Baldo de Ubaldi, Bartolo de Sassoferrato, Ferrari), no período de 1271 até 1400, propiciando a criação de institutos jurídicos novos. Ao depois, surgiu a assim chamada “jurisprudência culta”, estendendo-se à França e à Alemanha, que vigorou no período de 1400 (princípio) até 1500.

O processo comum, sob o prisma procedimental, era escrito e estimado moroso, excessivamente formal e abstruso. Daí a necessidade de um processo mais célere e simplificado em suas formas processuais. O direito canônico, remarque-se, mediante a criação dos processos sumários (de cognição completa ou de cognição sumária), proporcionara valioso aporte ao processo comum.

Foram abolidas, após o IV Concílio de Latrão (1215), convocado pelo Papa Inocêncio III, pela bula “*Vineam Domini Sabaoth*,” de 19 de abril de 1213, as ordálias e os “juízos de Deus”, *i. e.*, houvera a entrada de uma verdadeira racionalidade própria dos julgamentos humanos. Porém, absurdamente, as torturas foram preservadas para expropriar uma confissão do réu⁵¹, como meio de obtenção da “verdade absoluta” no processo, impeditiva, inclusive, de apelação contra a sentença. Prevaleceu o império da prova tarifada ou legal, até o final do século XVIII. O valor probatório pré-determinado aniquilava a possibilidade de deliberação pelo juiz, substituída por simples cálculos, balancetes, nada a reclamar motivação no juízo de fato. A partir da Revolução Francesa, fora retomado o conceito da livre convicção do juiz,

⁴⁹ CUNHA, Paulo Ferreira da et al. **História do direito**: do direito romano à constituição europeia. reimp. Coimbra: Almedina, 2010. p. 170: “A *interpretatio* medieval é plena de possibilidades criativas, nela se manifestando por completo a vontade e a liberdade do intérprete. Uma faculdade que talvez devesse ser recuperada para os nossos dias, como mediadora entre texto e factos, como elemento de correção, integração e modificação do texto em função dessa realidade, como fundamental instância construtora e criadora do direito.”

⁵⁰ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 303.

⁵¹ MEDRONI, Marcelo Batlouni. Linhas gerais do processo canônico. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, p. 71-74, maio 2006, esp. p. 73-74.

além da abolição, em larga medida, da tarificação legal de provas, primeiro no processo penal e depois no civil.

O quadro da paisagem judicial europeia, a partir do século XII, fora marcado por transformações pintadas, por um lado, com as tintas de uma paulatina vindicação da função jurisdicional pelas monarquias medievais, e, por outro, em apartado, como embrião da tecnologia de centralização da justiça, com a aquarela de uma estrutura integrada de oficiais profissionais dotados de funções jurisdicionais. Houve alteração do pilar de sentimento comunitário (juízo dos pares), sobre o qual se equilibrava a administração da justiça, a transportar a própria compreensão do Direito do eixo de saber ancestral comum para o de saber técnico-jurídico: migração do naipe carismático à competência profissional. A autoridade do juiz passa a estribar-se no saber profissional e em sua condição de representante do monarca.

No regime ancião, a majestade da função jurisdicional, como emanção da justiça real, e consistindo o juiz num delegatário do monarca medieval, assente a ideia de supremacia (antecedente àquela de soberania) derivada de sua concepção teocrática, da unção divina, sedimentou-se o princípio de exclusão da fundamentação das decisões judiciais, porquanto naturalmente estaria isento de prestar contas de seus atos temporais ou de expor publicamente as razões justificativas do exercício terreno de sua autoridade judicante. O rei-juiz, quão *lex animata*, circundado de sacralidade e mistério, inspirado pela divindade, era sacerdote da justiça. A iconografia judicial da realeza estava impregnada de sacralidade, a transportar para o juiz e a sentença uma autoridade desnuda de razões e motivos⁵².

O exercício da judicatura, ainda no antigo regime, não prescindia de unanimidade na decisão, além de secretas as sessões do tribunal, comprometendo-se seus integrantes a nunca revelar eventual cizânia de votos. Todos deveriam subscrever a sentença, mesmo quem houvera ocasionalmente dissentido de seu conteúdo. O colegiado era categórico sinônimo de unanimidade, sua voz soava uníssona. Solução e verdade unânimes encarnavam tanto unidade do poder real, quanto a infalibilidade divinal⁵³.

⁵² PETRONIO, Emanuele; SANTINI, Giorgio. **L'obbligo di motivazione della sentenza**: Profilo storico dal medioevo ad oggi. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14656025/Motivazione-Della-Sentenza-Dal-Medioevo-Ad-Oggi>> Acesso em: 02.04.2013. p. 1-7, esp. p. 4-5: “Questa avversione verso la motivazione degli atti giudiziari trova la sua causa di maggiore rilievo in una “persistenza tenace della convinzione che l’amministrazione della giustizia fosse la più alta espressione della sovranità, di un potere sacro e mitizzato, sovrastante i sudditi: pertanto non si ravvisava la necessità di rendere ostensive le ragioni del decidere.”

⁵³ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. **La motivación de las sentencias**: genealogía y teoría. 2006. 316 f. Tesis para la obtención del grado de doctor (Departamento de Filosofía del Derecho). Universidad de Granada, Granada, 2005. p. 46-47.

Até o século XVI, nos tribunais reais europeus, como nos eclesiásticos, predominou, em regra, a ausência de motivação. Daí resulta, por exemplo, no direito intermédio, a impossibilidade de aferir-se, na sentença, a existência de *error in iudicando*, ante a falta de motivos⁵⁴. A partir de então, o quadro experimentou formidável alteração em alguns Estados da península itálica (v. g., Florença, Siena, Perugia, Bolonha, Genova) e em alguns reinos da península ibérica (v. g., Aragão, Catalunha, Valencia, Portugal), justamente para se impor aos tribunais reais a enunciação de motivos em suas decisões⁵⁵. O dever de motivar, naquele momento, conectava-se com as impugnações e, como mais tarde transpareceria, na esfera política, com o invulgar aspecto de centralização da atividade jurisdicional, monopolizada, direta ou indiretamente, pelo soberano, que sempre administrava a justiça, ou em cujo nome era administrada. Ademais, com a verticalização da jurisdição, o monarca exercia, através do julgamento de impugnações, a controlabilidade hierárquica sobre a atuação dos juízes⁵⁶. Era o canal de passagem da antiga responsabilidade profissional do juiz à sua responsabilidade disciplinar, valendo notar que a motivação consubstanciara o instrumento operacional de controle burocrático sobre aquela performance judicante.

A exclusão da motivação, no direito intermédio, poderia conexionar-se com (i) razão de Estado, (ii) políticas centralizadoras e (iii) princípio hierárquico de organização judicial⁵⁷. A heterogeneidade conjuntural de cada Estado, com óbices variáveis ao exercício do poder real, explicava a diversidade de tática legiferante no tocante à fundamentação das decisões judiciais. Conforme o caso, recomendava-se sua proibição ou mostrava-se conveniente exigir que os juízes expressassem os motivos de suas decisões, embora com o sacrifício da publicidade, mantendo-as, tanto quanto na prática possível, fora do alcance do público. É

⁵⁴ Pertinentemente à difusa concepção de motivação como *locus* revelador dos erros do juízo e meio de reexame do respectivo mérito, vide CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile: storia e legislazioni**. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 1. p. 168: “*Dalla dottrina del diritto intermedio furono con particolare acume studiate le qualità che l'error in iudicando deve avere per produrre la nullità della sentenza; queste si ridussero a due, in quanto si stabilì il principio che l'errore di giudizio, per aver efficacia sulla validità del giudicato, deve essere: a) expressus; b) causalis. a) Poichè l'error in iudicando è un difetto di ragionamento che si produce nella mente del giudice durante l'attività intellettuale di cui la sentenza è la conclusiva resultanza, esso errore non può esser rintracciato nel tenore della decisione se non quando questa sia motivata, quando cioè il giudice abbia riferito, a giustificazione del dispositivo, la storia sommaria del cammino che il suo pensiero ha dovuto compiere per giungere sino ad esso (...).*”

⁵⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 56.

⁵⁶ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto**. Bolonha: Il Mulino, 1976. p. 53.

⁵⁷ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de las sentencias : ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 15, p. 9-35, dic. 2003, esp. p. 6-10.

curioso observar que, comumente, tanto a posição de proibição de motivar a sentença, quanto a que impunha o dever de motivar, conquanto antagônicas, estavam baseadas nos mesmos argumentos: a satisfação psicológica das partes e considerações acerca da duração do processo⁵⁸. As leis, no campo da motivação, assentes em razão de Estado, poderiam ostentar por objetivos primordiais a conservação, a concentração e a centralização do poder político-estatal. A fundamentação das decisões judiciais retratava, com nítida dimensão de interesse político, a bondade do príncipe, como fonte de justiça, direcionada aos extratos sociais supinos, possíveis oponentes de seu poder, a robustecer a figura de sua autoridade suprema (v. g., dever de motivar apenas em causas cíveis ou comerciais de maior valor, justamente aquelas de interesse das oligarquias, como garantia de suas posições privilegiadas de domínio)⁵⁹.

A unidade jurídica da Europa, advinda do processo comum, desmoronou com o advento do absolutismo monárquico. Em França, com o surgimento dessa centralização, o processo civil fora se desgarrando gradativamente do modelo romano-canônico do direito intermédio, vindo então a lume as ordenanças régias, como a celeberrima *ordonnance* de 1667, sobre a justiça civil, promulgada no reinado de Luis XIV, a desfrutar da honraria de haver sido o primeiro Código de Processo Civil francês.

Quando se têm em mira legislações posteriores ao absolutismo monárquico, deparam-se cenários nos quais as sentenças desempenhavam papel de instrumento de centralização das fontes de produção jurídica, com a recondução ao soberano da totalidade da atividade de produção e aplicação do Direito, ínsitas na relação entre ele e tribunais reais. Nesse desiderato, como programa de centralização, a motivação constituía inegável fator de fortalecimento da jurisprudência e dos desígnios unificadores da legislação central. A motivação serviria de ferramenta de vinculação da decisão à legislação central. Curiosamente, a mesmíssima política centralizadora se prestava ainda a proibir a fundamentação com o fito de evitar-se a formação e o desenvolvimento de um direito jurisprudencial adverso à legislação central, além de instrumento de controle estatal do julgado, derivado da expressão técnico-instrumental da motivação, com a finalidade de consentir ao juiz da impugnação o

⁵⁸ Averbese como exemplo de proibição de motivar as sentenças: Real Cédula de Carlos III, de 23 de junho de 1778, incluída como Lei VIII do Título XV, Livro XI da Novíssima Recompilação. Vide, ao propósito, ORTELLS RAMOS, Manuel. Origen histórico del deber de motivar las sentencias. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, 4, p. 899-932, 1977, esp. p. 900-901.

⁵⁹ ASCHERI, Mario. Firenze dalla repubblica al principato: la motivazione della sentenza e l'edizione delle pandette. In: **Tribunali, giuristi e Istituzioni**. Dal medioevo all'età moderna. Bolonha: Il Mulino, 1995. p. 61 ss.

conhecimento dos elementos do *thema decidendum*, e de organização burocrático-hierárquica da magistratura.

1.2 O absolutismo e a influência da doutrina iluminista

No forno da ideologia iluminista jurídico-política do século XVIII nos países europeus, fora forjado o princípio da livre convicção do juiz, escoltado da configuração moderna da motivação e de sua consagração expressa em uma constelação de monumentos legislativos, a cuja luz se aquece uma porção da história do processo e da administração da justiça. A doutrina filosófico-política do Iluminismo, seja a de útero germânico (ideologia de reforma política dos soberanos esclarecidos ou ditos iluminados), seja a de matriz francesa (ideologia de cunho revolucionário, conformada por pensadores longínquos do poder vigente), influenciou intensamente diplomas normativos na enunciação da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.

O dever de enunciar as *rationes decidendi*, até então, era idealizado como vertente de controle hierárquico-burocrático do órgão superior sobre a atuação do juiz. Em decorrência de circunstâncias culturais e políticas diversas daquelas que guiaram o futuro legislador revolucionário francês, mas com infiltrações da difusão da cultura do iluminismo jurídico-político germânico, notadamente no tocante à tendência à simplificação e à racionalização da atividade jurisdicional e à verticalização burocrática das estruturas judicantes, típica do ambiente do despotismo iluminado (diferente, no ponto, do ambiente do iluminismo revolucionário francês, assente no controle democrático sobre a administração da justiça, mediante motivação da sentença obrigatória e pública), Frederico II da Prússia, com a promulgação do *Codex Fridericianus Marchicus*, de 1748, operou nítida alteração desse perfil da motivação, a qual, sem permanecer em segredo, passou a ter também como endereço as partes, não mais alijadas do conhecimento de seu conteúdo. Foram estabelecidas prescrições atinentes aos juízes e suas decisões. O *Referent* (relator), em sua proposta de decisão, além de expor as questões de fato e de direito, apresentar uma súmula dos acontecimentos do processo e do resultado da instrução probatória, expressava as *rationes decidendi et dubitandi* sobre a resolução do conflito. Cumpria-lhe, ademais, indicar sua opinião motivada, a qual consubstanciaria a fundamentação da decisão, na hipótese de acolhimento daquela proposta

pelo colegiado julgante. Tais regras haviam por objetivo primacial aclarar o significado da sentença, determinando, com precisão cirúrgica, o objeto da decisão, e, bem por isso, atalhar dissensões de interpretação dos litigantes sobre seu teor, além de transportar ao juiz da impugnação melhor conhecimento e domínio dos elementos do conflito⁶⁰.

Nada obstante o evidente avanço, o instituto da motivação restava ainda confinado a uma concepção estritamente endoprocessual e, despojada de publicidade externa, a exigir que as partes pleiteassem a informação sobre os motivos, a fim de que pudessem ofertar impugnação. Os temas da motivação da sentença e de sua publicidade, ensaiando uma disciplina moderna, saborearam notável aprimoramento, embora conservassem sua conotação endoprocessual, ainda na Prússia, com a *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*, promulgada por Frederico, o Grande, em 1781, e ulteriormente, em versão revista e definitiva, promulgada por Frederico Guglielmo, em 1793. Nesse diploma, as decisões incidentais ou prejudiciais haveriam também de ser lastreadas em motivos separados e específicos (Título XIII, § 36). A finalidade da motivação, anunciada expressamente, era a de aclarar o sentido da sentença e, assim, de precatar dissídios interpretativos sobre seu conteúdo, a par de permitir que os litigantes tivessem conhecimento das razões justificativas depositadas à sua base (Título XIII, § 42). A *Allgemeine Gerichtsordnung* assegurou, o que é mais, o conhecimento imediato e direto dos motivos, por meio da leitura integral da sentença (publicação) na presença das partes e de seus advogados (Título XIII, § 44), propiciando melhor oportunidade de impugnação. A motivação, consonante com sua percepção endoprocessual, mantém-se como fator de racionalização da atividade decisória e da administração da justiça. Ressente-se, no entanto, ainda, de seu cariz político e garantístico, extraprocessual, de controle crítico, democrático e difuso, sobre a ópera composta pelo juiz.

Entrementes, em outros ordenamentos germânicos, no curso do século XVIII, ao problema da motivação deram-se soluções diferentes e restritivas. Com efeito, na Baviera, o *Codex juris bawarici judiciari*, de 1753, acolheu a praxe dos motivos secretos, vale dizer, as razões de decidir eram, naquele então, infensas à publicação. Na Áustria, no *Civilgerichtsordnung* de José II, promulgado em 1781, há expressa vedação à indicação dos fundamentos da decisão (art. 261), ao passo que a sentença não era publicada, nem dela se fazia leitura às partes em audiência, mas simples intimação (art. 263). Para fins de impugnação as partes poderiam requerer os motivos da sentença (art. 264), os quais também

⁶⁰ TARUFFO, Michele. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, op. cit., p. 274.

eram comunicados ao juiz da impugnação (art. 270). Mantém-se uma concepção endoprocessual da motivação densamente restritiva, desprovida de espaço para uma conotação justificativa da motivação, ainda que adstrita aos litigantes, os quais unicamente acessavam os motivos para a finalidade de apresentar impugnação. Conservava-se, autoritariamente, a confidencialidade da motivação, pois que nunca pública e tampouco necessária no que toca às sentenças não impugnáveis. Sob o prisma externo, a vedação da enunciação de motivos exprime o empecilho de que o juiz pudesse justificar-se.

Na Itália, permeável à doutrina jurídico-política do Iluminismo (v. g., vedação de utilização de opinião de doutores, vinculação do juiz à lei e enunciação de razões justificativas obrigatórias e públicas), a superação do calibre limitativo da motivação ocorrera apenas na famosa *Prammatica* de 1774, promulgada pelo rei Ferdinando IV, reorganizadora da administração da justiça no Reino de Nápoles, com a obrigatoriedade geral de indicação, em todas as sentenças, dos motivos que as sustentam, com referência aos dispositivos legais (despachos reformistas do grande ministro Bernardo Tanucci)⁶¹. A finalidade evidente fora a de espancar o arbítrio e a suspeita de imparcialidade do juiz. Tal prescrição oferece tonalidade política, original e inovadora, à impositação generalizada de um dever de motivar e à idônea publicidade das sentenças motivadas, através da imprensa, com inelutável superação da concepção restritiva anterior, circunscrita ao aspecto endoprocessual. Sem a publicação na imprensa, a sentença não ostentava aptidão para transitar em julgado. O juiz fora, com evidente ineditismo, instado, mediante a indicação de razões justificativas, a prestar contas à sociedade, em sede extraprocessual, democraticamente, da justiça de suas decisões⁶². Não é fadiga inútil dizer que lá estavam delineados todos os traços característicos da concepção moderna da motivação, os quais, poucos anos mais tarde, seriam consagrados, pelo legislador revolucionário, em França, no *Code de Organisation Judiciaire*, de 1790, e, em Prússia,

⁶¹ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto, op. cit., p. 211, esp. nota 65: “*Mi riferisco ai dispacci voluti dal Tanucci, che alla fine del 1774 istituirono nel Regno di Napoli l’obbligo di motivazione delle sentenze in tutti i tribunali maggiori, oltre al divieto di fondarsi sull’autorità dei dottori e dei tribunali e l’obbligo di fondare il silogismo giuridico direttamente sulla legge.*”

⁶² PETRONIO, Emanuele; SANTINI, Giorgio. **L’obbligo di motivazione della sentenza**: Profilo storico dal medioevo ad oggi, op. cit., p. 6: “*Con il Dispaccio Reale del 23 settembre 1774 si stabilirono l’obbligo di motivazione delle sentenze e il divieto di interpretatio, e si introdusse il riferimento al legislatore. Tanucci con questo provvedimento voleva rendere più celere ed efficace l’amministrazione della giustizia e secondo Filangieri anche assicurare il dominio della legge e scongiurare l’arbitrio nella amministrazione della giustizia. Gaetano Filangieri coglie a pieno l’oggettiva portata della riforma tanucciana in quanto mette in evidenza che con l’obbligo di motivazione si sottopone il giudice al controllo diffuso dell’opinione pubblica rendendolo responsabile nei confronti della collettività, facendo così emergere la funzione extraprocessuale e democratica della motivazione.*”

mediante a *Allgemeine Gerichtsordnung*, de 1793⁶³. Todavia, vítima da própria natureza democrática e inovadora, aquela *Prammatica* atraía reações do conservadorismo da supina magistratura napolitana e, tendo voo curto⁶⁴, a motivação obrigatória fora suprimida, por uma lei de 1791, cedendo o passo à simples faculdade discricionária do juiz⁶⁵.

O substrato iluminista, assente na visão racionalizadora da atividade jurisdicional, plasmou fortemente o *Codice giudiziario nelle cause civili per il Principato di Trento*, elaborado por Barbacovi e promulgado, no Principado de Trento, em 1º de setembro de 1788. Um aspecto peculiar é que, no Código barbacoviano, antes de tudo, a disciplina do processo fora precedida da regulação dos instrumentos tendentes a evitar a lide (v. g., mediação, em matéria de família, §§ 23 e ss.). Na esteira da praxe da Rota romana assaz difundida, estabelecera-se a proposição de dúvidas aos litigantes antes da decisão e tornara-se obrigatória a motivação, na linha da *Prammatica* napolitana.

Sob outro prisma, exemplo frisante da influência da mais radical doutrina jurídico-política iluminista francesa, com supremacia da lei emanada do Parlamento e expressa vedação de função legiferante pelos tribunais, na adoção da obrigatoriedade do dever de motivar as decisões judiciais, repousa no *Code de Organisation Judiciaire Française* de 1790 (art. 15, título V), a expressamente reclamar, na terceira parte de todos os julgamentos, civis ou criminais: “*le résultat des faits reconnus ou constatés par l’instruction et les motifs qui auront déterminé le juge seront exprimés.*” Ulteriormente, já em atmosfera napoleônica, o dever de motivar as decisões judiciais fora glorificado no *Code de Procédure Civile*, de 1807 (art. 141). Nessa latitude, antes da estrutura interna do processo e do controle burocrático sobre a atuação do juiz, avultava o problema da certeza do direito e a empresa política de subsunção dos casos concretos ao primado da lei. A motivação, naquela quadra histórica, transpirava os influxos do lúdimo direito natural. Tratava-se, antes de tudo, de uma imposição de controle crítico da sociedade sobre os mecanismos de administração da justiça, porquanto o exercício do poder estatal mergulhava raízes na condição necessária de delegação do povo, seu legítimo titular. Forte no endereço doutrinário da divisão de poderes (v. g.,

⁶³ TARUFFO, Michele. L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, op. cit., p. 287.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal’ 700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 28: “*Di conseguenza, rimasero ben presto lettera morta, e già nel 1791 l’obbligo di motivare le sentenze venne eliminato: ancora una volta, la resistenza degli interessi consolidati conservava intatto quello che con ogni probabilità era il peggior sistema di amministrazione della giustizia nell’Italia dell’ancien régime.*” Assim também, GORLA, Gino. Sulla via dei “motivi” delle “sentenze”: lacune e trappole. **Il Foro italiano**, Roma, v. 103, Parte Quinta: monografie e varietà, 1980. p. 201-223, esp. p. 207.

⁶⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 332.

Montesquieu) e da preeminência do Parlamento, posto que era o único poder diretamente exercido por representantes do povo (v. g., Locke, Hume, Rousseau), e na trilha liberal e democrática da doutrina iluminista, colocara-se em alto relevo o primado da lei, como expressão da vontade popular, e, por seu caráter geral, quão escudo de proteção às garantias individuais dos cidadãos (v. g., igualdade, liberdade). Nessa moldura, no exercício de atividade puramente intelectual, infértil de direito novo, o juiz, como ser inanimado, subordinava-se rigorosamente à letra da lei criada pelo povo (*bouche qui prononce les proles de la loi*, na notabilíssima concepção montesquiana⁶⁶, como um aríete de desconfiança contra o “*ancien régime*”, que subjaz a todo o espírito da doutrina jurídico-política do Iluminismo de matriz francesa). Ademais, no clima cultural e ideológico do Iluminismo jurídico francês, e, com maior ênfase, mas a ele interligado, por escolha do legislador revolucionário⁶⁷, o juiz deveria submeter-se ao controle, essencialmente político e democrático, de legalidade e de justiça material do povo, expressando, para tanto, as razões justificativas de sua decisão.

Nessa contextura, firme nos fatores relevantes de independência da autoridade judiciária, da emanção da justiça do poder soberano da nação e da vedação de jurisdições privilegiadas, percebe-se fácil que o dever de motivar guarda íntima conexão com a concepção de supremacia da lei desenvolvida pelo Iluminismo jurídico. A vontade popular soberana, expressada na preeminência do Parlamento, esculpe a lei. Daí se segue necessariamente que, na motivação, o juiz há de demonstrar à sociedade que sua decisão está arriada nos textos legais. A motivação, na arquitetura da separação de poderes, interconectava-se à legislação, à noção de legalidade estrita, como robusto anteparo ao arbítrio e sinal de hegemonia da lei, como fonte primordial do direito. Não por acaso, nos endereços doutrinários de antanho, a motivação do juízo de fato era menoscabada. Demais disso, o sistema de ideias do Iluminismo colocava a água da confiança no moinho da racionalidade das decisões do júri, no arquétipo inglês, como decorrência da liberdade de apreciação dos elementos probatórios pelos jurados. Dito de outra maneira, o relevo abonado à motivação de direito exhibe duas causas determinantes, na latitude da ideologia iluminista: (i)

⁶⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. – Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. p. 123.

⁶⁷ Entrementes, mesmo não se podendo subtrair a Revolução francesa do contexto histórico da doutrina filosófico-jurídica do Iluminismo, TARUFFO, Michele. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, op. cit., p. 272: “*Per quanto riguarda la Francia, dunque, si può concludere che il principio di obbligatorietà della motivazione non sorge dalla dottrina filosofico-giuridica dell'illuminismo, ma dalla Rivoluzione, ossia da una particolare situazione storica in cui emerge a livello politico il principio per cui il controllo democratico sulla gestione del potere deve essere esercitato anche in ordine alla funzione giurisdizionale.*”

a supremacia da lei, e (ii) a fíducia de que a prova produzida nos autos e bem ainda seu escrutínio, em público, haveriam de seguramente guiar os jurados à adequada reconstrução histórica dos fatos no espaço processual.

1.3 No Direito Moderno

Dados históricos e de direito comparado corroboram que, somente a partir da segunda metade do século XVIII, a exigência de motivação obrigatória e pública das decisões judiciais difundiu-se nas legislações do continente europeu. Na península itálica, a obrigatoriedade de motivação das decisões jurisdicionais, com caráter técnico-jurídico, por inspiração da ideologia ascensionária, em França, de contenção do exercício arbitrário da jurisdição, calcada essencialmente na imparcialidade do juiz e no primado da lei, generalizou-se como ferramenta tendente a imprimir maior racionalidade à administração da justiça, a possibilitar sua democrática e difusa submissão ao olhar crítico da opinião pública. Fora objeto de positivação implementada no reino de Nápoles, em 1774, e no Principado de Trento, em 1788. Sob os incandescentes ecos da bem-sucedida Revolução francesa, singularizada pela queda da Bastilha em 14.07.1789, a obrigatoriedade de fundamentação dos juízos fora plenamente reconhecida, mediante a positivação, em França, com características de um discurso justificativo da decisão judicial, pela Lei de Organização Judiciária de 16-24 de agosto de 1790 (art. 15, título V). O entendimento de então era no sentido de que a indicação do texto da lei aplicada pelo juiz seria bastante para considerar-se como suficientemente motivada sua sentença.

Na esteira da prenúnciação criadora contida no decreto de 20 de outubro de 1789, tal inteligência exegética fora robustecida pelos decretos de 27 de novembro de 1790 e de 1º de dezembro de 1790, os quais, em larga medida aguilhoado pelo princípio da separação de poderes, vieram a regular de modo sistemático as atribuições do *Tribunal de Cassation* francês⁶⁸, originalmente instituído no âmbito do Poder Legislativo, como instrumento de controle de legalidade sobre a atuação dos juízes (a mesma matriz política da qual descende o princípio da obrigatoriedade da motivação e pensado como seu cardinal destinatário,

⁶⁸ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: storia e legislazioni, v. 1, op. cit., p. 430, 432 e 433.

conquanto não único),⁶⁹ a impedir que, ao aplicarem as leis aos casos particulares, invadissem o campo legiferante, i. e., mantendo-se incólumes as fronteiras entre os juízes e os legisladores⁷⁰. O *Tribunal de Cassation* francês é um produto de fatores históricos e doutrinários⁷¹.

A seguir, em 1795, embaixo da chuva cultural e ideológica do Iluminismo jurídico-político, no vendaval da legislação revolucionária francesa, em especial no que toca à concepção da função do juiz, e sob os gritos da igualdade humana fundamental, ocorrera a exacerbação da conotação política da obrigação de motivação em sentido moderno, como justificativa essencial a ser também expressada perante a sociedade, permitindo aferição popular externa sobre o exercício de um poder estatal, a justiça da decisão e a consistência dos motivos que a esteiam. Há peremptória insinuação de uma ideologia democrática e garantística da obrigatoriedade de motivação, conectada à sua irrestrita publicidade, desbordante de acepção meramente endoprocessual e técnica⁷². Com tais linhas de fundo, o imperativo da motivação fora aclamado na Constituição do ano III (art. 208: “*Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret; les jugements sont prononcés à haute voix; ils sont motivés, et on y énonce les termes de la loi appliquée.*”)⁷³. O racionalismo jusnaturalístico difundia a ideia de que, como atividade cognoscitiva de encadeamento lógico, a justiça da decisão pressupunha a racionalidade das razões justificativas de fato e de direito em que se baseia a parte dispositiva da sentença. Naquela centúria, vicejou, na Prússia, a *Allgemeine Gerichtsordnung*, de 1793, mediante motivação obrigatória e pública, como regra geral direcionada ao perfeito funcionamento do tribunal. Parecia haver, por dizê-lo assim, uma orquestra executando o fascinante concerto ideológico de democratização da administração da justiça.

Na Europa, com a passagem dos Estados absolutistas para Estados liberais e por entusiasmo da legislação da Revolução francesa no contexto da modernidade jurídica, operaram-se duas invulgares transformações no desenho institucional da obrigatoriedade do dever de motivar as decisões judiciais: sua generalização em variegados diplomas normativos

⁶⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 327.

⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: storia e legislazioni. v. 1, op. cit., p. 420-428, esp. p. 423.

⁷¹ CALAMANDREI, Piero. Il coefficiente storico ed il coefficiente dottrinario nella creazione dell’istituto. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 377-394.

⁷² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 333-334.

⁷³ Ibidem, p. 325.

e a transfiguração de seu significado político. No antigo regime, o sentido da exigência de motivação, quando havia, espelhava a estratégia de poder do príncipe e coincidia com seus interesses circunstanciais, enquanto que, na nova atmosfera, com virtude garantista, passou a refletir a delicada relação entre poder jurisdicional e cidadão, com o deslocamento do eixo gravitacional do poder estatal da autoridade do príncipe para a soberania popular (fundamento púbere para o poder político, não mais na majestade divina, mas na delegação do povo) e o consequente fortalecimento dos direitos individuais. Desse modo, a justiça e a controlabilidade da decisão derivariam dos atributos de clareza, de simplicidade, de uniformidade da lei, como pressupostos de certeza do direito, dos princípios da legalidade e da separação de poderes e da interdição à interpretação da lei, esfalfando-se em suprimir, por pueril suposição revolucionária, possibilidade criativa ou integrativa do juiz. Contudo, nesse modelo mecanicista de aplicação da lei, expurgado do subjetivismo judicial e, assim, tendente a assegurar a objetiva justiça da decisão final, abstraem-se inteiramente os complexos problemas concernentes ao juízo de fato e à justificação sobre o resultado das provas produzidas nos autos do processo.

Nessa perspectiva, o poder jurisdicional, desprendendo-se de sua anosa realeza despótica e de sua concepção monárquica, passou a ostentar, como novo baldrame, a incondicional vinculação do juiz à lei (simbolizada na famosa e de sempre lembrada imagem do juiz *bouche de la loi*) e a proscrição da parcialidade e do autoritarismo judiciais, aflorando a função cognoscitiva do juízo, do saber técnico-profissional, fulgurada pela institucionalização da publicidade política. A autoridade do juiz, reafirme-se, desliza na direção de outra base de sustentação: na relação entre juiz e cidadão. Sob a ótica interna do processo, na interação entre juiz e partes, a exigência de fundamentação permite constatar *a posteriori* se o juiz se houve ou não com imparcialidade. Há, porém, mais. No programa político-liberal, a legalidade e a publicidade da atividade processual passaram a irrigar a exigência de sentenças fundamentadas, instigando o juiz a ponderar melhor sua decisão, posto que, sob o ângulo de mirada da função extraprocessual da motivação, também sua atuação sujeitar-se-á à apreciação crítica da opinião pública. O mais eficaz freio de inibição à atuação do juiz corrupto ou negligente fora, desde então, a censura pública, viabilizada pelo mecanismo da publicidade dos fundamentos das sentenças, pronunciadas em alta voz. A motivação passa a ser a única via de controle sobre o raciocínio judicial: é o transporte do padrão de raciocínio decisório ao raciocínio justificativo. O novo modelo de juiz não apenas aplica a lei criada pelos representantes do povo no Parlamento (ao contrário dos súditos, aos

quais a lei era verticalmente imposta pelo soberano de cima para baixo), senão também é permeável ao democrático e difuso controle crítico popular sobre suas decisões, mediante a explicitação das respectivas razões justificativas. É precisamente este o ponto nevrálgico da consagração da motivação obrigatória e pública no quadrante da legislação revolucionária. Entretanto, não se pode deixar de dizer que a fundamentação das decisões judiciais, inobstante sua nova conotação política de inspiração democrática, esculpida pela pujante ideologia revolucionária, fora utilizada como ferramenta de controle endoprocessual e hierarquizado da legalidade da função judicial, também institucionalizada mediante o recurso de cassação, e do processo, no escopo de centralização e de estabilização da legislação. O novo regime, nesse aspecto, apesar de calcado na cidadania, adotou a estratégia de poder do antigo regime. Não se pode confundir o sol com a lua.

1.3.1 Codificações dos séculos XIX e XX

A “ideologia da codificação”, como indispensável instrumento de racionalização, unificação, organicidade, simplificação, clarificação, fácil compreensão, das fontes normativas, de tecnicização da ciência jurídica e da atividade dos operadores jurídicos profissionais na Europa continental, dimana da doutrina do Iluminismo jurídico⁷⁴. Inobstante posições críticas ao movimento de codificação, *i. e.*, de que códigos já nascem envelhecidos e fossilizam o direito, é inegável que a unidade jurídica por eles proporcionada, anabolizando a certeza do Direito, é fator indispensável à coesão política⁷⁵. Dessa premissa descendem duas amostras expressivas e eloquentes: o *Code Civil français*, de 1804, posteriormente, em 1807, chamado de *Code Napoléon*, e o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) alemão, de 1895. Este último, fruto da ciência Pandectista, fraturou o paradigma do direito consuetudinário. O sucesso do fenômeno de codificação não estava atrelado apenas à ideia de um Estado unificado, senão também a certos pressupostos socioeconômicos inoculados pela burguesia

⁷⁴ TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna**: assolutismo e codificazione del diritto, op. cit., p. 223-228.

⁷⁵ ROCA GUILLAMÓN, Juan José. Codificación y crisis del derecho civil. **Anales de Derecho**, Murcia, v. 8, p. 7-32, 1985, esp. p. 7-8: “Señala Ascarelli que el fenómeno codificador responde a dos motivaciones básicas: Una, la unificación legislativa, como instrumento de cohesión al servicio del Estado nacional centralizado; y otra, la necesidad de una sistematización y profunda renovación, sentida en Europa desde el Renacimiento como consecuencia de una concepción lógico-formal del Derecho que tiene sus raíces en el iusnaturalismo racionalista.”

liberal clássica (v. g., a liberdade de propriedade e contratual como vetor do Código Civil), ainda que tardiamente, como no caso daquele Código Civil alemão. Percebe-se fácil o valor constitucional do direito civil codificado. A ideologia da codificação se baseava na afirmação da liberdade civil do indivíduo frente às ingerências do Estado, como poder político, em sua vida privada.

A noção de código é assaz dilatada, por considerar, no método de codificação, também o processo de constitucionalização, que se exprime em documentos normativos coerentes e unitários⁷⁶.

O pano de fundo do problema da motivação consistia na consagração da feição política do dever de motivar, a partir do advento da Constituição francesa do ano III, de 1795 (art. 208), alçando a fundamentação obrigatória à categoria de princípio fundamental do ordenamento jurídico. A imprescindibilidade de o juiz motivar decisões judiciais fora nota essencial das mais admiráveis codificações processuais do século XIX. Com a promulgação do *Code de procédure civile* francês, de 1807 – código napoleônico (art. 141), corroborado na Lei de Organização Judiciária de 1810 (art. 7º) –, delineavam-se os primeiros passos do direito processual na alameda da modernidade, passando a legislação francesa a influenciar, máxime na primeira metade do século XIX, todo direito continental europeu.

Os ideais da doutrina iluminista, qual rastilho de pólvora, se propagaram a outros ordenamentos jurídicos e, naquele então, a motivação obrigatória e pública, com o afloramento de sua função política, encerrou instrumento de controle democrático e difuso sobre o modo pelo qual a justiça era administrada, sendo acolhida em inúmeros monumentos legislativos constitucionais e infraconstitucionais⁷⁷, exemplificativamente: Constituição da República de Bolonha, de 1796 (art. 129: “*Le sentenze sono ragionate e si pronunciano ad alta voce*”)⁷⁸; Constituição belga, de 1831 (art. 97: “*Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique*”); *Codice di procedura civile* italiano, de 1865 (art. 436: “*La sentenza deve contenere l’indicazione del nome e cognome, del domicilio o della residenza delle parti,*

⁷⁶ OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito. **Revista Jus Vigilantibus**, jul. 2004. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1894>>. Acesso em 15 maio 2013: “Que significa este movimento? Significa a tendência para enfeixar em lei toda a matéria jurídica, em regra, uma parte do direito, de modo a dar, nessa parte, unidade de tratamento jurídico às relações jurídicas que dela brotam. Tal lei se denomina Código. Mas, codificação, como movimento jurídico, não é a feitura de um código. Muitos países que pertencem ao sistema da *Common Law* têm alguns códigos. Significa sim a adesão ao direito escrito, ao direito codificado ou legislado. Nesse caso, em códigos, estão os principais ramos do direito.”

⁷⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 342-343.

⁷⁸ TARUFFO, Michele. L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo, op. cit., p. 290.

le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.”), diploma de unificação da legislação processual italiana; *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola de 1881 (art. 372); Ordenações germânicas: a alemã *Zivilprozessordnung*, de 1877 (§ 284, atual § 313,⁷⁹ e, para os julgamentos proferidos pelo órgão *ad quem*, § 540, 2.), e a austríaca, de 1895 (§ 414), obra-prima legislativa de Franz Klein, considerada o Everest do processo civil moderno.

Sobreleva notar que, já no século XX, no campo processual civil, o dever atribuído ao juiz de motivar seus pronunciamentos de cunho decisório espalçou-se, em tom de peremptória reafirmação, pelo continente europeu: *Codice di procedura civile* italiano de 1940 (art. 132); no antigo Código português, de 1967 (art. 659) e no novel Código (Lei nº 41 de 26/06/2013, art.154, 1 e 2); Código belga, de 1967 (art. 780); no anterior Código francês, de 1975 (art. 455), e no novo Código, de 2001 (art. 455).

Para além das fronteiras do velho continente, o preceito da obrigatória enunciação dos motivos das decisões judiciais correu o mundo e fez fortuna. Confirmam-se algumas amostras: Código de Processo Civil brasileiro de 1973, (arts. 131, 165 e 458, II), e no futuro Código brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010 (art. 499); *Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion Argentina*, de 1981 (arts. 163, n. 5 e 164); *Código general del proceso de Uruguay*, de 1989 (art. 197); *Código de Procedimiento Civil de Chile*, de 1902 (art. 170 (193), n. 4); *Código de Procedimiento Civil de Ecuador*, de 2005 (art. 276); *Código de Procedimiento Civil da Colombia*, de 1970 (art. 304); *Código Procesal Civil do Perú*, de 1993 (arts. 50, n. 6 e 122, n. 3); *Código Procesal Civil de Paraguay*, de 1988 (arts. 159 alínea “d” e 160); *Código de Procedimiento Civil de Bolivia*, de 1975 (art. 192, n. 2); *Código Procesal Civil de Costa Rica*, de 1989 (art. 155); *Code de Procédure Civile d’Haiti*,

⁷⁹ *Zivilprozessordnung*, § 313 (1) - *Inhalt des Urteils* (conteúdo da sentença): “*Das Urteil enthält* (A sentença contém): 6. *die Entscheidungsgründe* (os motivos da decisão). Gize-se que, no sistema alemão, diversamente da generalidade dos demais ordenamentos processuais, tanto o dispositivo da sentença (4. *die Urteilsformel*) quanto o relatório dos fatos (5. *den Tatbestand*) antecedem à fundamentação da sentença, enquanto que, no § 313 (3), preceitua que a decisão deve conter um breve resumo das considerações fáticas e jurídicas que alicerçaram o julgamento (*Die Entscheidungsgründe enthalten eine kurze Zusammenfassung der Erwägungen, auf denen die Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beruht*). Vide OBERTO, Giacomo. **La motivazione delle sentenze civili in Europa**: spunti storici e comparatistici. Milano, 2008. Disponível em: <<http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm>>. Acesso em 15 maio 2013. “Ne deriva che la motivazione tedesca non assume la veste di un argomentare che, partendo dal fatto e dal diritto, «conduce per mano» il lettore verso la soluzione, magari dopo aver prospettato vie alternative. L’ottica appare qui esattamente rovesciata: si parte dalla decisione, espressa nel dispositivo, «plasticamente» collocato all’inizio della sentenza, in relazione al quale la motivazione assume la veste di una successiva «giustificazione» della soluzione adottata.”

de 1964 (art. 282); *Código Federal de Procedimientos Civiles de los Estados Unidos Mexicanos*, de 1943 (art. 222); Código de Processo Civil da República de Guiné-Bissau, de 1961 (art. 158); Código de Processo Civil da República de Cabo Verde, de 2010 (art. 151); Código de Processo Civil de Macau, de 1999 (art. 108); Código de Processo Civil da República Democrática de Timor-Leste, de 2006 (art. 123).

1.3.2 Constituições europeias do segundo pós-guerra: italiana de 1947, alemã de 1949, espanhola de 1978, portuguesa de 1976, com a reforma de 1982

Sob os auspícios do fenômeno do garantismo processual e da influência da doutrina do processo justo, que, a partir do marco histórico do segundo pós-guerra, floresceu na Europa como reação enérgica aos regimes totalitários de antanho, ao extenso catálogo de direitos fundamentais concernentes ao processo atribuiu-se dignidade constitucional, de sorte a condicionar o órgão judicante a observá-los, seja na instauração e condução processual (v. g., acesso à justiça, igualdade, juiz natural, independência e imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, publicidade, devido processo legal), seja no tocante à decisão judicial em si (v. g., motivação obrigatória e pública).

Irrompe a Era do pós-positivismo jurídico, na esteira do Estado Constitucional Democrático de Direito, com a proeminência dos aspectos axiológicos do Direito sobre o conteúdo da lei, haja vista a complexidade da vida social, consentindo a observância de outros critérios e a realização de valores (v. g., soberania popular, igualdade, dignidade da pessoa humana, justiça), bem ainda o acostamento entre Direito e ética, materializada em fecunda principiologia. A base teórica de semelhante revolução intelectual sobre a concepção do Direito, encetada na Itália e na então Alemanha ocidental, pode ser assim compendiada: (i) reconhecimento da força normativa da constituição; (ii) expansão da jurisdição constitucional; (iii) incremento de novel dogmática de interpretação constitucional.

Decerto, no contexto da experiência histórica do segundo pós-guerra⁸⁰, o exemplo mais frisante de inserção do dever de motivar as decisões judiciais no constitucionalismo

⁸⁰ DOSSETTI, Giuseppe. La Costituzione italiana: Ilvalore di un patrimonio. *Aggiornamenti sociali*, n. 11, p. 697-710, nov. 1994, esp. p. 697: “*In realtà la Costituzione italiana è nata ed è stata ispirata - come e più di altre pochissime costituzioni - da un grande fatto globale, cioè i sei anni della seconda guerra mondiale. Questo fatto emergente della storia del XX secolo va considerato, rispetto alla Costituzione, in tutte le sue componenti oggettive e al di là di ogni contrapposizione di soggetti, di parti, di schieramenti, come un evento*”

contemporâneo, conexionado com uma plêiade de garantias fundamentais do processo justo, descansa na Constituição italiana de 1947, no *Titolo IV (La Magistratura), Sezione II (Norme sulla giurisdizione)*, art. 111, § 1º (atual § 6º): “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*” Essa localização topográfica, concernente às normas sobre jurisdição, encoraja a pensar em uma novel e mais dilatada significação da motivação, adjudicando-lhe a condição de pilar de sustentação do edifício da função jurisdicional do Estado italiano.

Conducente dizer que a motivação das decisões judiciais é a alma do corpo da jurisdição, cujo exercício legítimo dar-se-á apenas se e quando houver motivação suficiente e cônica. Ou seja: ao juiz, de forma democrática e difusa, cumpre prestar contas à sociedade dos critérios de escolha ou de valoração alocados à base de sua conclusão final. Sobreleva a função instrumental de alta relevância da motivação, vocacionada à plena efetivação de todos os outros princípios constitucionais pertinentes ao processo (v. g., acesso à tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, igualdade, independência e imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, devido processo legal), máxime daquele segundo o qual deva ser a sentença pronunciada em nome do povo italiano, a teor do art. 101, § 1º, da Constituição: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*” Significa dizer, em perspectiva circular, pois todo poder emana (*rectius*, está nas mãos) do povo e o juiz o exerce por delegação popular, que, em sua concepção extraprocessual, a motivação permite o controle democrático e generalizado da sociedade, expressado na opinião pública, e de cada cidadão em especial, sobre o estilo no qual o juiz administra a justiça.

Na Itália, como bem se compreende, há intenso nexos entre jurisdição e motivação, que irrompe do próprio texto da Constituição (art. 111, § 6). Semelhante dever constitucional ostenta dupla função: (i) interna, pois existe a fim de que as partes possam conhecer os fundamentos da decisão judicial e, assim, facilitar melhor estruturação de suas impugnações, além de propiciar ao juiz revisor adequada visão panorâmica dos elementos da causa; e (ii) externa, por consentir, através da concretização do princípio da publicidade, controle político-democrático e difuso da sociedade em geral e do cidadão em particular sobre os critérios de justiça da decisão utilizados pelo juiz. A motivação é a primeira garantia dos litigantes, dos jurisdicionados e da sociedade em face do poder estatal, exercido pelo Poder Judiciário. Evidentemente, consubstancia forte couraça de proteção contra decisões arbitrárias, além de consentir especialmente o olhar crítico da comunidade jurídica.

Merece exame à parte a hipótese de interpretação do preceito que, de regra, dispensa de motivação: o decreto, previsto no art. 135, § 4º, *principio*, do *Codice di procedura civile italiano* (“*Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge...*”), que há de ser em conformidade com o aludido art. 111, § 1º (atual § 6º) da Constituição italiana,⁸¹ cujo teor literal, geral e indistintamente, fornece critérios para a medida da motivação e a torna obrigatória e indisponível tocante a todas as decisões judiciais (“*Tutti i provvedimenti*”), influenciando suas estruturas e conteúdo. A não ser assim, haver-se-á, *primo ictu oculi*, posição contrastante e forte rota de colisão com a garantia fundamental processual da motivação⁸². Daí resulta que é vedado ao legislador ordinário extinguir ou tornar disponível, eventual ou “*a richiesta*” a motivação das decisões judiciais, hoje imposta sem exceções pelo preceito constitucional em tela⁸³. Como a motivação é irrenunciável, e também por sua função de garantia política, extraprocessual, não pode estar ligada à vontade das partes. Daí desmerece acolhida, no ordenamento jurídico-constitucional italiano, o instituto da “sentença abreviada” do direito processual alemão, a qual permanece infensa ao dever de motivar do juiz quando todas as partes legitimadas a apresentar impugnação renunciam expressamente à enunciação dos motivos⁸⁴.

A Constituição italiana, em seu art. 111, § 7º, conecta a obrigatoriedade de motivação à previsão de “*ricorso in Cassazione*” contra sentenças e provimentos sobre liberdade individual, por violação da lei⁸⁵. Com efeito, o controle de legitimidade não está adstrito à interpretação de norma acerca de direito material, senão que abarca também os preceitos procedimentais e os elementos da motivação, inclusive no tocante a singularidades do juízo de fato, como a afirmação de ausência de lógica na apreciação das provas representadas nos autos do processo. Muito para dizer que os elementos de prova não têm apenas relevância para o processo, senão também perspicácia na própria constituição e certeza dos direitos.

⁸¹ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974. p. 460.

⁸² EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 154-180, esp. p. 155-156.

⁸³ TARZIA, Giuseppe. L’art 111 Const. e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001, esp. p. 166.

⁸⁴ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 181-257, esp. p. 189.

⁸⁵ Sobre a origem desse preceito constitucional, vide DENTI, Vittorio. **Sistemi e riformi**: Studi sulla giustizia civile. Bologna: Mulino, 1999. p. 313-325, esp. p. 321-323.

Em momento histórico traumático para a Alemanha, em vez de “Constituição”, para deixar evidenciado seu caráter provisório, devido à cisão⁸⁶, na denominada Lei Fundamental, de 1949 (*Grundgesetz*) - tendo como epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana -, embora não haja preceito expresso tocante à motivação das decisões judiciais⁸⁷, prevalece a inteligência de sua obrigatoriedade, haurida da interpretação sistemática do texto constitucional germânico, por estar densamente conectada a princípios fundamentais do processo, como expressão medular da garantia do direito de ser ouvido em Juízo, mediante audiência justa (*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*), e da subordinação do juiz à lei e ao direito: “(...) *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.*” (Arts. 103, 1, e 20, 3, respectivamente)⁸⁸.

Não por acaso, doutrina autorizada erige a motivação das decisões judiciais, como algoritmo de uma reserva geral de justificação dos atos do poder estatal que venham a incidir sobre posições jurídicas dos cidadãos, à tutela adequada de seus direitos e, nessa perspectiva garantística, em pedra angular do Estado de Direito⁸⁹. Um fator de superlativa importância está em que os direitos fundamentais, em amplo catálogo consagrado na Lei Fundamental de Bonn, para além de mera proclamação de boas intenções, foram concebidos como direitos subjetivos exigíveis nos tribunais independentes. Todas as decisões definitivas da Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) devem ser motivadas, tendo em conta os precedentes de sua própria jurisprudência, indicando e argumentando congruente e especificamente cada mudança de jurisprudência que se tornou constante⁹⁰.

A motivação, em sede do *Bundesverfassungsgericht* (e de resto tocante a demais Cortes Supremas), significa uma moderação dos poderes do juiz constitucional com relação aos demais poderes públicos. Sem motivação, o juízo não seria um processo (e quiçá nem

⁸⁶ UNGER, Mark. Sesenta años de la Ley Fundamental alemana— de un provisorio con una larga vida. **Estudios Constitucionales** [online], Santiago, v. 7, n. 2, p. 301-316, 2009, esp. p. 302.

⁸⁷ Há países (v. g., México, Argentina, Chile, Colômbia) nos quais a constituição não assenta, expressamente, a exigência de motivação das decisões judiciais. Entrementes, não padece dúvida de que o dever de motivar tais decisões é possível de ser extraído da igualdade, como valor humano universal, consagrada na generalidade de leis fundamentais, e como elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito.

⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 84.

⁸⁹ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano, op. cit., p. 461-463.

⁹⁰ LUTHER, Jörg. La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania. In: RUGGERI, Antonio (a cura di) **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli editore, 1994. p. 94-106, esp. p. 100.

mesmo um procedimento). A motivação, aqui, é uma resposta ao problema de *quis custodit custodem*. Seja como for, a jurisprudência constitucional do *Bundesverfassungsgericht* exclui uma constitucionalização generalizada do dever de motivação, no tocante às decisões dos juízes de último grau de jurisdição ordinária⁹¹. Contudo, semelhante jurisprudência parece guiada pelo receio de uma avalanche de recursos constitucionais diretos contra sentenças desse jaez⁹².

Nesse teor de ideias, o preceito da motivação obrigatória também está assente na Constituição espanhola de 1978, em seu art. 120, 3: “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.*” A interpretação sistêmica dessa norma associada à garantia da tutela jurisdicional efetiva e justa, estatuída no art. 24, 1, do texto constitucional espanhol, estimulou a firme posição do Tribunal Constitucional na linha de que, além das sentenças, a exigência de motivação alcança também todas as “*decisiones*” judiciais. A tutela efetiva do jurisdicionado compreende naturalmente o direito fundamental de obter do Estado uma decisão juridicamente fundada no direito, como seja, a solução conferida ao conflito há de estar apoiada em razões justificativas exteriorizadas na motivação. A motivação obrigatória e pública, suficiente e congruente, em sua transcendência, encerra um direito fundamental do jurisdicionado, a par de configurar interesse legítimo da comunidade em geral, em conhecer os motivos ou as razões que no direito justificam a decisão e, por isso mesmo, corroborar ou não se a solução, que o juiz abonou ao conflito, resulta de uma leitura racional do ordenamento jurídico, e não brota de pura arbitrariedade⁹³.

De mais a mais, o texto constitucional espanhol, em seu art. 9º, 3 (“*La Constitución garantiza (...) la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.*”), parte final, acolhe disposição de caráter geral, cujo propósito é o de abduzir a arbitrariedade do poder estatal. Agora bem, tal preceito também tem sido evocado em prol da exigência de justificação, dès que a motivação é a mais segura trincheira de resistência, escavada preventivamente pelo Estado Constitucional Democrático de Direito, contra a arbitrariedade judicial.

Por seu turno, fruto da revolução dos Cravos, a Constituição portuguesa, de 1976, em sua dicção original, não proclamava expressamente a exigência de motivação das decisões

⁹¹ BVerfGE 50, 287 (289).

⁹² LUTHER, Jörg. La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania, op. cit., p. 105.

⁹³ MURILLO VILLAR, Alfonso. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. In: **Teoria e Storia del Diritto Privato**. Rivista internazionale online (TSDP), n. 5, p. 1-34, 2012, esp. p. 6.

judiciais. Todavia, *ex vi* da reforma de 1982, foi engranzada pelo art. 205.º, n. 1 (“As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei”). Esse texto, na parte final, tem aptidão para gerar perplexidades sobre a constitucionalização da garantia da motivação, ao tirar com a mão direita (“na forma prevista na lei”) o que se dera com a esquerda (“As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas”). A melhor posição doutrinária, desviante de interpretação que conduziria ao absurdo, é a de que, na disciplina da matéria, o legislador não exhibe discricionariedade total para massacrar a garantia da motivação, porquanto seria aniquilar o próprio Estado Constitucional Democrático de Direito (art. 2º). Porque assim é, no atinente às sentenças, quando menos, hão de ser expressados pelo juiz os motivos fáticos e de direito que lhes servem de supedâneo. Trata-se, indubitavelmente, de limitação ao poder jurisdicional e de restrição à independência do juiz, além de erigir-se em fator verificação da racionalidade e coerência⁹⁴ dos argumentos justificativos da solução eleita para dirimir o conflito⁹⁵.

No quadrante dos direitos fundamentais transparece cristalino que, desbordante de seu viés puramente técnico-instrumental, a motivação experimentou, a partir dessa matriz europeia, abissal *upgrade* de significação, que vai além do pré-sal, com valoração nutrida de seiva essencialmente garantística. O acréscimo de sentido da motivação, exurgente dessa nova moldura institucional de garantias fundamentais conexas, além de imunizá-la contra a mutação de humores do legislador infraconstitucional, está justamente em radicar elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito.

⁹⁴ SILANCE, Luc. La motivation des jugements et la coherence du droit. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 219-231, esp. p. 228-230.

⁹⁵ ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 2497-2536, 2012, esp. p. 2526-2527: “Na doutrina portuguesa Canotilho vislumbra na hipótese de fundamentação da decisão judicial um corolário do devido processo legal, destinado a materializar o valor justiça, concretizando o Estado Democrático de Direito. E continua ressaltando três razões que demarcam o princípio, quais sejam: o controle da administração da justiça; a exclusão do caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juízes; a melhor estruturação dos eventuais recursos permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais que foram objeto de impugnação recursal.”

1.4 Breve olhar no sistema da *common law*

Cumprindo o centenário vaticínio chiovendiano de que, em sua evolutiva, o processo civil restaria por conectar as famílias do *civil law* e do *common law*,⁹⁶ divisa-se, aqui e alhures, o fenômeno da incisiva justaposição entre esses dois grandes sistemas jurídicos contemporâneos: *civil law*, exurgente da família romano-germânica, e *common law*, obra da tradição anglo-saxônica. No primeiro, a lei é a fonte primária do direito, enquanto que, no segundo, do direito consuetudinário ao direito jurisprudencial, o precedente judicial, ante o poder criador do juiz (*judge made law*), e não meramente explicitador do direito vigente, erige-se em fonte primordial de expressão do direito, dotado de obrigatória força vinculativa.

Contudo, no curso do tempo, ambos os sistemas experimentaram infiltrações recíprocas, contínuas interações. De um lado, a *civil law* importou vários institutos jurídicos e categorias processuais da *common law* (v. g., mandado de segurança; *habeas corpus*; *certiorari*; cláusula *due process of law*; *class actions*; valorização dos precedentes judiciais; força obrigatória do precedente judicial, como quando no controle concentrado, abstrato e direto de constitucionalidade das leis, e a súmula vinculante, no viés da doutrina do *stare decisis*, em situações jurídicas idênticas ou casos materialmente análogos), e, de outro, inversamente, o *common law* foi permeável aos engenhos da *civil law* (v. g., do campo consuetudinário à adoção de lei escrita consistente nas *Civil Procedure Rules* de 1998, em vigor desde 1999; importantes poderes conferidos ao juiz no campo da instrução probatória, quer no ordenamento jurídico inglês, quer no norte-americano).

Não seria despropositado dizer, à luz de tais formidáveis implicações, que inexistente sistema jurídico geneticamente puro; antes, ao revés, em um mundo expressivamente tatuado pelo fenômeno da globalização, ocorre em nossa contemporaneidade o transbordamento recíproco de influências e de experiências jurídicas entre as famílias *civil law* e *common law*. Não seria demasiado pensar que, pelo andar da carruagem, haverá um terceiro sistema, dúctil e transgênico, uma espécie de Centauro processual: metade legalista e metade jurisprudencial, ou seja, ao flanco da lei como fonte primária do direito, coexistirá a valorização da jurisprudência emanada dos Tribunais Superiores, a nortear obrigatoriamente as decisões dos órgãos judicantes inferiores. O produto mais acabado desse amálgama, de denominador

⁹⁶ FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 1-24, esp. p. 11.

comum entre princípios e casos⁹⁷, é uma maior e alvissareira previsibilidade na aplicação do direito, em reverência à legalidade (*rectius*, juridicidade), à isonomia processual e à segurança jurídica. Constituirá, como bem se compreende, técnica salutar de eliminação da mora da lei com os fatos.

Abstraindo-se de possíveis críticas de engessamento do sistema jurídico, por colocá-lo em uma rígida camisa de forças, exaltam-se, com fortes tintas pragmáticas, dentre outras, três vantagens do sistema da *common law*: (i) respeito à igualdade decorrente da uniformização na aplicação do direito; (ii) melhor previsibilidade e calculabilidade do direito, com inequívoca anabolização do valor segurança jurídica; e (iii) a obrigatória vinculação ao precedente judicial encerra coeficiente facilitador da atividade jurisdicional no tocante à aplicação do direito.

Nesse arquétipo de diálogo entre os operadores do direito e a jurisprudência, antes de tudo, é indispensável verificar, em cada caso concreto sucessivo, as similitudes dos fatos relevantes, de pontos essenciais, e do direito com o precedente judicial utilizado como paradigma, e, ainda também, discernir, em seu texto discursivo, as variegadas modalidades de argumentos: a *ratio decidendi* (*holding*, fundamentos definitivos da decisão) para extremá-la de singelo *obiter dictum* (aquilo que é dito de passagem, simples observação marginal ou opinião periférica), no escopo de separar-se racionalmente o ouro da areia.

É profundamente errôneo quando se cinge a invocar precedente, sem, contudo, identificar seus fundamentos determinantes, nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Erro crasso, pois somente os fundamentos da decisão, coração pulsante da teoria dos precedentes judiciais, uma vez atrelados aos fatos essenciais da causa, tiveram a virtude de fazer que o caso anterior fosse decidido de determinada maneira e não daqueloutra. Não é a decisão em si do caso concreto que singulariza o precedente, mas sua razão jurídica, a *ratio decidendi*, que conformou *aquela* decisão particular, contida no raciocínio judicial. Noutro dizer, assente no princípio indispensável ou na regra geral primordial à solução das questões de fato e de direito subjacentes ao conflito, da qual deriva força vinculativa de um caso concreto pretérito a outro julgado no futuro (*binding precedent*), desde que ambos guardem similaridade de suportes fático-jurídicos, máxime em sede de cortes hierarquicamente inferiores. O funcionamento mesmo do sistema do *common law* assenta seu princípio motor na prática da fundamentação das decisões jurisdicionais, como

⁹⁷ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 107: “(...)e nos diga de pronto se o direito não está procurando um meio terno entre os princípios e os casos, buscando enriquecer o rigor lógico de uns com a inesgotável riqueza dos outros.”

fruto da própria dinâmica de julgamento, conquanto nunca houvesse necessidade de uma fonte escrita quanto à exigência de motivar a que o juiz devesse reportar-se.

Também no sistema do *common law*, mesmo quando inexista formalmente o dever de motivar decisões judiciais, ante a circunstância histórica de jamais ter havido regra jurídica expressa tornando obrigatória a motivação, os juízes das cortes superiores tradicionalmente indicam as razões justificativas de fato e de direito da decisão⁹⁸, com o fito de prestar contas (*reddere rationem*) aos jurisdicionados e à sociedade dos critérios de escolha ou de valoração empregados nos enunciados de fato e de direito, os quais servem de base à solução final dada ao conflito, possibilitando controlabilidade democrática, difusa e racional sobre a administração da justiça. Esse costume de fundamentar (ou motivação espontânea) de há muito sedimentou-se e generalizou-se na tradição do *common law*.

Pontue-se a peculiaríssima posição do direito norte-americano, em que se mostra ausente preceito legal expresso em prol da motivação e em cuja esfera, a despeito de relevantes exceções, disseminou-se a indiferença doutrinária e jurisprudencial no tocante à concepção obrigatória da motivação, quer como imperativo do processo, quer como postulado de *natural justice*.⁹⁹ Tribunais superiores (que têm função criadora do direito, sob a forma de fixação de regras de decisão para juízes de casos concretos sucessivos) soem, via de regra, motivar suas decisões, ao passo que órgãos judicantes de primeiro grau são refratários a tal praxe¹⁰⁰, sob o entendimento de inexistir um direito a razões, máxime quando outras garantias processuais possam conjurar o risco de injustiças (*unfairness*). Em todo caso, não padece dúvida sobre a imprescindibilidade da motivação (razões de decidir) ao funcionamento do mecanismo dos precedentes judiciais. Há mesmo tendência a etiquetá-la como componente imperativo do *fair trial*. Sem a *ratio decidendi*, como justificativa da criação jurisprudencial do direito, toda a engenharia do *case law*, vocacionado a tornar-se norma geral e abstrata para

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 98 (nota de rodapé 213): “Também em países, como a Inglaterra, em que não é formalmente estabelecida a obrigação de motivação, existe todavia uma “bem conhecida praxe”, baseada na “tradição”, segundo a qual “os juízes dos tribunais superiores, quase sem exceção, emitem minuciosos pronunciamentos, nos quais explicam as razões de fato e de direito” das suas decisões. Assim, Jolowicz, nota 189, *supra*, págs. 168-169.” Sobreleva notar, na página 90, o teor da aludida nota 189: “(...) A motivação das sentenças, que em países, como a Itália, foi assumida como imperativo constitucional e, seja como for, representa a regra também naqueles países em que não é expressamente prescrita (veja, por exemplo, J. A. Jolowicz, *Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England*, em Cappelletti & Tallon, nota 7, *supra*, pág. 121 e segs., págs. 168-169), constitui evidentemente um aspecto deste empenho dos tribunais de “comandar convencendo”.”

⁹⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 370.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 368-369.

casos vindouros¹⁰¹, estaria intrinsecamente comprometida¹⁰² e fadada a inglório fracasso. Daí por que, nos ordenamentos ligados à tradição do *common law*, e mesmo no sistema norteamericano (no âmbito, sobretudo, da Suprema Corte¹⁰³, à exceção das decisões tomadas em deliberação secreta e sem motivação, concernentes ao *writ of certiorari*), admite-se a inserção do direito a obter decisões judiciais motivadas na cláusula *due process of law*, cuja efetividade, aliás, visto com olhos de ver, é, em movimento circular, garantida pela própria motivação.

Nada obstante, no *common law*, como explicação para a existência de algumas decisões imotivadas, e sua aceitabilidade cultural no meio social, parece haver uma correlação entre o dever de motivação da decisão judicial e o coeficiente de legitimidade e de confiança que os juízes ingleses e americanos gozam de seus cidadãos, sem que, *a priori*, a ausência de razões ou fundamentos da sentença possa ser interpretada como degeneração da função jurisdicional em incerteza, parcialidade e arbitrariedade. No cotidiano do *common law* releva menos verificar se a solução do conflito adotada pelo juiz se justifica ou não, e muito mais se sua decisão foi pronunciada com pleno conhecimento da causa e ao cabo de um procedimento legal, no qual as partes puderam ser ouvidas, mediante contraditório e direito de defesa efetivos, produzir provas e contraprovas, e influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do órgão judicante.

Ao juiz da *civil law* cumpre diretamente conhecer e dirimir tanto as questões de fato, tendentes à sua reconstrução histórica e descoberta da verdade, quanto aquelas de direito. Porém, no contexto do *common law*, a peculiaridade descansa no júri civil, plasmado de legitimidade democrática popular, com a singularíssima função de enunciação dos fatos e acertamento da verdade processual. Ao juiz, nessa moldura, estão afetas as questões de direito e, por assim dizer, desempenha o papel de mediador entre júri civil e partes (*rectius*: seus

¹⁰¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit, p. 347.

¹⁰² OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2, n. 15, p. 130-150, dez. 2012, esp. p. 141: “A questão que se verifica, assim, é descobrir quais os motivos que consubstanciam a prática da motivação das decisões judiciais nos Estados Unidos da América, e aqui pode-se generalizar apontando todos os demais países que adotam o *common law*; a razão para tanto é de clareza ímpar: seria de todo ilógico pensar em um sistema de precedentes sem a apresentação de fundamentos que ancorassem o julgado, haja vista que toda a estrutura do *common law* é embasada nas razões de decisão do Juízo.”

¹⁰³ ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**. Quito: TCE, 2010. p. 24-25: “A la Corte Suprema estadounidense llegan múltiples casos de variada índole y este tribunal tiene la facultad de aceptarlos o rechazarlos, sin que medie motivación alguna (per curiam). No obstante, los juicios que se consideran de verdadera importancia y trascendencia jurídicas son motivados en forma similar a la que ocurre en el civil law.”

advogados) envolvidas no conflito, a par de fiscalizar (mas não só isso) a observância das regras do jogo e de condutas éticas no universo do processo. A cogente obediência aos precedentes judiciais, bem ao contrário do que se possa supor, absolutamente não prescinde de que a decisão final deva ser adequadamente justificada pelo órgão julgante subsequente. Por que foi extraído do caso precedente aquele princípio ou regra de direito? Por que os fatos relevantes (do precedente e do caso pendente de julgamento), quando analisados, valorados e confrontados, não de ser considerados semelhantes? Por que, no caso sucessivo, deve ser aplicado o mesmo princípio ou regra de direito consistente na solução abraçada no precedente judicial?

No universo do *stare decisis*, com a descortinação de novos contextos, sob o influxo do dinamismo do mundo de carne e osso e da vida do Direito, há inúmeras técnicas tendentes ao aprimoramento da atividade julgante, as quais imprimem flexibilidade no sistema do *common law*¹⁰⁴. Pelo instituto do *distinguishing*, como método-resultado de confronto analógico, o juiz, para afastar a força vinculante do precedente, pode fazer as necessárias distinções fático-jurídicas entre o caso novo e aquele adredemente julgado¹⁰⁵. É dizer: se o caso sucessivo, pendente de julgamento, com seus peculiares contornos fático-jurídicos, pode ou não ser considerado isomorfo ao paradigma, tanto seja, no *restrictive distinguishing*, em interpretação restritiva da *ratio decidendi*, como seja, no *ampliative distinguishing*, por entender que, apesar das especificações concretas, a solução jurídica conferida aos casos pretéritos pode ser estendida ao caso sucessivo.

No *overriding*, o tribunal apenas limita o âmbito de incidência do precedente, inspirado na superveniência de regra ou princípio geral, tendente à sua revogação parcial. Já o *overruling* versa mecanismo através do qual o próprio tribunal que esculpiu o precedente pode, mediante motivação específica, dotada de carga de argumentação mais robusta, justificação argumentativa reforçada¹⁰⁶, abandoná-lo, em outro julgamento superveniente, ante o reconhecimento de que as razões que o informaram foram alteradas, não mais subsistem, quer de forma expressa (*express overruling*), quer, embora hipótese rara, tácita

¹⁰⁴ MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 525-578, esp. p. 536-541.

¹⁰⁵ MACCORMICK, D. N. The motivation of judgement in the common law. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 167-194, esp. p. 188.

¹⁰⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 180.

(*implied overruling*). A revogação do precedente pode operar não apenas efeitos *ex tunc* (*retrospective overruling*: não se permite que a *ratio decidendi* substituída seja invocada em casos pretéritos pendentes de julgamento), senão também eficácia *ex nunc* (*prospective overruling*: o novo precedente somente alcança casos sucessivos, futuros, e não os anteriores, ainda não julgados). Para fechar o perímetro, há também o assim chamado *anticipatory overruling*, consubstanciado na atuação antecipatória, excepcional, de cortes inferiores em relação ao *overruling* de precedentes da Suprema Corte, vale dizer, é fenômeno conectado à percepção de provável revogação de precedente por ela, para, de conseguinte, permitir-se não adotá-lo¹⁰⁷. Pelo *reversal* dá-se, no interior do mesmo processo, a reforma de decisão de juízo *a quo* por tribunal *ad quem*.

O texto da motivação da decisão judicial, refri-se, abrange não apenas *ratio decidendi*, senão também *obiter dictum*. Não é propriamente a motivação, enquanto discurso justificativo, que ostenta aptidão para esculpir o precedente, mas os motivos essenciais do julgado, aos quais o juiz do caso sucessivo está subordinado. Seja como for, no sistema do *common law*, o efeito vinculante de um precedente não prescinde de interpretação adequada de sua estrutura contéudística, mediante grau de abstração menor, posto que, do caso particular à regra, acha-se ancorada em uma abordagem tendente à concretude e à especificidade (ao contrário da interpretação da lei, em nível de generalização e grau de abstração mais elevado e em sentido vetorial da regra ao caso concreto). Ao juiz cumpre indicar as razões pelas quais considerou os aspectos do caso anterior, ao qual se remete, como precedente, dotando, assim, sua decisão de racionalidade, a consentir maior coeficiente de correção e controlabilidade. A motivação do caso sucessivo é a única via para se apreender a interpretação que o juiz posterior abonou ao precedente judicial utilizado como paradigma de julgamento. Sem que, na espécie, em boa técnica, se possa falar em interpretação autêntica.

O modelo de eficácia vinculante do precedente, bem vistas as coisas, exhibe inegavelmente o condão de fazer com que os fundamentos de um caso concreto sejam, pelo juiz, melhor esculpidos e moldados com máximo esmero técnico, pois de antemão sabe que, em caso sucessivo semelhante, deverão ser utilizados por outro julgador. O peso da responsabilidade do juiz do caso antecedente é tanto maior quando se tem em linha de consideração que a *ratio decidendi* de sua decisão aplicar-se-á a uma gama indefinida de

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 403-415, esp. 403.

jurisdicionados, os quais sequer foram partes no processo no qual o precedente foi gerado e, por isso mesmo, não puderam influir em sua formação.

A prática judiciária germinada no ventre da tradição inglesa do *common law* foi sedimentando a sua base, para fornecer precedentes que servissem de guias aos juízes, mediante a publicação das coletâneas de jurisprudência (v. g., de Bracton, no século XIII; de Coke, no século XVII; de Blackstone, no século XVIII)¹⁰⁸. Não apenas os programas centralizadores do absolutismo evidenciaram o forte liame entre motivação das sentenças e desenvolvimento de um direito judicial ou jurisprudencial, senão também que, em torno do século XVI, tal relação foi condição essencial para o desenvolvimento da prática de fundamentação das opiniões dos juízes ingleses na formação do *common law* e na consolidação da doutrina do *stare decisis*. O mecanismo do precedente vinculante resulta inviável (ou assaz difícil) na ausência de motivação razoável e pública, na qual se possa identificar a *ratio decidendi* de cada caso concreto, com o sincero compromisso de aplicação cogente no futuro sob critério jurisprudencial de certeza. A motivação, historicamente estimulada pelo desenvolvimento do mecanismo do precedente judicial, exibe a conotação de expressar um pacto com as razões gerais que sustentam a decisão particular, desempenhando o papel instrumental à certeza e à previsibilidade do Direito, características da cultura da modernidade político-jurídica.

No momento de hodierno, em grandes linhas, há quatro sistemas de motivação de decisões judiciais, consubstanciados em ordenamentos nos quais: (i) a motivação exibe expressa dignidade constitucional (v. g., modelos italiano, espanhol, português, belga, grego, brasileiro); (ii) deita raízes em legislação infraconstitucional (v. g., modelos francês, austríaco, argentino, chileno); (iii) a motivação se radica no costume difuso jurisprudencial, sem que haja previsão constitucional ou legal (v. g., modelos inglês, escocês, canadense, australiano, neozelandês); (iv) apesar de sua invulgar importância político-ideológica, de instrumento de controle democrático e difuso do estilo como o poder jurisdicional é exercido, sequer existe costume jurisprudencial em prol da motivação, não havendo previsão constitucional ou legal (v. g., modelo singularíssimo norte-americano)¹⁰⁹.

Faz jus a menção à parte, como quinto sistema de motivação de decisões judiciais, o modelo alemão. Apesar de não existir preceito expresso na Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz*) tocante ao dever de motivar decisões judiciais, por interpretação sistemática de seu texto (Arts. 103, 1, e 20, 3, respectivamente), como projeção da garantia do

¹⁰⁸ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e direito). p. 11.

¹⁰⁹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 8.

direito de ser ouvido em Juízo, mediante audiência justa, e da subordinação do juiz à lei e ao Direito, extrai-se a seiva garantística da motivação, inerente ao Estado de Direito.

1.5 No ordenamento jurídico luso-brasileiro

Em 1500, o descobrimento do Brasil. Primeiramente, submetido às fontes lusitanas, o Brasil Colônia permaneceu, embora por apenas duas décadas, sob o pálio das Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446 por Afonso V, as quais vigoraram até 1521. Tal diploma, no Livro III, Título L, que trata das sentenças definitivas, em seu item 3.69¹¹⁰, fazia menção à fundamentação das decisões judiciais finais.

As Ordenações Manuelinas, publicadas em 1514 e republicadas em 1521, por Dom Manuel, as quais vivificaram até 1603, consagravam, com acurácia, o dever de o juiz motivar suas decisões (item 3.50.6). A grande peculiaridade estava em infligir multa de vinte cruzados, em benefício da parte, ao juiz que vulnerasse essa determinação (item 3.50.6, *in fine*).

Sob a égide do reinado de Felipe II da Espanha e I, de Portugal, foram editadas, em 11 de janeiro de 1603, as Ordenações Filipinas, ainda sob forte influência das instituições do processo comum. Previam, expressamente, em seu Livro III, Título LXVI, 3.66, § 7, *principio*,¹¹¹ para todas as instâncias e no fulgente escopo técnico-instrumental, tendente à racionalização da atividade judiciária, o dever de o juiz fundamentar suas decisões. Na hipótese de descumprimento dessa exigência, cominava-se ao juiz, igualmente, multa de vinte

¹¹⁰ “Todo julgador deve fer bem avifado, quando o Feito for concluzo fobre a definitiva, que veja, e examine com boa diligencia todo o proceffo, affy o Libello, como a conteftaçam, artigos direitos, e contrarios, e os depoimentos a elles feitos, e dê y as Inquiriçoens do principal, contrariedade, contraditas, e reprovadas, e dos embarguos á definitiva dados, e prova feita a elles, e as rezoens aleguadas de huua parte, e da outra, e affy de Sentença definitiva fegundo o que achar provado de huuma parte, e da outra, ainda que lhe a confciencia dite, ou diga o contrario; porque fomente ao Principe he dado, e outroguado per Direito, que julgue fegundo fua confciencia; e aos outros Julgadores he mandado que julguem fegundo o que acharem aleguado, e provado pelos Feitos: falvo fe o Julgador viffe alguma coufa como Juiz em auto Judicial; ca em efte cafo poderá julgar fegundo fua confciencia conformada áquello, que viffe como Juiz, ainda que achaffe provado o contrario pollo Feito.”

¹¹¹ “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declararem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.”

cruzados em prol da parte (item 3.66, § 7, segunda parte). Porém, não havia preceito de invalidade da sentença desprovida de fundamentação. Impende salientar que, a despeito do advento da revolução de 1640, as Ordenações Filipinas foram chanceladas, em 1643, por D. João VI, e vigoraram, no Brasil, até o advento do Regulamento nº 737, de 25.11.1850.

Nessa moldura, conducente dizer que a tradição do direito luso-brasileiro hospedava a obrigatoriedade de motivação de pronunciamentos jurisdicionais, com a peculiaridade, já assinalada, de pena de multa imposta ao juiz recalcitrante no cumprimento do dever de motivar suas decisões. Nada obstante, não raro, as sentenças eram prolatadas com ausência ou insuficiência de fundamentos, razão pela qual a multa fora triplicada, mediante Alvará, de 16 setembro de 1814.

2 O PROBLEMA EM PERSPECTIVA COMPARATÍSTICA DO SISTEMA JURÍDICO ITALIANO

2.1 No direito anterior e no direito vigente: os Códigos de Processo Civil de 1865 e de 1940, com a reforma patrocinada pela Lei n. 134, de 07.08.2012

A motivação das decisões judiciais constitui elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Nos ordenamentos processuais modernos generalizou-se, quer tanto em sede constitucional, quer quanto infraconstitucional, a obrigatoriedade de motivação de pronunciamentos jurisdicionais decisórios. A motivação, como componente estrutural da decisão, expressa garantia de dois valores distintos, mas entrelaçados, constituídos por uma sentença: (i) correta e adequadamente motivada e (ii) justa e legítima.

Impõe-se, de logo, ministrar as razões que justifiquem a escolha do Direito italiano como paradigma de comparação jurídica acerca da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Semelhante opção nada tem de arbitrária ou especiosa; antes, ao revés, pode-se aboná-la mediante cinco argumentos medulares: (i) desde os rudimentos, os fundamentos da Teoria Geral do Processo derivam, em larguíssima medida, do Direito italiano; (ii) a formidável influência exercida sobre o Direito Processual brasileiro; (iii) a identidade entre seus institutos;¹¹² (iv) no segundo pós-guerra, a Constituição italiana (art. 111, § 1º, atual § 6º) foi a primeira a imprimir dignidade constitucional ao dever de motivar todos os pronunciamentos jurisdicionais, como condição inerente à própria essência da jurisdicionalidade¹¹³, de molde que, sem o princípio fundamental da motivação, do ponto de vista constitucional, não há legítimo exercício da jurisdição no caso particular; e (v) na Península Itálica, há relevantíssimas contribuições doutrinárias acerca do fenômeno do garantismo processual, em cuja perspectiva insere-se o cânone da motivação¹¹⁴.

¹¹² ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. p. 53

¹¹³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 458.

¹¹⁴ Na Itália, os mais acurados estudos doutrinários sobre os múltiplos aspectos suscitados pelo fenômeno da motivação da sentença civil são da lavra do insigne Professore Ordinario nell'Università di Pavia Michele Taruffo (v. g., **La motivazione della sentenza civile**, op. cit.).

Justificada a eleição do parâmetro de semelhante sistema jurídico, nos espaços dogmático e valorativo, cumpre notar-se que o *Risorgimento* é o movimento na história italiana que, entre 1815 e 1870, buscou unificar a Península Itálica, que estava fragmentada em vários reinos, caracterizados por Estados independentes, submetidos a potências estrangeiras (v. g., Áustria, França). A Igreja Católica também tinha grande poder político em algumas regiões (v. g., Parma, Modena, Romagna, Toscana). Pois bem, a segunda fase do *Risorgimento*, em 1859-1861, consolidou o processo de unificação italiana, cuja apoteose foi a declaração de existência de um *Regno D'Italia*, que teve como primeiro rei Vittorio Emanuele di Savoia. O fenômeno aglutinador ultimou-se com a anexação de Roma, antes a capital dos Estados Pontifícios, em 20 de setembro de 1870.

Naquela latitude histórica, e imprimindo à obrigatoriedade de motivação da decisão judicial um traço característico comum a quase todas as grandes codificações processuais ocidentais do século XIX, insinua-se o *corpus* de unificação da legislação processual italiana, para cimentar política e juridicamente a nação, no recém-formado Estado unitário, derivante do Projeto Pisanelli¹¹⁵ (*guardasigilli* Giuseppe Pisanelli, um dos maiores juristas da época), com a colaboração dos advogados Astengo e Vaccarone. O Projeto Pisanelli contém normas mutuadas dos mais diversos endereços legislativos, desde o *Code de procédure civile* francês, de 1807 – código napoleônico –, passando pela normatização do processo civil, de 1859, do *Regno di Sardegna*¹¹⁶, e, em menor intensidade, pelo código napolitano de 1819¹¹⁷, no escopo de dar à luz o *Codice di procedura civile*, de 25.06.1865. Semelhante diploma, dotado de espírito liberal¹¹⁸ atinente ao mecanismo da justiça civil, em seu art. 360, n. 6, no tocante ao colegiado, rezava: “art. 360- *La sentenza deve contenere: 6° - I motivi in fatto e in diritto.*”¹¹⁹ Assim também ao juízo único (“*le sentenze dei pretori*”). Ademais, seu art. 436 preceituava:

¹¹⁵ CALAMANDREI, Piero. La cassazione nel regno d'Italia. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 669-691, esp. p. 676: “c) Il 26 novembre 1863 il Ministro di Grazia e Giustizia PISANELLI presentò al Senato il primo libro del Progetto del nuovo Codice di Procedura Civile per il Regno d'Italia, accompagnato da quella celebre Relazione, che ne costituiva un magistrale commento (...).”

¹¹⁶ No atinente ao dever de motivar as sentenças, seu art. 84 dispunha: “*Tutte le sentenze dovranno essere motivate.*”

¹¹⁷ TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal' 700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 113-114.

¹¹⁸ SATTA, Salvatore. Codice di procedura civile. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1960, v. 7. p. 279-283, esp. p. 280: “*Nella sua ispirazione esso è un illustre documento di spirito liberale.*”

¹¹⁹ TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Italia dal' 700 a oggi**, op. cit., p. 119.

*“La sentenza deve contenere l’indicazione del nome e cognome, del domicilio o della residenza delle parti, le domande e le eccezioni, i motivi, il dispositivo.”*¹²⁰

A segurança dos litigantes, privilegiada por Pisanelli, por ser divisada na motivação de fato, concerne às razões justificativas do accertamento da verdade dos fatos relevantes, da análise minudente do resultado dos meios de prova e da preferência por determinada hipótese fática e detrimento de outra. Já na motivação de direito, todos os lances do encadeamento decisório haveriam de ser necessariamente justificados, sejam os critérios de escolha de determinada norma jurídica justaposta (premissa normativa adotada), seja sua interpretação aceitável e válida.

No novo código nacional, a motivação *in facto* e *in iure* não gravitava na órbita da mera faculdade ou discricionariedade do colegiado ou do juízo monocrático, senão que se caracterizava como elemento essencial da sentença, tanto o art. 360, *caput*, quanto o art. 436 acolhiam norma cogente (*“deve contener”*), razão pela qual, na hipótese de omissão de motivos, o art. 361, n. 2, e, no silêncio da lei, o art. 56 (*“Non può pronunciarsi la nullità di alcun atto di citazione o di altro atto di procedura, se la nullità non sia dichiarata dalla legge. Possono tuttavia annullarsi gli atti che manchino degli elementi che ne costituiscono l’essenza...”*) acoimavam de nula a correspondente sentença¹²¹. A fundamentação era condição primordial da função jurisdicional e pressuposto indispensável de efetividade e ordenada defesa dos direitos subjetivos, fundamentais ou não. O problema era que o espectro da norma do art. 361 n. 2 abrangia apenas o defeito formal de motivação, *i. e.*, ausência gráfica de razões justificativas escritas, deixando inicialmente ao relento uma constelação de hipóteses de motivação insuficiente ou incongruente.

O Código de processo civil italiano de 25.06.1865 não continha norma expressa sobre a censura da motivação pela Cassação. Nada obstante, o art. 517, no qual eram catalogadas as hipóteses de sentença impugnável¹²², acolhia algumas referências que, conjuntamente com a

¹²⁰ PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Testi e documenti per la storia del processo**: Codice di procedura civile del regno d’Italia 1865. Milano: Giuffrè, 2004. p. 435.

¹²¹ LESSONA, Carlo. **Manuale di procedura civile**. Seconda edizione. Milano: Società Editrice Libreria, 1902. p. 266-267, 275.

¹²² “Art. 517. *La sentenza pronunciata in grado d’appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: 1° Se le forme prescritte sotto pena di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente; 2° Se sia nulla a norma dell’articolo 361; 3° Se contenga violazione o falsa applicazione della legge; 4° Se abbia pronunciato su cosa non domandata; 5° Se abbia aggiudicato più di quello ch’era domandato; 6° Se abbia ommesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale, salvo la disposizione dell’articolo 370, capoverso ultimo; 7° Se contenga disposizioni contraddittorie; 8° Se sia contraria ad altra sentenza precedente*”

fórmula do art. 361, n. 2, foram objeto de interpretação, em sede doutrinária e jurisprudencial, no sentido de confiar à *Cassazione* o poder de sindicar, v. g., a congruência da motivação¹²³.

O controle direto sobre a congruência da motivação, numa segunda vertente de censurabilidade, também mergulhou raízes no art. 517, n. 3, no qual se previa a hipótese de violação ou de falsa aplicação da lei. Afloraram entendimentos jurisprudenciais de que a lei não era a norma processual que consagrava a obrigatoriedade de motivação (art. 360, n. 4), mas aquela regra jurídica de direito material aplicada ao caso concreto, para efeito de abonar-se a violação ao aludido art. 517, n.3¹²⁴.

É digno de nota que censurabilidade do vício de motivação buscou, ademais, consolo na violação de máxima de experiência, posto que elemento de justificação da solução selecionada pelo juiz referenciada a determinada *quaestio iuris* ou ao accertamento de um fato relevante e controverso, equiparando-as às normas jurídicas¹²⁵ e sem distinguir entre as regras de experiência utilizadas para interpretar normas daquelas empregadas para o accertamento ou a avaliação de fatos¹²⁶. Prestigiosa doutrina, no entanto, considerava censurável tão somente o erro advindo da utilização de máxima de experiência para norma jurídica¹²⁷. Todavia, tendo-

pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto, e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata."

¹²³ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 2. p. 372: "*E si è giunti così per gradi a ritenere che una omissione di motivi ai sensi degli articoli 360-361 CPC si verifici tutte le volte in cui il contenuto della motivazione, regolarmente inserita nel tenore della sentenza, non sia esauriente come giustificazione logica del dispositivo: in modo che attualmente il vizio di "omessa motivazione" si è trasformato nel vizio di "difettosa motivazione", che comprende così la omissione, totale o parziale, come la erroneità dei motivi espressi nella sentenza.*" Assim também, TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 474-488.

¹²⁴ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 368 e ss.

¹²⁵ Sobre a crítica a semelhante equiparação, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 519: "*Ogni equiparazione tra massime d'esperienza e norme giuridiche va anzitutto esclusa, sotto qualsiasi punto di vista, ed in particolare sotto quello degli effetti e della rilevabilità delle rispettive violazioni. Occorre piuttosto operare una distinzione, a proposito delle massime d'esperienza, che non investe la loro "natura", bensì l'uso che il giudice ne fa e la conseguente funzione che esse svolgono nell'ambito della decisione e della motivazione.*"

¹²⁶ Para um aceno geral do problema da inserção, ou não, das regras de experiência na mesma categoria das normas jurídicas, por identidade de funções, inclusive em sede do ordenamento jurídico brasileiro, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72, esp. p. 68-69, 71-72.

¹²⁷ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 292, 368: "*Come ritengo indice di una deviazione dal significato originario della Cassazione l'ammettere che il ricorso possa esser basato su un errore di fatto contro il notorio, così son d'avviso che la Cassazione, se vuol restare fedele al suo scopo, non possa mai riesaminare in qual modo il giudice di merito abbia applicato nella risoluzione delle questioni di fatto le massime di esperienza: le ragioni di questo mio pensiero furono già esposte ampiamente (retro, n. 105), e si riassumono nel considerare che lo Stato non ha,*

se presentes o uso feito pelo juiz e o papel que desempenham na economia da decisão e da motivação, autorizadas vozes admitiam a sindicabilidade também no emprego de máxima de experiência aplicada no âmbito do accertamento da verdade dos fatos, nos limites do art. 360, n. 5, no controle da congruência da motivação no juízo de fato, que não se confunde com o reexame no mérito, embora o relevo não estivesse propriamente em se uma regra de experiência houvesse sido vulnerada, mas que houvesse sido empregada na motivação, de modo tal que evidenciasse incompletude ou incongruência na justificação do accertamento dos fatos. A escolha de uma máxima de experiência, ao invés de outra mais adequada às especificações do caso particular¹²⁸, tem relevância apenas quando se considera o significado que ela ostente no contexto da motivação, de sorte a eclipsar, por exemplo, a exigência de uma justificação racional e correta dos fatos accertados¹²⁹.

É princípio assente que a *Corte di Cassazione* julga sobre o fato apenas a partir dos autos do processo, *i. e.*, deve respeitar o que já houver sido definido nos autos, notadamente em matéria fático-probatória (*cognitio facti ex actis*)¹³⁰. Esse limite da cognição da Cassação abrange todo o material fático-probatório dos autos e não apenas o que houver na motivação da sentença impugnada. Com efeito, é de admitir-se que a Cassação vá além da motivação gráfica em certas situações, pois, do contrário, ficariam sem solução exatamente os casos de mais grave violação à lei. É o que se dá na omissão do exame de um fato decisivo ou na falta de motivação sobre fatos decisivos controversos, bem como na necessidade de individualizar, por

parallelo all'interesse alla esatta interpretazione delle norme giuridiche, un interesse alla esatta e uniforme interpretazione delle massime di esperienza."

¹²⁸ Cass., Sent. n. 14953, de 18.11.2000 (conf. sent. 13984 del 24-10-2000): “*In sede di legittimità il controllo della motivazione in fatto si compendia nel verificare che il discorso giustificativo svolto dal giudice del merito circa la propria statuizione esibisca i requisiti strutturali minimi dell'argomentazione (fatto probatorio - massima di esperienza - fatto accertato) senza che sia consentito alla Corte sostituire una diversa massima di esperienza a quella utilizzata (potendo questa essere disattesa non già quando l'interferenza probatoria non sia da essa «necessitata», ma solo quando non sia da essa neppure minimamente sorretta o sia addirittura smentita, avendosi, in tal caso, una mera apparenza del discorso giustificativo) o confrontare la sentenza impugnata con le risultanze istruttorie, al fine di prendere in considerazione un fatto probatorio diverso o ulteriore rispetto a quelli assunti dal giudice del merito a fondamento della sua decisione. (Nella specie, non corrispondendo il dedotto vizio di motivazione al modello enucleabile negli esposti termini dall'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., la S.C. ha rigettato il ricorso per mancanza dei motivi previsti dall'art. 360, facendo applicazione dell'art. 375 cod. proc. civ. e sottolineando l'irrelevanza, a tal fine, dell'avvenuta trattazione della causa in udienza pubblica anziché in camera di consiglio).*” Apud IACOBELLIS, Marcello; PELLECCIA, Roberto; SCOGNAMIGLIO, Paolo; SENSALÉ, Giorgio. **Codice di procedura civile**: annotato con la giurisprudenza. 19. ed. Napoli: Simone, 2013. p. 1235. Consigne-se que todas as sentenças da Cassação mencionadas no texto foram hauridas desta obra, bem como ainda da VII edição, de 2001.

¹²⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 519-526.

¹³⁰ Lembra a impossibilidade, no Brasil, de as Cortes superiores revolverem a solução anteriormente dada às *quaestiones facti* pelas instâncias ordinárias.

exemplo, as questões em relação às quais a ausência de consideração, no espaço da motivação, configure uma falta parcial de justificação da decisão.

Seja como for, à luz das interpretações do art. 517, números 2 e 3, do c.p.c. de 1865 é assente a base jurídica tendente ao controle de logicidade de motivação, exprimida na ampliação do poder da *Cassazione* para sindicare sobre a sentença impugnada, a par da falta formal de motivação escrita, também sua congruidade e coerência. A perscrutação da Cassação, naquele então, poderia abranger a integralidade do juízo de mérito¹³¹, abrindo-se uma fresta, na censura ao vício de motivação (na perspectiva doutrinária e jurisprudencial de certa natureza e função da motivação), na praxe forense e da Corte, para a valoração acerca do mérito do juízo de fato, sob o manto de controle de um vício de atividade, pois que o defeito de motivação, como sua falta gráfica, era definido como *error in procedendo* (art. 361, n. 2, e art. 517, n. 2). Noutra giro, da sindicância sobre a suficiência de motivação, à luz do art. 517, n. 3, semelhante classificação era posta em xeque, pois que o vício de motivação escorregava para o terreno dos *errores in iudicando*. Não por acaso, alocaram-se os vícios de motivação como *error in procedendo*, o que permitia à Cassazione sindicare sobre fatos¹³².

Nos primeiros anos do século XX, começou a manifestar-se em alguns meios acadêmicos uma crescente hostilidade contra o *Codice di procedura civile*, de 1865, em meio a preconceitos jurídicos e injustas acusações de ser longo, complicado e formalístico, a par de ter sido apontado como a principal causa da ineficiência da justiça civil¹³³.

¹³¹ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 375 ss.

¹³² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 481, nota de rodapé n. 23: “(...) Peraltro, nel momento in cui si riconduceva il potere di sindacato sulla sufficienza della motivazione al n. 3 dell'art. 517, tale classificazione veniva posta in crisi, poiché si finiva col ricondurre il vizio di motivazione nell'ambito degli errores in iudicando. A ciò si aggiungeva un ulteriore motivo di confusione, derivata dall'uso di distinguere i vizi in procedendo dai vizi in iudicando a seconda che la Cassazione potesse o meno conoscere anche del fatto (cfr. FAZZALARI, op. ult. cit., p. 9 s.): sotto questo profilo si teneva infatti ferma la definizione del vizio di motivazione come *error in procedendo*, perché ciò consentiva di ritenere aperto alla Corte il sindacato sul fatto (e quindi, con una singolare distorsione di concetti, sul giudizio di fatto), benché ciò entrasse in contraddizione con il riferimento ai vizi in iudicando implicito nel richiamo al n. 3 dell'art. 517.”

¹³³ Em posição contrária, vide MONTELEONE, Girolamo. *Introduzione: Il codice di procedura civile italiano del 1865. Testi e documenti per la storia del processo*: Codice di procedura civile del regno d'Italia 1865; PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. Milano: Giuffrè, 2004. p. IX-XXVII, esp, p. XXVII: “*Dunque, le accuse di lentezza, complicazioni, burocratismo e farraginosità vanno rivolte ai codici autoritari ed illiberali, come quello del 1940, che costruiscono il processo civile in funzione del giudice e del suo interesse (scambiato per pubblico) e non invece del cittadino, che chiede giustizia per la salvaguardia dei suoi diritti.*”

Nessa moldura, merece consideração à parte, no primeiro quartel do século XX, o Projeto Mortara de 1923¹³⁴, em especial os seguintes dispositivos concernentes à motivação da sentença e à redação dos correspondentes motivos¹³⁵: Art. 227, primeira parte: *“Il presidente redige immediatamente il dispositivo della sentenza con la data e i nomi dei votante, e lo sottoscrive. Delega la redazione dei motivi a uno dei giudici della maggioranza, dando preferenza al relatore se appartiene ad essa. La minuta della motivazione deve essere compiuta nel termine improrogabile di venti giorni. Il presidente rivede la minuta e controlla sotto la propria responsabilità l’osservanza delle norme a cui l’estensore deve uniformarsi. (...)”*; Art. 228: *“Nella sentenza devono essere esposti in modo chiaro ma rigorosamente compendiosa i motivi di fatto e di diritto dai quali è giustificata la deliberazione contenuta nel dispositivo. Sono vietate assolutamente le dissertazioni dottrinali e le citazioni di autori”*¹³⁶. *Devono essere indicati con precisione gli articoli di legge sui quali si fonda la motivazione, specialmente quando sia stata oggetto di disputa la norma giuridica applicabile al caso.*”; Art. 231: *“La redazione legale della sentenza deve contenere: 5° - i motivi in fatto e in diritto e il dispositivo.”*

O Projeto Mortara, no tocante às decisões sujeitas a recurso para a *Corte di Cassazione* e aos correspondentes motivos, em seu art. 292, n. 5, preceituava: *“art. 292. Il ricorso per cassazione può essere proposto contro le sentenze delle autorità giudiziarie: 5. per mancanza assoluta di accertamento e di esame intorno a un punto di fatto che fu oggetto di specifica discussione fra le parti qualora la corte riconosca l’influenza decisiva del medesimo sulla definizione in diritto della controversia. La mancanza o insufficienza di motivazione in diritto intorno ai fatti accertati nella sentenza è supplita dalla corte di cassazione, che pronuncia poi come di ragione sui motivi del ricorso.”* Comparando-se com a redação do *Codice* de 1865, no tocante aos julgamentos colegiados, em câmara de conselho, o Projeto Mortara convida a fazer três observações: (i) o dispositivo da sentença é imediatamente redigido pelo presidente, o qual delega a um dos juízes da maioria, dando preferência ao relator caso a integre, a redação dos motivos da sentença, no prazo

¹³⁴ Sobre a necessidade de elaborar-se, naquele então, mesmo após a reforma de 1901 e as múltiplas que lhe sucederam, um novo código de processo civil, vide MORTARA, Lodovico, 1855-1936. **Per il nuovo codice della procedura civile**: riflessioni e proposte. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1923. p. 11-14.

¹³⁵ MORTARA, Lodovico, op. cit., p. 90-91.

¹³⁶ O objetivo primordial foi o de espancar a incerteza do direito objetivo, derivante da disparidade de opiniões dos doutores e dos juízes, a produzir uma caótica diversidade de jurisprudência. Vide, no ponto, CALAMANDREI, Piero. La cassazione in Italia fino alla restaurazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli, Morano, 1965, v. 6. p. 631-646, esp. p. 632.

improrrogável de 20 dias. Cumpre ao presidente fazer a revisão da minuta de motivação (art. 227); (ii) na sentença devem ser expostos de modo claro e rigorosamente resumidos os motivos de fato e de direito nos quais se justifica a decisão (art. 228). Proibiram-se, absolutamente, quicá sob os ecos da doutrina jurídico-política do Iluminismo, dissertações doutrinárias e citações de autores¹³⁷, como meio e modo de reafirmar a vinculação do juiz à lei; e (iii) incluiu-se o dispositivo da sentença na mesma norma acerca de sua motivação de fato e de direito (art. 231, n. 5).

Naquela quadra histórica, em tema de dever de motivação de decisões judiciais e da eventual previsão de recurso para a Cassação, seja por vício de motivação, seja por omitido exame de fato decisivo (*rectius*, relevante para a decisão)¹³⁸, são credores de especial referência: (i) o Projeto Chiovenda (art. 69: “*La sentenza deve contenere: n. 6: “Una succinta esposizione dei motivi della decisione in fatto e in diritto, e particolarmente di quelli che hanno determinato il convincimento del giudice intorno alla verità dei fatti;”*”)¹³⁹; (ii) o Projeto Carnelutti (art. 156: “*Forme delle sentenze. Le sentenze portano la data del giorno e del luogo in cui vengono pronunziate e la sottoscrizione del giudice che le ha pronunziate e contengono la intestazione, la motivazione e la disposizione. § 3º. La motivazione consiste nella indicazione concisa delle questioni, che il giudice deve risolvere per decidere la lite, e delle ragioni che ne determinano la risoluzione. Non vi è bisogno che queste ragioni sieno espressamente indicate quando si tratti di questioni, la cui soluzione non può dar luogo a ragionevole dubbio.*”; art. 283: “*Redazione della sentenza collegiate. Fatta la votazione, il presidente designa, secondo il risultati della discussione, quello tra i votanti che deve redigere il progetto della motivazione e della disposizione della sentenza. § 2º. Questo progetto viene sottoposto alla approvazione dell’intero collegio, secondo le regole*

¹³⁷ De regra, semelhante restrição conteudística de utilização de opinião de doutores, no modelo formal da motivação, não mais subsiste nas legislações processuais, considerando-se banida implícita ou mesmo expressamente, como no caso da revogada Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, de 1881, que, em seu art. 372, § 3º, admitia a citação de doutrinas: “*Las sentencias definitivas se formularán expresando: § 3º También en párrafos separados, que principiarán con la palabra considerando, se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes o doctrinas que se consideren aplicables al caso.*” É digno de nota que, na Itália de hodierno, subsiste a vedação de citação doutrinária, como, de resto, se colhe do teor literal do art. 118, § 4º, disp. att. c.p.c. de 1940. *Motivazione della sentenza: “In ogni caso deve essere omessa ogni citazione di autori giuridici.”* Sobre a proibição de citação de autores jurídicos, vide MONACI, Stefano. L’esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 274.

¹³⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1973, v. 2. p. 256.

¹³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2. p. 114-196, esp. p. 139.

dell'articolo precedente. In tale occasione può essere modificata la deliberazione presa a norma dell'articolo medesimo.”)¹⁴⁰; (iii) o Progetto Redenti (art. 125: “Le sentenze sono provvedimenti scritti della autorità giudiziaria, la cui deliberazione e formazione è regolata dalle norme proprie della procedura applicabile. § 2° Tutte le sentenze devono portare la menzione che sono pronunciate nel nome del Re e devono contenere: 5) l'esposto dello svolgimento procedurale della causa, il riassunto delle questioni poste e trattate dalle parti o dal pubblico ministero e le ragioni della decisione in forma sintetica;”; art. 348: “Il tribunale delibera in camera di consiglio ed in segreto sulle conclusioni delle parti, udita la relazione del presidente o di un giudice relatore designato dal presidente. § 2°: Il presidente scrive il dispositivo e si riserva la redazione dei motivi o la affida allo stesso o ad altro giudice. § 3°: I motivi devono essere sottoposti in ogni caso all'esame del collegio, sempre in camera di consiglio, e possono essere rettificati o completati. § 4°: Il presidente può anche sottoporre alla deliberazione del collegio le rettificazioni del dispositivo che creda opportune, in relazione a quanto sia emerso nello studio dei motivi.” Entretanto, o Progetto Redenti, em seu art. 691, § 2°, proibira, expressamente, que a deficiência, a obscuridade ou a contraditoriedade da motivação da sentença impugnada configurasse hipótese de recurso à Corte Suprema di Cassazione)¹⁴¹; (iv) o Progetto preliminar Solmi (art. 47: “Forma della sentenza. La sentenza é pronunciata in nome del Re Imperatore e deve contener: d) la concisa esposizione del fatto e delle questioni proposte, nonchè dei principii di diritto applicati;”¹⁴²

Sob outro prisma, o *Codice di procedura civile* de 1940, no tocante ao conteúdo da sentença, em sua redação original, dispunha: art. 132, § 1°: “La sentenza è pronunciata “in nome del popolo italiano” e reca l'intestazione: “Repubblica italiana”. § 2°: Essa deve contener: (...)n. 4: la concisa esposizione dello svolgimento del processo e dei motivi in fatto e in diritto della decione.” Sucede que, posteriormente, com a redação ditada pelo art. 45 da Lei n. 69, de 18.06.2009, o texto do n. 4 experimentou alteração, passando a vigorar, a partir de 04.07.2009, com a seguinte dicção: “la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decione.”

¹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Progetto del Codice di Procedura Civile**: Parte Prima - Del processo di cognizione. Padova: CEDAM, 1926. (In cop.: Supplemento alla Rivista di diritto processuale civile. A. 3., n. 1). p. 54 e 93.

¹⁴¹ REDENTI, Enrico. *Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedura civile: schema di progetto del Libro primo. Ministero di grazia e giustizia.* [redatto da Enrico Redenti]. Roma: Tip. delle Mantellate, 1936. p. 49-50, 154 e 313-314.

¹⁴² SOLMI, Arrigo. **Codice di procedura civile**: progetto preliminare e relazione. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1937, v. 7. p. 19.

O legislador italiano, nesse passo, não foi feliz, embora não tenha propriamente incidido sobre o conteúdo da motivação, mas somente sobre técnica motivacional. O nítido propósito, com a exortação da fórmula de concisão, foi o de economizar o tempo do juiz. Entretanto, como é intuitivo, não se aceleram os processos reduzindo simplesmente o texto da sentença, seja pela amputação do relatório, seja pela abreviação das razões justificativas da decisão. Há outras normas no *Codice di procedura civile* que fazem apologia da concisão na elaboração dos motivos de fato e de direito da decisão, como, por exemplo, art. 281- *sexies*, § 1º (*Rimessione della causa al giudice monocratico*).

O que se percebe, ao primeiro lance de vista, do n. 4., do § 2º, do art. 132, é a eliminação de componente essencial da sentença, como seja, o relatório¹⁴³ (“*la concisa esposizione dello svolgimento del processo*”)¹⁴⁴. Três argumentos são oportunos: (i) na exposição do desenvolvimento do processo, conquanto de forma concisa (v. g., sumário da petição inicial e da defesa e dos demais atos processuais relevantes praticados no procedimento), o juiz deve evidenciar que efetuou a leitura dos autos do processo, tendo, por isso, conhecimento de seu conteúdo e interação com as questões de fato e de direito (v. g., resultado de provas e alegações produzidas pelas partes em contraditório) e demais incidentes processuais; (ii) é intuitivo, nesse aspecto, que, para além de representar um elemento meramente formal, o relatório é uma garantia dos litigantes, por consentir que se encontrem na sentença os vícios exurgentes de normas processuais¹⁴⁵; (iii) omissões do relatório (e, *a fortiori*, como na espécie, sua supressão total) são suscetíveis de acarretar repercussões negativas na inteligibilidade da motivação do julgado ou de atrair deficiências à intelecção do dispositivo do julgado. Com efeito, o relatório é um elemento que deve ser apreçado, também

¹⁴³ Consigne-se, em sentido diametralmente oposto, que autorizadas vozes doutrinária questionam a utilidade de o texto da sentença agasalhar a exposição do desenvolvimento do processo (relatório). Assim, DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo processo civile**. Il processo di cognizione e di esecuzione. Il nuovo rito cautelare. Il nuovo procedimento sommario. Milano: Giuffrè, 2009. p. 63.

¹⁴⁴ Cumpre notar-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a dispensa do relatório é medida excepcional, como quando nas sentenças pronunciadas em sede de Juizado Especial Cível (Lei n. 9.099, de 26.09.1995, art. 38), em causas de menor complexidade jurídica e de pequeno vulto financeiro.

¹⁴⁵ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**. Prima edizione. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p. 377-386, esp. p. 380-381: “*L’esposizione dello svolgimento del processo si giustificava infatti - e si giustificerebbe tuttora - con la finalità di rendere riscontrabili nella sentenza i vizi derivanti dalla violazione delle norme processuali. A ciò si possono aggiungere le ipotesi in cui il contenuto della decisione finale non si spiegherebbe senza conoscere ciò che è accaduto nel corso del giudizio. Se ad esempio su una domanda il giudice non si pronuncia perché essa è stata proposta tardivamente, sarà opportuno che ciò venga detto e risulti con chiarezza perché quella domanda era tardiva. Lo stesso si può dire, ad esempio, se il giudice decide sui fatti applicando la regola sull’onere della prova perché le deduzioni istruttorie delle parti erano precluse, e in tutte le altre situazioni in cui un episodio del processo ha determinato qualche aspetto della decisione finale.*”

e sobretudo, em função da inteligência da decisão e da compreensão de suas razões justificativas¹⁴⁶.

Não é supérfluo dizer que, mesmo depois da proscrição do relatório *ex vi* da reforma, a motivação, elemento essencial de intensidade incomensuravelmente maior do que aquele, há de tatuar os eventos processuais, nos casos em que semelhante narrativa histórica revele-se, por exemplo, importante à detecção, no texto da sentença, de eventuais vícios acerca de fatos processuais. Assim também, nalguns casos, em que o conteúdo da sentença somente fizer sentido se conectado ao histórico do processo¹⁴⁷.

Demais disso, o legislador italiano pecou pela falta de coordenação. Veja-se, por exemplo, o art. 118, § 1º¹⁴⁸ (*Disposizione per L'attuazione del Codice di Procedura Civile*), também modificado pelo art. 52, § 5º, da Lei n. 69/2009, mas continuando a reclamar que o texto da sentença contenha a exposição, embora sucinta, dos fatos relevantes da causa. É evidentiíssimo que os fatos relevantes da causa (= eventos históricos da lide, constituídos de seus fatos substanciais e dos eventos processuais, como fatos processuais) não se identificam com as razões de fato da decisão (= o resultado da instrução probatória). A falta de identidade encoraja a pensar que “*la concisa esposizione dello svolgimento del processo*”, amputada do n. 4, do § 2º, do art. 132, sobrevive, de certo modo, no art. 118, § 1º, disp. att. c.p.c.¹⁴⁹

Outra novidade desafortunada, introduzida no art. 118, § 1º (*Disposizione per L'attuazione del Codice di Procedura Civile*), também modificado pelo art. 52, § 5º, da Lei n. 69/2009, foi a de que à exigência de motivação bastaria simplesmente aludir aos “*precedenti conformi*”. Porém, como bem se compreende, a motivação, como espaço através do qual o juiz justifica a bondade de seus próprios critérios de escolha ou de valoração, não pode jamais consistir exclusivamente na mera indicação de um precedente judicial. Não se pode prescindir, além da analogia dos fatos do caso anteriormente decidido e do caso sucessivo, da identificação dos fundamentos determinantes daquele, bem como cumpre ao juiz evidenciar que a hipótese *sub judice* (do caso sucessivo) se acopla àquela *ratio decidendi* (do caso precedente). Em hipóteses mais simples talvez o juiz possa desincumbir-se de seu dever de

¹⁴⁶ Cass., Sent. n. 22845, de 10.11.2010.

¹⁴⁷ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 381: “*Se così non fosse, infatti, verrebbe in realtà a verificarsi un vizio di motivazione relativo ad aspetti rilevanti della decisione.*”

¹⁴⁸ “*Motivazione della sentenza - La motivazione della sentenza di cui all'articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella succinta esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi.*”

¹⁴⁹ RICCI, Gian Franco. **La riforma del processo civile**. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 24.

motivar mediante concisas razões de fato e de direito consideradas condicionantes de sua conclusão final. Jamais, no entanto, poderá, no rigor da técnica processual, à luz do cânone da obrigatoriedade de motivação, fazê-lo com a pura e simples referência a um precedente judicial conforme. A motivação, bem pesadas as coisas, estaria substancialmente desnuda de motivação no juízo de direito, a evidenciar erro na valoração jurídica da controvérsia, em estrondosa afronta a garantia constitucional fundamental específica (art. 111, § 6º). A motivação não pode se amesquinhar a ponto de valer singela referência a um precedente judicial sem agregar, ao depois, por exemplo, as razões fáticas aproximativas entre o caso anterior e o sucessivo, que justifiquem a aplicação da *ratio decidendi* daquele ao caso particular atual.

Força é convir que o novo art. 118, § 1º, disp. att. c.p.c., ao falar em “*precedenti conformi*”, resta longe de cancelar a chamada motivação “*per relationem*” (que não pode ser considerada uma verdadeira motivação), a qual consiste na fundamentação da decisão judicial por remissão a outras decisões ou peças processuais constantes dos autos do mesmo processo, mas não à referência à motivação de decisão pronunciada por outro juízo¹⁵⁰.

No plano comparativo, o futuro Código de processo civil brasileiro devota melhor regramento a esse ponto específico, ao estabelecer que “não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que 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” (art. 499, § 1º, V). Assim também, em relação à hipótese inversa, ou seja: “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” (art. 499, § 1º, VI).

Fosse pouco, o legislador italiano patrocinou, sob má luz, o enfraquecimento da maior conquista civilizatória do processo civil: a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Debilitou a vantagem crucial dos contendores de plena concretização de seus desejos de justiça, precisamente ao adotar um novo modelo de motivação, como documento do discurso justificativo do juiz, que é a *motivação compacta*, vale dizer, constituída de um feixe orgânico mínimo indispensável a justificar as escolhas e as valorações que sustentam a decisão. Fê-lo através da seguinte fórmula: “*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di*

¹⁵⁰ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 386: “*Quindi il riferimento al precedente non equivale affatto ad una motivazione per relationem. D'altronde, la stessa giurisprudenza che ammette la relatio alla motivazione della sentenza impugnata richiede che il giudice dimostri di aver preso in considerazione e di aver fatto propria la motivazione di tale sentenza.*”

diritto della decisione.” Institucionalizaram-se, por assim dizer, motivações anoréxicas, mais magras (“*più snelle*”), com silhuetas reduzidas a um mínimo indispensável, com as proposições essenciais, eliminando-se, por assim dizer, os perigosos e inúteis *obiter dicta*, à luz das especificações do caso particular, da competência do juízo¹⁵¹, das alegações fático-jurídicas das partes, da complexidade dos fatos e do material probatório carreado para os autos do processo. É duvidosa a economia de atividade que, sob a ótica do trabalho global do juiz, pudesse redundar em vantagem da quantidade e, sobretudo, da qualidade das decisões¹⁵².

Na realidade, o legislador italiano reformista de 2009 (e, ao depois, o de 2012) desperdiçou uma preciosa oportunidade de exigir que a elaboração da motivação também contivesse, além da indicação das provas que sustentam a decisão, as razões pelas quais o juiz não considerou confiáveis as provas contrárias acaso existentes¹⁵³. Um preceito, assim delineado, traduziria evidentíssima expressão de civilidade jurídica e representaria irreprochável garantia do direito de defesa. O juiz deve *reddere rationem* sobre todos os resultados probatórios do processo, e não apenas da hipótese fática por ele sufragada¹⁵⁴. Trata-

¹⁵¹ A incompetência do juízo para processar e julgar determinada causa e, em momento sucessivo, o excesso de poder jurisdicional, uma vez impugnados, devem ser objeto de decisão motivada. É cediço que, em regra, ao juiz cumpre julgar sua própria competência. Vide, ao propósito, LESSONA, Silvio. **Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1925. p. 66: “*Gli organi giurisdizionali devono giudicare: devono anzitutto giudicare sulla propria competenza (ciò che i tedeschi chiamano Kompetenz- Kompetenz); se non lo fanno travisano la legge fondamentale del loro stesso essere e della loro funzione.*”; CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**. Padova: CEDAM, 1943, v. 1. p. 155-158.

¹⁵² IMPERIALI, Stefano. La riforma della procedura civile (legge n. 69 del 2009) e il giudizio davanti alla Corte dei conti. In: GARRI, Francesco (a cura di). **La Corte dei conti**. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 1059-1083, esp. p. 1062: “*Sull’opportunità e sull’utilità dell’eliminazione del richiamo allo svolgimento del processo, sono state espresse riserve: “infatti, per un verso si corre il rischio di non riportare passaggi essenziali della controversia, anche in relazione al comportamento delle parti e ai fini rispetto ai quali questo può rilevare (spese, argomenti di prova); per un altro, data la tendenza a non scindere” la parte relativa allo svolgimento del processo “da quella riguardante i “fatti di causa” e le conclusioni delle parti, è probabile che, comunque, si continui a redigere la sentenza nella stessa (vecchia) maniera; per un altro ancora, non si ottiene alcuna effettiva ed efficace accelerazione, dal momento che la spropositata lunghezza dei tempi del processo (e della decisione) non dipende (se non in misura davvero assai ridotta) dal tempo occorrente per indicare - in maniera “concisa” come impone(va) lo stesso n. 4 dell’art. 132 c.p.c. - l’iter della vicenda processuale.*”

¹⁵³ Aliás, na esteira do art. 546, alínea “e”, do *Codice di procedura penale*: “*Requisiti della sentenza. La sentenza contiene: e) la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l’indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l’enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie;*”

¹⁵⁴ RICCI, Gian Franco. **La riforma del processo civile**, op. cit., p. 25-26: “*Dunque, il giudice penale deve dar conto di tutte le risultanze istruttorie del processo, tanto da fare capire perché l’imputato sia stato condannato, mentre il giudice civile non deve dare conto di nulla in punto di esame del fatto, come risulta dall’orientamento ormai consolidato della Cassazione che avallando la prassi della c. d. motivazione sintetica, ha enunciato non da ora il principio per cui il giudice civile non ha dovere di dissertare analiticamente sulle varie risultanze istruttorie, essendo sufficiente che dimostri che dal complesso delle*

se de *punctum pruriens*: o juiz deve prestar contas de modo analítico sobre os critérios de escolha e as densificações axiológicas que presidiram a valoração de cada prova em particular. Daí descende que não se revela suficiente um apreçamento global acerca dos resultados da instrução probatória representada nos autos do processo, no fito de indicarem-se as razões determinantes de sua convicção. Para tanto, pouco importa se as provas procedem do autor, do réu ou de terceiro interveniente. O que releva é saber se os fatos relevantes foram devidamente provados¹⁵⁵. O juiz, além de exteriorizar as razões justificativas da hipótese de decisão por ele acolhida, também deve ministrar os motivos que refutam as alegações fático-jurídicas que lhe são contrárias¹⁵⁶. De arte que todas as questões fático-jurídicas (estejam no olimpo ou no purgatório, não importa) sejam objeto de solução especificamente argumentada¹⁵⁷.

Conducente dizer, sob a ótica teórico-prática, que merece ser fortemente criticada a concepção doutrinária e jurisprudencial segundo a qual, endossando a perigosa praxe da assim chamada motivação concisa, o juiz não deva prestar contas de haver esquadrihado todas as provas adquiridas e representadas nos autos do processo, sendo suficiente que explicita na

stesse è stato in grado di formarsi il proprio convincimento. Quanto questa prassi sia pernicioso, l'abbiamo ormai dimostrato da tempo ed essa, oltreché lesiva del principio di difesa, ci pare anche responsabile di un modo (a nostro avviso erroneo) di concepire il controllo di motivazione in cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 c. p. c." O Professore Ordinario nella Università di Bologna, na nota de rodapé n. 11 (p. 25), afirma que a jurisprudência da Corte de Cassação é constante e, dentre outros, colaciona o seguinte precedente: Cass., 28.06.2006, Sent. n. 14972.

¹⁵⁵ Firme em Alfredo Buzaid, vide FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**: Arts. 1º a 443.6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1. p. 267: "Portanto, no momento de proferir a sentença, não há mais interesse em averiguar qual a parte, de que adveio *originariamente* a prova, mas sim o seu *resultado*, isto é, se, dentro do processo, o material probatório permite ao juiz decidir conscientemente." (Grifos no original).

¹⁵⁶ ANDRIOLI, Virgilio. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1973, v. 1. p. 586: "*Nell'ambito delle singole questioni conviene esporre anzitutto la risoluzione adottata dal collegio, darne poi la giustificazione e procedere, da ultimo, alla confutazione dei contrari argomenti esposti dalle parti, che non risultino smentiti dalle giustificazioni della soluzione accolta.*"

¹⁵⁷ TURRONI, Davide. La motivazione della sentenza civile di primo grado: rapporto con l'istruttoria svolta, ragionamento probatorio, forme abbreviate. In: **Incontro di studi "La motivazione dei provvedimenti civili"** organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2008. Disponível em: <http://academia.edu/1426473/LA_MOTIVAZIONE DELLA_SENTENZA_CIVILE_DI_PRIMO_GRADO>. Acesso em 23 set. 2013: "*Così, quanti reputano che il diritto di difesa sia la «stella polare» della motivazione tenderanno a concepire quest'ultima in stretto collegamento con l'esercizio del diritto di impugnazione; a ritenere non necessario qualunque discorso giustificativo non necessario a tal fine; a ritenere, infine, che quanto sia sufficiente per la difesa della parte, lo sia anche per garantire gli altri valori sottesi al dovere di motivazione. Quanti invece stimano che l'obiettivo del «controllo esterno» sia un valore primario, e non comprimibile, saranno portati a esigere una motivazione più estesa e completa; e in particolare a ritenere che la motivazione imponga non solo di illustrare il percorso da una affermazione all'altra, ma anche e sempre di giustificare tutti i passaggi che lo compongono; in modo che per tutte le questioni (facti o iuris) vi sia una soluzione specificamente argomentata.*"

motivação aquelas que suportam a formulação de sua decisão. Disso resulta que se reputam implicitamente refutados todos os outros resultados probatórios contrários que, malgrado não mencionados, se revelem logicamente incompatíveis com a decisão adotada. Além disso, a inadmissível deserção do juiz do dever de motivar sobre todas as provas não significa que também esteja dispensado de examinar indistintamente todas as provas. Com efeito, entre as provas não avaliadas, poderia haver uma que, se apreciada fosse, transportaria a uma solução diversa daquela que foi adotada para a causa.

Desgraçadamente, sob influência da nefasta praxe da motivação sintética, a jurisprudência constante da *Corte di Cassazione*, hostil ao direito fundamental de defesa e invasiva aos cânones conformadores do processo justo, é no sentido de que o juiz civil não tem o dever jurídico de apreciar analiticamente os múltiplos resultados instrutórios, mostrando-se suficiente a demonstração de que, do complexo probatório, pode formar sua convicção¹⁵⁸. De semelhante estilo, repita-se à exaustão, deriva uma equivocada noção de controle jurídico de motivação em sede de cassação, à luz do art. 360, n. 5, do c.p.c. italiano. A erronia transparece na concepção de que, por exemplo, o controle em órbita de Cassação deveria esgotar-se exclusivamente na controlabilidade da coerência lógico-formal¹⁵⁹ do raciocínio do juiz (*ex vi* da individuação de determinada natureza e função da motivação) tal como exurgente do texto da sentença impugnada, sem que se possa adentrar no exame da aquisição dos meios de prova.

Todavia, semelhante posição jurisprudencial, de quando em vez, é contraditada por esparsas e específicas sentenças da *Corte di Cassazione* no sentido de que, embora placitando sua interdição de poder reexaminar as valorações das provas efetuadas pelo juiz de mérito¹⁶⁰, admitem a censura, com fulcro no art. 360, § 1º, n. 5, de omissivo pronunciamento acerca de um

¹⁵⁸ Cass., Sent. n. 12362, de 24.5.2006.

¹⁵⁹ No sentido do controle exclusivo da coerência lógico-formal, Cass., Sez. Un., Sent. n. 13.045, de 27.12.1997 (conf. Sent. n. 3205, de 18.3.1995).

¹⁶⁰ Cass., Sent. n. 3904, de 30.3.2000 (conf. Sent. n. 11121, de 6.10.1999). Assim, também, Cass., Sent. n. 6288, de 18.3.2011 (rv. 616550): “*Il vizio di omessa o insufficiente motivazione, deducibile in sede di legittimità ex art. 360, n. 5, cod. proc. civ., sussiste solo se nel ragionamento del giudice di merito, quale risulta dalla sentenza, sia riscontrabile il mancato o deficiente esame di punti decisivi della controversia e non può invece consistere in un apprezzamento dei fatti e delle prove in senso difforme da quello preteso dalla parte, perché la citata norma non conferisce alla Corte di legittimità il potere di riesaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico-formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice del merito al quale soltanto spetta di individuare le fonti del proprio convincimento e, a tale scopo, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e la concludenza, e scegliere tra le risultanze probatorie quelle ritenute idonee a dimostrare i fatti in discussione.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 1233.

requerimento instrutório ou excluída valoração de uma prova (v. g., avaliação de um documento concernente a ponto decisivo da controvérsia¹⁶¹), como quando se demonstre que tal prova, se houvesse sido estimada, traria à lide solução diversa da adotada¹⁶². Nessa rota, pode-se considerar, por exemplo, sindicável em Cassação a ausência de pronunciamento sobre requerimento de exibição de documento, quando o mesmo possa funcionalmente demonstrar ponto decisivo da controvérsia. A livre convicção do juiz no acerto dos fatos há de realizar-se através de uma avaliação dos vários elementos probatórios adquiridos nos autos do processo, considerados em seu conjunto¹⁶³.

O contraditório e o direito de defesa, por exemplo, não prescindem de razões justificativas de cada árvore isoladamente, e não apenas da floresta em sua totalidade. É palmar e entra pelos olhos que o padrão de motivação concisa representa um ponto fora da curva estimulador da mudez em relação à hipótese fática derrotada. Faz-se profissão de fé que ao juiz cumpre levar expressamente em consideração todas as alegações fático-jurídicas formuladas pelas partes relevantes para o adequado julgamento da causa, conducentes ao acolhimento da pretensão ou à sua rejeição. Na perspectiva do modelo de processo garantístico e justo, a interpretação do termo "relevantes" alcança não apenas o aspecto positivo da fundamentação, mas também o negativo. É preciso saber não só "o que é para que a decisão seja" ("*il che è affinché la decisione sia*"), mas igualmente "o que não é para que a decisão seja" ("*il che non è affinché la decisione sia*").

Entretanto, não é estéril sustentar, em reforço à posição teórico-prática de também cobrir a contraversão ou hipótese derrotada com o manto de expressas razões justificativas, que a eficácia preclusiva da coisa julgada material (art. 324 do c.p.c. italiano de 1940)¹⁶⁴, ao tornar irrelevantes as alegações que poderiam ter sido formuladas e não o foram ou o foram sem terem sido apreciadas¹⁶⁵ até o chamado "último momento útil", impõe carga

¹⁶¹ Cass., Sent. n. 2819, de 25.3.1999.

¹⁶² Cass., Sent. n. 7086, de 5.4.2005.

¹⁶³ Cass., Sent. n. 14472, de 7.11.2000; Sent. n. 2464, de 4.3.2000.

¹⁶⁴ Código de processo civil brasileiro, de 1973, art. 474: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido." Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 519: "Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido."

¹⁶⁵ Cass., Sent. n. 16781, de 21.07.2006: "*La cosa giudicata negativa della dequalificazione copre i cosiddetti dedotto e deducibile, ovvero non soltanto la questione decisa ma anche tutto quanto necessariamente ne*

argumentativa muito mais intensa ao juiz, inclusive porque não poucos veem nesse fenômeno uma *factio iuris*. Além disso, dá-se maior credibilidade ao instituto da eficácia preclusiva, porque essa carga extirpa uma das suas maiores fontes de problema: tornar irrelevante o que até chegou a ser alegado, merecia ser apreciado segundo uma concepção dialógica e considerativa do contraditório, mas não o foi. A motivação adequada é infensa a esse problema, porque demonstra realmente o porquê de tal argumento ou qual questão fático-jurídica ser irrelevante *in concreto*, tornando desnecessário o recurso à ficção de irrelevância sobre o que foi alegado, poderia (e deveria) ter sido apreciado, mas não o foi.

Os problemas não ficam na clandestinidade. Como se inculca do cotejo do teor literal da norma contida no n. 4, do § 2º, do art. 132, a concisão que, no texto anterior, atrelava-se ao relatório da sentença, passou, *de lege lata*, a ligar-se à sua motivação. A problemática que, de pronto, se põe é a da dosagem dos motivos articulados pelo juiz ou a da suficiência das razões justificativas (conteúdo mínimo indispensável a fim de que o *decisum* possa ser havido com justificação suficiente). O móvel da reforma foi o de que o juiz reduza a motivação ao mínimo indispensável, como se tal pudesse ser feito através de normas. O calibre de justificação, como bem se compreende, afeiçoa-se às peculiaridades de cada caso concreto, seja no juízo de fato (v. g., as razões pelas quais o juiz entendeu que o resultado da prova era confiável), seja no de direito (v. g., porque escolheu determinada norma jurídica em um amplo conjunto normativo). A ninguém em sã consciência ocorreria sustentar que a concisa exposição de razões fático-jurídicas da decisão equivaleria a um passaporte para esconder a substancial falta de justificação da decisão ou sua elaboração de modo superficial, embora a degeneração da experiência judiciária possa servir de incentivo para tal patologia. Nem a formidável sobrecarga de trabalho dos juízes pode servir de consolo a semelhante disfunção intitucional. Poderá, no limite, explicar estilo abreviado da motivação, jamais sua ausência total. Tampouco seria crível abonar o entendimento de que, com a novel configuração de expressão das razões justificativas do discurso argumentativo-judicial, a liberdade de expressão do juiz fora posta em uma camisa de força, pois, é útil reafirmar, a calibragem da motivação, sob os prismas horizontal e vertical, é diretamente proporcional às especificações do caso particular.

Fique claro que não se está a sustentar o hábito, existente em certas culturas jurídicas, de longas, prolixas e intrincadas motivações, quão ensaios de doutrina. Não e renão. Em

discende, sia stato o no espressamente discusso tra le parti; conseguentemente, la sentenza passata in giudicato relativa al rigetto del riconoscimento della dequalificazione dedotta dal lavoratore subordinato (ossia della violazione dell'art. 2103 cod. civ.) preclude la successiva domanda con cui il lavoratore stesso sostenga la medesima dequalificazione per altre e più specifiche finalità e chieda, oltre alla reintegrazione nella qualifica precedente, il risarcimento del danno.” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 984.

verdade, no modelo garantístico de processo, o calibre da motivação é desinfluyente, pois o que realmente releva é a apreensão justificativa pelo juiz de todas as questões fático-jurídicas relevantes para o adequado julgamento do conflito. As questões consideradas inessenciais também não merecem razões justificativas. O estilo da motivação, que condiciona naturalmente seu conteúdo, não pode ser regulado através de normas, porquanto descende, sobretudo, da cultura e da formação profissional do juiz. A limpidez de ideias projeta-se simetricamente em uma motivação clara, sóbria e até concisa. O exame é que deve ser necessariamente analítico, no sentido de abarcar todas as questões ou pontos de fato e de direito salientes para a justa composição do conflito. O que se quer, em homenagem aos princípios que informam, formal e substancialmente, o processo justo, é que não apenas a hipótese fática vencedora, aceita pelo órgão julgador, possa ser justificada, senão também banhar a hipótese derrotada com razões que justifiquem sua refutação¹⁶⁶. A não ser assim, estar-se-ão conspurcando as garantias fundamentais da igualdade, da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa, da publicidade, do devido processo legal, além de eclipsar-se a possibilidade de controle racional endo e extraprocessual sobre a juridicidade, a validade e a justiça material da decisão. A necessidade de examinar a correção dos argumentos da parte perdedora, por exemplo, é uma decorrência do contraditório não só como informação e reação, mas também como influência e consideração, pois esse direito fundamental se aplica a ambos os litigantes. O contraditório não é uma garantia unilateral do litigante vencedor. O contendor-perdedor só a partir da motivação é que pode saber se seus argumentos foram, de verdade, considerados pelo órgão julgador.

Não é errônea a concepção democrática do poder jurisdicional segundo a qual a sentença, em especial sua motivação, ostente validade geral e racional. Definitivamente, a sentença deve servir à compreensão das partes, mas também tornar possível,

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 437 ss. Vale notar, no entanto, em sentido contrário, MIRENDA, Andrea. Brevi appunti sulla motivazione della sentenza. In: **Incontro di studi “La motivazione della sentenza civile tra garanzie ed efficienza”** organizzato dall’Università degli studi di Torino in collaborazione con Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Torino. Torino, 2008. Disponível em: <<http://www.osservatorino.it/attivita/convegni/mirenda1.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2013. p. 1-17, esp. p. 7: *“Giova precisare che il ragionamento decisorio–giustificativo non deve affatto dar conto di tutte le ipotesi formulate in causa dai difensori: la Cassazione ha, difatti, ripetutamente precisato che il giudice, nel redigere i motivi della decisione, non è tenuto a rispondere a tutte le questioni indicate dalle parti, potendo egli limitarsi a indicare quali – tra quelle esposte - siano state le ragioni del proprio convincimento. (...) In conclusione, il ragionamento decisorio-giustificativo dovrà limitarsi ad esplicitare le sole ipotesi ritenute fondate (e, all’un tempo, rilevanti ai fini del decidere), enunciandone – come detto – gli argomenti logici e razionali in virtù dei quali esse (ed esse sole) risultano preferite nella comparazione con gli argomenti di segno contrario.”*

extraprocessualmente, controlabilidade racional pela sociedade e pelos cidadãos sobre a “obra” do juiz, modos e razões pelos quais exercita concretamente o poder que lhe foi delegado pelo povo soberano. A motivação, nesta última perspectiva, é um espaço da razão pública.

A motivação, abreviada ou não, encapsulada no discurso justificativo, não prescinde de integralidade argumentativa. Significa asserir que o juiz está incondicionalmente vinculado ao dever de prestar contas (*reddere rationem*) de todos os critérios de escolha ou de valoração usados em sua decisão. Dizer que a fundamentação da decisão judicial há de ser completa é dizer que o parâmetro de valoração dessa completude só pode ser a atividade das partes. O ponto é nodal. Portanto, a ideia de plenitude (*completezza*) justificativa da motivação - como quando o juiz enuncia explicitamente as premissas, os dados relevantes e os critérios de escolha ou de valoração para a decisão e que ela própria possa considerar-se uma decorrência válida de tais antecedentes - conexas-se necessariamente com as alegações fático-jurídicas que, sob o influxo do princípio político da participação democrática, os contendores formularam em todo o *iter* procedimental, bem ainda com o resultado das provas produzidas, em contraditório, no escopo de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz acerca das posições jurídicas de cada qual e colocadas na base da ilação final. Ao juiz cabe enunciar os *standards* e as opções valorativas, bem como justificar, na motivação, as valorações que determinaram sua decisão. Tudo de molde a torná-la compreensível e, de conseguinte, possível o controle externo, racional, sobre a validade de tais escolhas. Tudo de sorte a harmonizar a motivação com o perfil de garantia fundamental consagrada em âmbito constitucional.

É voz corrente que a motivação não serve para justificar a própria decisão, tampouco constitui exercício de defesa pessoal do juiz, mas, para compatibilizar-se com o Estado Constitucional Democrático de Direito, há de levar em conta o material jurídico-probatório forjado pelas partes no fogo da dialeticidade da experiência do processo. Esse modelo teórico-prático não prescinde de metamorfose da ideologia da decisão judicial e da função do juiz: migra-se (i) da ideologia de decisão vinculada à (ii) ideologia de decisão jurídica e racionalmente válida, *i. e.*, de decisão justificada. Para justificar, na motivação, uma decisão judiciária intervêm múltiplos fatores: valorativos, linguísticos, éticos, empíricos. Fora desse perímetro, emerge a ilegitimidade do exercício do poder jurisdicional¹⁶⁷.

¹⁶⁷ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. In: **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 180-214, esp. p. 213-214: “*Ciò implica l’effettiva assunzione della premessa per cui il potere giurisdizionale è validamente esercitato solo se la sentenza è giustificata da ragioni valide e*

A nova dicção legal (“*la concisa esposizione delle ragioni*”) reintroduz na ordem do dia a incandescente discussão teórica e prática do conteúdo mínimo necessário ou calibragem de razões justificativas para que, à luz das especificações do caso particular, se considere uma sentença suficientemente motivada. A simples exposição dos fatos, por exemplo, não significa exteriorizar razões que justifiquem o acerto de sua verdade, sem referência ao resultado das provas sobre o qual a determinação se funda. De sorte que, além de expor os fatos relevantes da causa, cumpre ao juiz aduzir as razões que justificam semelhante exposição, com base nas provas disponíveis nos autos do processo. O núcleo essencial da motivação do juízo de fato pode (*rectius*, deve) ser amplo e analítico, havendo o juiz de prestar contas dos critérios de valoração usados para formular sua conclusão final. Neutraliza-se a tendência exegético-normativa reducionista do art. 118 disp. att. c.p.c. (a uma mera e sucinta enunciação dos fatos relevantes, o que, releve-se o truísmo, equivaleria a uma não motivação, posto que desprovida de razões justificativas atinentes à conformação dos fatos de determinada forma), com a sua interpretação sistemática regida por uma mais completa formulação do art. 132, § 2º, n. 4¹⁶⁸. A não ser assim, estar-se-á em veloz rota de colisão com a garantia constitucional fundamental da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. Nem por irrisão, tampouco por exigência de economia de tempo do juiz, poder-se-á, sob o pálio do processo justo, considerar motivada uma sentença intrinsecamente destituída de motivação no juízo de fato.

O juiz, como fiel depositário do poder estatal, pronuncia a sentença em nome de seu legítimo titular: o povo italiano. O dever de motivação, como se verá linhas abaixo, é uma exigência constitucional endereçada ao juiz italiano. Semelhante garantia fundamental é inerente à própria jurisdicionalidade. Implica dizer que, sem motivação, como máximo inalienável da decisão judicial, legitimamente, jurisdição não há. Uma sentença só é verdadeiramente sentença se estiver motivada, com argumentação justificativa suficiente, adequada e racional, a consentir controlabilidade (endo e extraprocessual). A ser diferente, trasnuda-se em *sentença despacho*. Uma espécie, por assim dizer, de Centauro processual.

O legislador ordinário italiano leva em conta apenas e tão somente a função endoprocessual da motivação, havendo como seus destinatários as partes e o juiz da

diffusamente controllabili. È invece facile constatare, e proprio l'analisi del modello prevalente di sentenza lo conferma, che questa concezione del potere giurisdizionale rimane tuttora estranea alla tavola dei valori cui si ispira la maggior parte dei nostri giudici.”

¹⁶⁸ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 383.

impugnação. Daí não surpreender sua visão reducionista e restritiva da motivação e, sobretudo, a falta de normas tendentes a desenhar sua integralidade ou plenitude justificativa. É intuitivo que a concisa exposição (mais do que o simples expor é imprescindível justificar!) das razões de fato e de direito da decisão é suscetível de (i) massacrar o controle racional, interno e externo, sobre a “obra” do juiz e a concreta administração da justiça; (ii) inviabilizar a aferição acerca da efetividade da atuação concreta de todas as demais garantias fundamentais intrínsecas à jurisdição e ao processo¹⁶⁹ (v. g., acesso à justiça, igualdade, independência e imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, publicidade, devido processo legal); (iii) romper o dique de contenção do arbítrio e do autoritarismo judicial; (iv) deprimir a legitimação do concreto exercício do poder jurisdicional; e, *last but not least*, (v) trucidar o dogma de que, no Estado Constitucional de Direito, todo poder público está vinculado à exigência de justificação.

Além do mais, como é intuitivo, a abreviada exposição da determinação da espécie concreta (v. g., exame crítico, pelo juiz, do resultado das provas, no fito de estabelecer os fatos que considera provados), a sucinta explanação da qualificação jurídica dos fatos e a resumida apresentação da escolha da norma e sua interpretação e aplicação aos fatos determinados, bem como a breve explicação das consequências jurídicas daí derivadas podem comprometer a correta e a justa composição da lide.

Tenha-se presente, no entanto, que o problema, bem vistas as coisas, não repousa exatamente na concisão da exposição em si¹⁷⁰, mas na ameaça de que o parâmetro legal de redação concisa dos motivos possa excitar o juiz a deixar de apreciar questões de fato e de direito devidamente suscitadas e debatidas pelas partes em contraditório e relevantes para o julgamento da causa. O juiz menos comprometido com a jurisdição pode, a partir da abreviação expositiva legalmente autorizada, extrair daí a senha para deixar de apreciar questões relevantes ou mesmo, estimando-as, dispensar-se, ao redigir o texto da motivação, da respectiva prestação de contas, deixando, assim, seus critérios valorativos no limbo

¹⁶⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 398 e ss considera o dever constitucional de motivação conexionado às garantias de independência e imparcialidade do juiz referenciadas ao caso concreto, bem como ao princípio de sujeição do juiz à lei ou de legalidade (*rectius*, juridicidade) da decisão e à garantia de defesa.

¹⁷⁰ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 94: “Cierro este inciso puntualizando que una motivación racionalmente sustanciosa puede haber en una formulación concisa; así como una motivación kilométrica puede encubrir una argumentación huera. (...) En evitación de tamaña trastada o quizás sólo error (pero tan mayúsculo como confundir el lirio con el delirio) de equivocar la estructura discursiva de la motivación con su largura expositiva, convendrá precisar - recordando a Quintiliano - que ser concisos o breves no significa decir poco, significa no decir más de cuanto sea necesario.”

justificativo. A motivação, objeto de específica e expressa garantia da Constituição italiana (art. 111, § 6º), não pode ser vista pelo legislador ordinário como um luxo, nem receber a culpa pelo ingurgitamento do momento crucial do julgamento; antes, deve-se admirá-la por suas virtudes técnico-instrumentais, garantia política e fator de aferição, em cada caso concreto, da efetividade de todas as demais garantias constitucionais inseparáveis do conceito de processo justo¹⁷¹. O sentido preciso da motivação, em seu caráter instrumental, está em que sua aplicação representa uma condição de efetividade daquelas outras garantias fundamentais no plano da concreta administração da justiça. A pretexto de poupar tempo do juiz, em duvidoso benefício de aceleração da atividade jurisdicional, o legislador italiano trocou o salto triplo da motivação analítica e adequada por um perigoso passo de pigmeu.

Tem o sabor do óbvio que o juiz não está naturalmente impedido de, se assim o quiser, empregar extensas razões justificativas de fato e de direito. Seja como for, concisa ou extensa, a explicitação dos motivos há de ser analítica. Significa dizer que a *ratio decidendi* deve analiticamente levar em consideração a totalidade das alegações fáctico-jurídicas relevantes formuladas pelas partes e o resultado do material probatório carreado para os autos do processo. Ademais, embora concisa, a motivação deve possibilitar uma nítida percepção dos valores adotados pelo órgão julgador na decisão judiciária. À fundamentação da decisão não é lícito ao juiz pura e simplesmente fazer aderir os fundamentos deduzidos por uma das partes, relegando ao sereno justificativo a exteriorização de motivos¹⁷² ou fundamentos determinantes de sua própria convicção no tocante à adoção desta ou daquela solução para o conflito (v. g., abraçar como razões de decidir exclusivamente a singela remissão aos argumentos concernentes às *quaestiones facti* deduzidos pelo réu em sua petição de contestação).

Para além do estilo expositivo, e feita abstração dos *obiter dicta* e da sua função puramente persuasiva no contexto da motivação, relevam a completude (*completezza*) da motivação e que a racionalidade dos argumentos articulados pelo juiz possa, com suficiência,

¹⁷¹ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. In: **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**, op. cit., p. 189: “*Si può anzi parlare, al riguardo, di garanzia strumentale, ossia preordinata a rendere possibile il controllo sull’attuazione delle altre garanzie inerenti all’esercizio del potere giurisdizionale.*”

¹⁷² Corte Constitucional italiana, *Sentenza 64/2009 - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Presidente AMIRANTE - Redattore FRIGO. Udiienza Pubblica del 10/02/2009. Decisione del 25/02/2009. Deposito del 05/03/2009. Pubblicazione in G. U. 11/03/2009: “È pacifico, nella giurisprudenza costituzionale, che l’ordinanza di rimessione non possa essere motivata tramite il mero riferimento ad atti di parte, dovendo per relationem il giudice a quo esporre compiutamente i motivi del proprio convincimento circa l’incostituzionalità della norma denunciata (explurimis, ordinanze n. 423 e n. 125 del 2005). In questa prospettiva, deve altresì escludersi che l’originario difetto di motivazione, in parte qua, dell’ordinanza del Tribunale di Montepulciano possa essere sanato, a posteriori, dalle deduzioni svolte, con riferimento al parametro costituzionale in discorso, dalla parte privata costituita.”*

garantir a controlabilidade racional das razões que justificam a decisão judiciária. A racionalidade da motivação, idealizada como justificação lógica, traduz-se em um discurso justificativo adequado aos fins a que se destina, dotado de argumentos sólidos, coerentes e válidos em sentido estrito, bem ainda gravitando, *extramuros* de sua feição estrutural, em torno da adesão da sociedade à idoneidade valorativa dos critérios de escolha empregados contextualmente pelo juiz em seu discurso para justificar a conclusão final.

Nas alterações da disciplina da motivação, introduzidas pela Lei n. 69, de 18.06.2009, houve inegável retrocesso do legislador italiano. A motivação, embora prevista como necessária, foi reduzida a um mínimo necessário, mas não foi adequadamente definida. De um lado, o legislador peninsular exorta que a exposição (*rectius*, justificação) dos motivos seja concisa, mas, de outro, ao afirmar apenas que a “exposição” dos motivos é indispensável, escasseiam pistas sobre o que, na realidade, a motivação deva consistir. Não se alude, por exemplo, à justificação do esperável acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, nem à correta escolha da norma aplicável, tampouco à sua aceitável interpretação. É, por assim dizer, uma pobreza franciscana de determinação normativa. O problema mais se robustece quando se tem em conta a inexistência de uma noção unívoca acerca do complexo fenômeno da motivação da sentença; antes, ao contrário, há incandescentes disputas, por exemplo, concernentes à natureza, à função, ao conteúdo da motivação, bem como à sua relação com o julgado.

Descobrem-se maiores indicações sobre a ossatura da motivação não no art. 132, § 2º, n. 4, e no § 2º do art. 118 disp. att. c.p.c., mas, sim, no art. 360, 1º, n. 5, c.p.c. de 1940, a partir da reforma de 1950, onde se consignava que a motivação da sentença, a par de existir, haveria de ser também suficiente e não contraditória, para fins de evidenciar tão somente os vícios da motivação no juízo de fato cognoscíveis em sede da *Corte di Cassazione*.

No tocante às incertezas que afagam o conteúdo da motivação, e das concepções dela derivantes, sustenta-se, simplificada, que traduz o *iter* lógico percorrido pelo juiz para chegar à formulação de sua conclusão final. É a reprodução do itinerário mental do juiz. A validade da motivação, como máximo intransigível da decisão judiciária, estaria vinculada à correção da descrição desse roteiro lógico-jurídico¹⁷³. Há notórias dificuldades de ordem prática que assombram essa concepção doutrinária e jurisprudencial de que a motivação visa a

¹⁷³ Cass., Sent. n. 6189, de 2.6.1995 (conf. Sent. n. 2989, de 16.4.1988).

descrever o *script* mental formativo da decisão judicial¹⁷⁴: uma espécie de fotografia às avessas, na qual a realidade é que captura a imagem do fotógrafo.

Deveras, entender a motivação como uma ocorrência mental deixaria à míngua de explicação, por exemplo, o processo de formação da *ratio decidendi* em órgãos jurisdicionais colegiados, nos quais os elementos fático-jurídicos da causa são necessariamente perscrutados e discutidos pluralmente, no âmbito do colegiado, no mínimo por três juízes, cada qual, mediante discurso justificativo singularizado, sustentando seu próprio voto e razões atinentes ao exame das questões sob maiores ângulos visuais e implicações concretas. As manifestações de vontade dos componentes singularmente considerados transformam-se, por fusão, em manifestação de vontade do colegiado. Nessa conjuntura, o julgamento colegiado (*sentenza collegiale*), pensado como produto de um órgão judiciário único, no qual seus integrantes não exibam singularmente o poder de lançar manifestações juridicamente relevantes, não deve ser confundido com o instituto da sentença subjetivamente complexa¹⁷⁵.

Com efeito, há um fenômeno que flutua entre dois pontos extremos: de um lado, a gênese lógica da sentença e, de outro, a conformação orgânica do órgão judiciário. Trata-se da atividade tendente à formulação dos motivos da sentença subjetivamente complexa, como resultado jurídico único, derivante do fenômeno de uma pluralidade de juízos lógicos formulados, em sentido horizontal e em cooperação, por diversas autoridades judiciárias.¹⁷⁶ A sentença subjetivamente complexa, fruto do fracionamento em mais de uma fase da atividade mental (intelectual e volitiva, *i. e.*, no sentido de transformar-se em concreta aquela vontade abstrata já contida na norma jurídica), pode resultar da atividade de um mesmo juiz, sobre porções distintas da causa, em etapas processuais sucessivas, ou, mediante a divisão do trabalho lógico, horizontalmente, por cooperação entre juízes diversos.

¹⁷⁴ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. 27. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 181-257, esp. p. 215: “*La fallacia mentalistica, con i suoi esiti nel descrittivismo e nell’irrazionalismo, può essere superata solo aderendo ad una visuale comportamentistica quale quella proposta negli studi che hanno contribuito ad abbattere il mito della dicotomia mente-corpo. Motivare la sentenza può essere presentato come un’operazione intrinsecamente privata, silenziosa ed interna del giudice, solo prestando fede ad uno sdoppiamento tra foro interno e foro esterno che è frutto di un errore categoriale. Non si vuol negare che esista un “processo mentale” attraverso il quale il giudice perviene alla decisione; si vuol dire che le espressioni “si danno processi mentali” e “si danno processi fisici” hanno un significato di tipo diverso. Basti pensare alla assurdità di un enunciato del tipo: “il giudice deliberò la sentenza e poi la sottoscrisse” per capire come non abbia senso congiungere proposizioni che hanno uno status logico diverso.*”

¹⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. La sentenza soggettivamente complessa. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 116-118.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 108.

Contudo, o fracionamento em sentido vertical expressa-se em uma pluralidade de decisões simples, proferidas em distintas fases processuais, progressivamente, pelo mesmo juiz ou por juízes diversos. Com efeito, não raro, o juiz antes ou durante a decisão sobre o mérito é instado, por exemplo, a decidir questões processuais, preliminares e prejudiciais até chegar à sua ilação final acerca do cerne do *thema decidendum*. Nesse itinerário, não de ser resolvidas, em decisões formal e materialmente separadas, as variegadas questões das quais, instrumentalmente, descende ou poderia descender a decisão derradeira. Intrinsecamente, as várias decisões antecedentes integram a decisão sobre a questão de mérito. Os tribunais complexos, compostos de mais de um órgão com funções distintas, produzem os exemplos mais acabados de sentença subjetivamente complexa¹⁷⁷.

É credor de especial consideração o problema da repartição de atividade entre as *Sezioni unite della Corte di Cassazione e o giudice di rinvio*. Com efeito, as Seções unidas da Cassação, quando anulam “*per gli stessi motivi*” uma sentença de *rinvio* (jurisprudência negativa) e submetem a decisão de mérito a um segundo *giudice di rinvio*, não se manifestam, por uma razão prevalentemente política, sobre a questão de mérito. Cuida-se de uma sentença única proveniente da cooperação de dois tribunais diversos, com repartição de atividade jurisdicional, vale dizer, de uma amostra eloquente, no direito italiano moderno, de sentença subjetivamente complexa¹⁷⁸.

Sobreleva notar que, seja no sentido horizontal, seja no vertical, tanto a sentença subjetivamente complexa, quanto a pluralidade de decisões judiciárias simples, pelo mesmo juiz ou por juízes diversos, devem ser devidamente motivadas, confinando-se a exteriorização

¹⁷⁷ CALAMANDREI, Piero. La sentenza soggettivamente complessa, op. cit, p. 118, 120: “*Cospicui esempi di tribunali complessi nel senso ora chiarito ci sono offerti dalla storia: anche se non si vuole considerare come un unico organismo giudiziario il praetor e il iudex dell’antico processo romano, ed essi come gli organi componenti di un unico tribunale complesso, certo è che una caratteristica ripartizione del potere di decisione fra due organi costituenti un unico tribunale si può vedere nel primitivo processo germanico ov’era nettissima la divisione di lavoro fra gli Urtheiler ed il Richter.*”

¹⁷⁸ Ibidem, p. 128 e 130: “*Di solito, leggendo una sentenza della Corte di Cassazione, la suddetta premessa maggiore non vi si trova espressa, ma vi è indubbiamente sottintesa; mentre la più gran parte della motivazione è destinata a dimostrare le ragioni giuridiche sui cui si basa la premessa minore. Ora la singolarità del fenomeno è proprio questa: che nel secondo giudizio di rinvio, nel quale, accolta ormai la impugnativa, si rimette in discussione la questione di merito, il giudice è obbligato a porre come premessa maggiore del suo sillogismo quella opinione giuridica che le Sezioni unite hanno enunciato per giustificare nella motivazione la premessa minore del sillogismo surriportato; le Sezioni unite, in altre parole, per giustificare l’annullamento della sentenza denunciata per falsa interpretazione di legge, devono enunciare quale è la retta interpretazione da darsi alla legge: e questa enunciazione, che nella sentenza delle Sezioni unite serve di base alla premessa minore del sillogismo, diventa obbligatoriamente, nel giudizio di rinvio, la premessa maggiore del sillogismo concernente la questione di merito. (...) In ogni modo, qualunque sia il criterio da adottare per stabilire una precisa linea di separazione fra le attività dei due organi cooperanti, certo è che qui ci troviamo di fronte al caratteristico fenomeno di una sentenza unica risultante dalla cooperazione di due tribunali diversi, e ciò di fronte ad una sentenza soggettivamente complessa.*”

de razões justificativas dentro dos limites de cognição das decisões pronunciadas em cada juízo lógico, em estágios processuais sucessivos, ou através da divisão do trabalho lógico, por cooperação, entre juízes diversos. Os vários discursos justificativos, embora formal e substancialmente fragmentados, agrupam-se monoliticamente na conformação dos enunciados fático-jurídicos da decisão final. Na nova gramática da motivação da sentença de mérito, enquanto documentação das razões lógicas e jurídicas que a justificam, os motivos determinantes de cada anterior decisão parcial se incorporam e constituem, em relação de meio e fim, uma parcela das premissas lógico-rationais, a final, de uma única sentença definitiva subjetivamente complexa, como resultado jurídico único e, por exemplo, derivativo do concurso, em cooperação, da atividade de órgãos judiciários diversos. Noutros termos, as motivações nos juízos de fato e de direito de cada decisão antecedente se somam e se amalgamam, à luz das peculiaridades do caso particular, nas razões justificativas da ilação final sobre o mérito da controvérsia.

De outra banda, com tintas mais realistas, vê-se a posição doutrinária dominante, segundo a qual seria utópico pensar que o texto escrito da motivação pudesse retratar, com fidelidade, o *iter* lógico-psicológico determinante da decisão. Parafraseando Blaise Pascal: *o juízo tem razões que a própria motivação racional desconhece*. Pode ocorrer, e não raro ocorre, que muitas cogitações marginais, ponderações periféricas e até mesmo reflexões protuberantes presentes nesse procedimento mental não apareçam, ao fim e ao cabo, na fisionomia escrita da motivação, e vice-versa. Pode acontecer, e comumente acontece, que os “reais” motivos da decisão permaneçam na penumbra, sejam escamoteados, *i. e.*, não se revelem expressamente aos olhos do leitor do texto escrito da motivação da decisão. Aliás, idealizada como discurso justificativo, a motivação nem haveria de contemplar tais “reais” motivos do *decisum*, mas, sim, a exteriorização das razões que racionalmente possam justificá-lo. Contudo, não basta descrever o itinerário psicológico viajado pelo juiz para formular sua decisão, apartado de conotação justificativa. Pois bem, prestigiosa doutrina, ao revés, enxerga na motivação um discurso justificativo racionalmente formulado pelo juiz, dotado de argumentação jurídica, no fito de demonstrar a validade da decisão, à luz do esperável e verdadeiro acerto dos fatos relevantes para o julgamento do conflito, bem como a correta escolha da norma jurídica aplicável e sua aceitável interpretação¹⁷⁹, segundo

¹⁷⁹ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. In: **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 184: “*Dall’altro lato vi è l’opinione, da tempo dominante in dottrina, secondo la quale è irrealistico pensare che la motivazione esprima l’iter formativo della decisione, trattandosi invece di un discorso giustificativo che il giudice elabora ex post (eventualmente ma non necessariamente tenendo conto delle “ragioni reali” per cui ha deciso in un certo modo), al fine di dimostrare la fondatezza della decisione*”

os valores prevalentes em determinado lugar e momento histórico, como regra jurídica de decisão do caso concreto.

Problema simpático concerne aos limites institucionais dos poderes exercitáveis *ex officio* pela *Corte di Cassazione* ao proceder à correção da motivação, sob o pálio do art. 384, atual § 4º, do c.p.c. de 1940, segundo o qual: “*Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione.*” A correção, em obséquio à exigência de economia processual, advém de um órgão jurisdicional de plano superior àquele que pronunciou a sentença objeto de retificação, no fito de assegurar a exata observância da lei por parte dos órgãos jurisdicionais, a uniformidade contemporânea da interpretação jurisprudencial no espaço e resguardar o princípio da unidade do direito positivo-objetivo e do princípio conexo e complementar da igualdade de todos os cidadãos perante à lei.¹⁸⁰

O poder da *Corte di Cassazione* de corrigir a motivação de direito (art. 384, atual § 4º)¹⁸¹, em alguns casos delimitando sua própria competência, pressupõe evidentemente que a sentença impugnada hospede motivação incorreta, conquanto correto o seu dispositivo¹⁸². Porém, seu exercício está interditado em caso de completa ausência de motivação¹⁸³. Esta

sulla base dell'accertamento dei fatti e delle norme giuridiche applicate nel caso di specie. La motivazione non tenderebbe allora a descrivere la formazione della decisione, ma a giustificarla attraverso argomentazioni giuridicamente e razionalmente valide.”

¹⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 22, 66-85.

¹⁸¹ Sobre ser caso típico de cassação substitutiva, em tudo análogo à cassação “*senza rinvio*”, vide SATTA, Salvatore. Corte di cassazione (dir. proc. civ.). In: **Enciclopedia del diritto**, v. 10. Milano: Giuffrè, 1962. p. 797-829, esp. p. 823-824.

¹⁸² CALAMANDREI, Piero. La sentenza soggettivamente complessa, op. cit., p. 132-133: “*Nel nostro diritto questo procedimento di interpretazione e di integrazione di una sentenza oscura o incompleta non è esplicitamente regolato dalla legge; ma nella pratica esso è di frequente adoperato in sede di cassazione, quando, contro una sentenza la cui motivazione è oscura o erronea, si ricorre non per farla annullare, ma unicamente per ottenere che la Corte suprema, pur respingendo il ricorso, chiarisca o corregga la motivazione in iure della sentenza denunciata. È noto che il semplice errore di diritto contenuto nella motivazione di una sentenza non basta a farla cassare, se non ha il carattere di error causalis: se, cioè, la sentenza impugnata può esser tenuta ferma per altri motivi. Ma la Corte di Cassazione per pratica costante (cfr. art. 531 Cod. proc. pen.) può correggere in iure la sentenza denunciata, sostituendo ai motivi erronei quelli giusti, e lasciando invariato il dispositivo della medesima: in tal caso il definitivo giudicato non è più costituito solamente dalla sentenza di merito, ma dal dispositivo di questa integrato e chiarito dalla nuova motivazione contenuta nella decisione di rigetto della Suprema Corte.*”

¹⁸³ Cass., Sent. n. 23328 del 9-11-2011 (rv. 619986): “*Il potere della Corte di cassazione di correggere la motivazione della sentenza impugnata mantenendo fermo il dispositivo, ai sensi del secondo comma dell'art. 384 cod. proc. civ., può essere esercitato allorquando, essendo conforme al diritto la decisione contenuta nel dispositivo, non lo sia la motivazione; pertanto, tale potere non sussiste nel diverso caso in cui sia denunciata l'omessa motivazione della sentenza impugnata, sia perché esso non consente un apprezzamento dei fatti e delle prove diverso da quello compiuto dal giudice del merito, sia perché la mancanza della*

última solução, no entanto, não está imune a críticas, pois, a par de tolher a possibilidade de controle racional dos litigantes, dos jurisdicionados em geral e da própria sociedade, admite e parece resignar-se a que o juiz possa julgar *contra legem* (ou melhor: contra o preceito constitucional da motivação). Equivale, sob má luz, a tolerar ao juiz poderes estranhos à função jurisdicional, como o exercício de um poder público sem justificação e prestação de contas alguma, em cabal descompasso com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito.

A sentença de rejeição do recurso, escoltada pela correção da motivação da sentença impugnada, a implicar um novo juízo¹⁸⁴, submete naturalmente a interpretação do julgado aos novos parâmetros argumentativos esculpidos, no juízo de legitimidade, pela Corte, seja em adição à motivação de direito originária, seja no escopo de substituí-la, visando sua correta efetivação ou execução, embora deixe inalterada a conclusão final. Desse modo, para espancar o defeito de enunciação do princípio de direito na sentença impugnada, à *Corte di Cassazione* incumbe instaurar prévio contraditório (previsto no art. 384, § 3º). Contudo, a jurisprudência constante da Corte é no sentido contrário, vale dizer, de que o exercício do poder de ofício de correção da motivação no juízo de direito, quando o dispositivo esteja em conformidade com o direito, não está sujeito ao crivo de antecedente contraditório entre as partes¹⁸⁵. À Cassação, em sua sentença corretiva, cabe formular um conteúdo mínimo traduzido na correta individualização da norma jurídica aplicável, na determinação de seu significado, na enunciação das razões utilizadas para definir semelhante sentido, das consequências jurídicas derivantes da aplicação da norma eleita à espécie fática, dos correspondentes motivos justificativos, tudo com fulcro em critérios jurídicos de escolha racionalmente válidos.

Na paisagem do dever geral de motivação, brotam obrigações específicas e particulares, haja vista as especificações do caso concreto, os valores que o processo visa

motivazione non permette di accertare se la pronuncia sul punto sia stata motivata da erronee considerazioni giuridiche o da valutazioni di fatto.” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 1.333.

¹⁸⁴ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 154-180, esp. p. 179. “*Ma se l'intrinseca compenetrazione della motivazione e del giudizio indurrebbe a ritenere che la modificazione della prima si risolve in correzione del secondo, trattasi di un nuovo giudizio e non si vede come non debba esso costituire la nuova regola del caso concreto che prevale anche su quella contenuta nella sentenza impugnata (...).*”

¹⁸⁵ Cass., Sent. n. 17779, de 30-8-2011 (rv. 619371): “*Anche in ordine ai ricorsi per cassazione, proposti dopo l'entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69 che ha modificato l'art. 101 cod. proc. civ., l'esercizio del potere d'ufficio di correzione della motivazione della sentenza, previsto dall'art. 384, quarto comma, cod. proc. civ., non è soggetto alla regola di cui al terzo comma del medesimo articolo che impone alla Corte il dovere di stimolare il contraddittorio delle parti sulle questioni rilevabili d'ufficio da porre a fondamento della decisione.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al. op. cit., p. 1.334.

tutelar, a competência do juízo (em cujo âmbito está a garantia do juiz natural pré-constituído em lei), o diâmetro das alegações fático-jurídicas das partes, o resultado das provas, cuja violação implica insuficiência ou inexistência substancial de motivação. O anacronismo da reforma do art. 132, § 2º, n. 4, implementada em 2009, fica ainda mais evidente quando, *vis a vis*, se faz a comparação jurídica com o mais detalhado regramento da nova dimensão do dever de motivar os pronunciamentos jurisdicionais concebido pelo legislador brasileiro, no *corpus* do Código de Processo Civil em aprovação pelo Congresso Nacional, ante a necessidade de individuação de conteúdos específicos do dever de motivação, aos quais o juiz está incondicionalmente vinculado. Semelhante conjunto normativo de vanguarda atinente à ossatura da motivação das decisões judiciais não encontra, mundo afora, parâmetro textual em ordenamentos processuais de outros países integrantes do sistema *civil law*. Será, estreme de dúvida, embora sujeita a críticas pontuais, a legislação mais avançada, até o momento presente, no tocante à definição dos contornos da motivação e de sua efetividade prática. Louvem-se o discernimento e a coragem do legislador brasileiro em enfrentar pontos nevrálgicos radicados no fenômeno de motivação obrigatória e pública.

É útil passar em revista os correspondentes dispositivos para facilitar a compreensão: art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” Ademais, em seu art. 499, estabelece em dicção inovadora: “São elementos 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. § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I - se limita à 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,

enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” Há, nesse singularíssimo conjunto normativo, uma nova gramática da motivação a orientar o juiz em seu dever de motivar, e, contedística e sistematicamente, define as linhas essenciais para a incubação de uma teoria da decisão judiciária. Alvissaras!

É digno de nota, em perspectiva comparatística, que, no vigente ordenamento jurídico italiano, a par da extirpação do relatório, o modelo de motivação concisa da sentença tornou-se regra, ao passo que, no brasileiro, além da manutenção do relatório como componente essencial da sentença, é exceção. Três exemplos são suficientes para ilustrar o ponto: (i) decisão de natureza interlocutória¹⁸⁶; (ii) sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito;¹⁸⁷ e (iii) em processos de menor complexidade jurídica, orientados pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, no âmbito dos julgamentos de segunda instância dos chamados Juizados Especiais Cíveis¹⁸⁸.

A nova redação do n. 4, do § 2º, do art. 132, a par de suprimir a necessidade de relatório no texto da sentença, substituiu a expressão “motivos” pelo vocábulo “razões”. A alteração em tela não transporta importância alguma. Motivo é a razão, objetivamente considerada, da prática de um ato. Divide-se em fático e jurídico. Na verdade, só há sentido em falar num motivo se ele tiver importância jurídica e, nesse aspecto, todo motivo fático juridicamente relevante é um motivo jurídico. No entanto, prefere-se designar como jurídico o próprio suporte normativo. Já a motivação é a indicação dos motivos. Por assim ser, a permuta da palavra “motivos” pela palavra “razões”, repita-se, é irrelevante, pois exibir os motivos de uma decisão judiciária denota mesmo exteriorizar as razões que a justificam, ao passo que exteriorizar tais razões denota, precisamente, motivar a decisão¹⁸⁹.

A sentença, independentemente da resolução do problema teórico de definir-se como ato de inteligência ou de vontade, de qualquer modo contém um juízo lógico (mas não apenas

¹⁸⁶ Código de processo civil brasileiro, de 1973, art. 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

¹⁸⁷ Código de processo civil brasileiro, de 1973, art. 459: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.”

¹⁸⁸ Lei n. 9.099, de 26.09.1995, art. 46: “O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”

¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 381.

de cunho silogístico, haja vista a presença de múltiplas e concretas valorações efetuadas pelo juiz), explícito ou inconsciente, de conteúdo jurídico¹⁹⁰. O ordenamento processual peninsular exige contenha a sentença motivação, como um de seus elementos constitutivos essenciais. No tocante à ordem das questões examinadas ao ensejo do julgamento, a implicar oscilações na estrutura e no conteúdo da decisão, necessariamente abarcadas pelo discurso justificativo judicial, do qual consta a motivação, tem-se o seguinte esquema gradativo de ordem lógico-jurídica de decisão (arts. 276 e 279), ou modelo teórico geral, porque a sentença não enfrenta todas as questões, mas tão somente aquelas debatidas e decididas, com múltiplas questões de fato e de direito a resolver, antes de o juiz alcançar a conclusão final: questões de jurisdição e de competência, questões preliminares relativas ao processo deduzidas pelas partes ou releváveis de ofício, questões prejudiciais de mérito e mérito. Em relação aos fatos e às provas, é possível assentar a seguinte ordem cronológica básica de formação da sentença na mente do juiz: exame prévio sobre a relevância dos fatos, interpretação do resultado das provas, avaliação desses resultados, construção do fato em espécie com base no particular juízo de fato, qualificação jurídica dos fatos, aplicação do direito ao fato, determinação dos efeitos jurídicos¹⁹¹.

Proferido o julgamento e subscrito o documento atinente ao dispositivo da sentença, o passo seguinte é a redação da motivação jurídica (art. 276, § 5º,¹⁹² e art. 119, § 3º, disp. att. c.p.c.¹⁹³) pelo *estensore* (em regra, juiz relator), salvo se houver restado vencido, dotada de justificação acerca de cada questão decidida no caso concreto.

Na contramão do que se verifica na praxe forense, cumpre dedicar-se especialíssima atenção à motivação do juízo de fato (justificação do juízo de fato, com fulcro nas provas e em seus critérios de avaliação), o qual reclama valoração racional e esperável dos resultados dos meios de prova individualizadamente considerados. No acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, o juiz deve prestar contas dos critérios de escolha ou

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 11-54, esp. p. 13.

¹⁹¹ Ibidem. p. 50-51. Vide, também, MONACI, Stefano. L'esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 277.

¹⁹² “*Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stessa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all'altro giudice.*” O exercício de tal poder pelo presidente é discricionário e está conexionado ao melhor funcionamento do órgão judicante, sendo certo que a elaboração da motivação, quando não seja confiada ao relator, deve ser endereçada a um componente que haja expresso voto conforme. Assim, Cass., Sent. n. 1521, de 17.2.1994.

¹⁹³ “*Il giudice che ha esteso la motivazione aggiunge la qualifica di estensore alla sua sottoscrizione.*”

de valoração usados nessa atividade (v. g., porque conferiu maior credibilidade ao depoimento da testemunha X do autor, e quais as razões que influenciaram em sua convicção para desacolher o depoimento da testemunha Y do réu). Tal apreçamento, no *iter* lógico-jurídico do raciocínio judicial, não pode ser substituído, como comumente sói ocorrer em pernicioso costume judiciário, pela singela reprodução literal dos meios instrutórios (v. g., transcrição de fragmentos de um laudo pericial, adesão acrítica às conclusões do perito do juízo¹⁹⁴, desdenhando do princípio *iudex peritus peritorum*, ou a excertos de um documento). Semelhante fórmula, muito frequente, consubstancia, na realidade, uma refutação ao dever de motivar. Trata-se de grave defeito substancial de motivação, ante a ausência de apreciação crítica do juiz e, por isso mesmo, de razões justificativas da decisão final.

Na exteriorização das razões de direito, além da insuficiência da mera referência ao preceito normativo, o juiz deve indicar os motivos pelos quais considera correta a escolha da norma aplicável e sua adequação ao caso particular, mediante o exame coerente de todas as suas características, bem como de sua relação com todas as normas que possam a ela se reportar (a aplicação concerne à adequabilidade)¹⁹⁵, em especial quando a questão for controvertida no processo¹⁹⁶, e indicar as razões por que abonou determinada interpretação da norma, dentre outras legitimamente aceitáveis, em sede doutrinária e jurisprudencial.

Após a apresentação do documento original completo de individualização e exteriorização das razões justificativas de fato e de direito da conclusão final, o que pode consumir largo lapso temporal¹⁹⁷, é que se dá a respectiva publicação, mediante depósito oficial “*nella cancelleria del giudice che l’ha pronunciata*” (art. 133). Daí resulta, em regra, a existência da sentença civil, salvo hipóteses particulares, como aquela concernente ao processo trabalhista (art. 430). É dizer: a publicação aperfeiçoa a sentença como ato jurídico, de sorte que nem o

¹⁹⁴ Em direção oposta, Cass., Sent. n. 11711, de 24.11.1997.

¹⁹⁵ GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. São Paulo: Landy Editora, 2004. p. 361 ss.

¹⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Quinta edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1956, v. 1. p. 12: “*Questione.- In quanto la ragione, della pretesa o della contestazione, sia dubbia, sorge una questione, la quale è pertanto il dubbio intorno a una ragione. Poiché la decisione della lite si ottiene resolvendo le questioni, le questioni risolte sono poi ragioni della decisione: le ragioni (della pretesa o della constestazione) diventano questioni (del processo) e queste si risolvono in ragioni (della decisione).*”

¹⁹⁷ Cumpre notar-se que o art. 120 disp. att. c.p.c. previa que a publicação da sentença deveria ocorrer dentro de trinta dias da discussão. Tal regra, no entanto, restou ab-rogada pela Lei n. 51, de 19.02.1998 (art. 129).

juiz que a pronunciou pode mais modificá-la. De sua data podem transcorrer também os prazos para impugnações (art. 327, § 1º).

O dever de motivar alcança indistintamente tanto as sentenças definitivas (v. g., art. 277, principio, art. 187, §§ 2º e 3º, art. 279, § 2º, n. 2), quanto aquelas meramente terminativas, sem exame do mérito da causa. Abrange também a chamada sentença não definitiva, contendo uma pronúncia parcial (art. 277, § 2º) - ou sentença parcial, na denominação adotada no texto original do c.p.c. de 1940, posteriormente reformado - que será acompanhada de uma *ordinanza*, ou pode ser apenas uma *ordinanza istruttoria* do juiz de instrução (art. 279)¹⁹⁸. A obrigatoriedade de motivação abraça igualmente as sentenças de mérito pronunciadas segundo equidade tratando-se de direitos disponíveis das partes e a requerimento delas (art. 114). Nesta última hipótese, o juiz há de prestar contas das valorações com critério equitativo, indicando cômguas razões das fundamentais premissas lógicas nas quais alicerçou o *decisum*. Da mesma maneira, quando o ponto de fato decisivo para o julgamento da controvérsia é constituído daquele que releva para a solução equitativa adotada¹⁹⁹.

De mais a mais, no espectro da motivação, como imposição constitucional (art. 111, § 6º), inerente à própria essência da jurisdicionalidade²⁰⁰, além das sentenças, inserem-se também todos os demais pronunciamentos decisórios, como a *ordinanza* (art. 134: “*L’ordinanza è succintamente motivata*”)²⁰¹. A *ordinanza* (ordem), dotada formalmente de motivação sucinta e conteúdo restrito ao dispositivo, pode, de maneira econômica e célere, ser pronunciada tanto pelo juiz monocrático que pelo colegiado, inclusive da *Corte Suprema di Cassazione* (v. g., art. 374, § 3º)²⁰², sendo, via de regra, precedida de manifestação das partes

¹⁹⁸ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. 5. edizione aggiornata. Milano: Giuffrè, 1962, v. 2. p. 100-104.

¹⁹⁹ Cass., Sent. n. 8166, de 28.8.1997.

²⁰⁰ Sobre o amálgama inquebrantável entre motivação e jurisdição, vide AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale, op. cit., p. 188-189: “*l’argomento sistematico porta dunque a riconoscere nella motivazione lo strumento che rende possibile controllare la fedeltà del giudice alla legge in quell’opera di attuazione delle prescrizioni normative in cui si esprime la iurisdictio. C’è un legame indissolubile tra motivazione e giurisdizione: indipendentemente dalla sede processuale (civile o penale), dal contenuto della pronuncia (rito o merito), dalla composizione dell’organo (togato, laico o misto), il provvedimento che fa applicazione della legge deve essere accompagnato dalla enunciazione della ratio decidendi.*”

²⁰¹ LESSONA, Silvio. La funzione giurisdizionale. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (direto da) **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 199-224, esp. 211-213.

²⁰² “*Se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.*”

em contraditório, e pressupõe a satisfação de demandas processuais das partes, especialmente no que toca ao pedido de medidas instrutórias²⁰³. O que distingue uma *ordinanza* de uma *sentenza*, com reflexos práticos concernentes aos respectivos meios de impugnação, não é a forma exterior, tampouco a denominação adotada pelo juiz, mas o conteúdo substancial do pronunciamento jurisdicional em si, e, por conseguinte, o efeito jurídico que se destina a produzir²⁰⁴.

Conceitualmente, os *decreti* (decretos) são provisões emanadas de qualquer autoridade judiciária - juiz monocrático, colégio, presidente do colégio -, no exercício de funções administrativas. Outra nota essencial dos *decreti* está em que são expedidos sem contraditório entre as partes, tendo como campo próprio (mas não apenas) a chamada jurisdição voluntária.

Merece exame específico o problema de saber se os *decreti* também se submetem à exigência de motivação. A resposta afirmativa, em linha de princípio, se impõe, máxime quando incidem diretamente sobre a esfera jurídica de uma das partes²⁰⁵. Com efeito, é certo o dispositivo insculpido no art. 135, § 4º, *principio*, do *Codice di procedura civile* italiano (“*Il decreto non è motivato, salvo che la motivazione sia prescritta espressamente dalla legge...*”). É certo igualmente que, na esmagadora maioria de hipóteses nas quais é estatuída a forma de decreto, é igualmente exigida a motivação do respectivo pronunciamento jurisdicional, como, por exemplo: art. 640, § 2º (*Rigetto della domanda*), art. 641 (*Accoglimento della domanda*), art. 672, § 4º ab-rogado (*Sequestro anteriore alla causa*), art. 673 ab-rogado (*Sequestro in corso di causa*), art. 737 (*Forma della domanda e del provvedimento*). Assim ainda, o art. 313, §1º, do *Codice civile* italiano (“*Provvedimento del tribunale: Il tribunale, in camera di consiglio, sentito il pubblico ministero e omessa ogni altra formalità di procedura, provvede con decreto motivato decidendo di far luogo o non far luogo all'adozione*”). Porém, não é menos certo que há hipóteses específicas nas quais há expressa dispensa de enunciação de motivos para a prolação do decreto. Seja como for, a regra do art. 135, § 4º, que, em linha de princípio, dispensa o decreto de motivação, deve ser necessariamente interpretada em

²⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 987.

²⁰⁴ Cass., Sent. n. 28233, de 20.12.2005.

²⁰⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 397: “*Tuttavia, tale definizione ha il pregio di fondare l'obbligo di motivazione in ordine a tutti quei decreti che, in quanto influiscono sull'andamento del processo o sulla posizione processuale di una parte, condizionano, direttamente o indirettamente, il modo in cui le parti esercitano i propri diritti in giudizio.*” Pelo mesmo diapasão, afina-se EVANGELISTA, Stefano. *Motivazione della sentenza civile*, op. cit., p. 155-157. Assim também, AMODIO, Ennio. *Motivazione della sentenza penale*, op. cit., p. 189-192.

conformidade com a dicção geral do art. 111, § 1º (atual § 6º),²⁰⁶ da Constituição italiana, cujo teor literal, indistintamente, faz incidir a obrigatória e indisponível motivação²⁰⁷ sobre todas as decisões judiciais (“*Tutti i provvedimenti*”)²⁰⁸, influenciando, pois, suas estruturas formais e substanciais. Conducente dizer que a fórmula da regra do art. 135, § 4º, não resiste a um teste para sindicar sua legitimidade constitucional²⁰⁹, ante a patente desconformidade com o art. 111, § 1º (atual § 6º), da Constituição italiana²¹⁰.

Tal resulta da exigência de controle externo, sobre a validade e a juridicidade dos atos mediante os quais é exercitado *in concreto* o poder jurisdicional. A motivação dos decretos, sem exceções, mesmo aqueles que tenham mais acentuada feição “administrativa”, por se inserir em uma rede de garantias democráticas e constitucionalmente criadas para a tutela de direitos fundamentais ou não, também é relevante endoprocessualmente, para efeito do exercício do direito de defesa dos litigantes²¹¹ e, em sede dos meios de impugnação, de adequada aferição sucessiva²¹². De sorte que, nessa perspectiva, deve considerar-se implicitamente ab-rogado²¹³ o preceito do art. 135, § 4º, dês que em evidente antinomia com

²⁰⁶ Não é outra a eloquente advertência de SATTA, Salvatore. **Diritto processuale civile**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1973. p. 186 (nota de rodapé): “*Si tenga però presente il disposto dell’art. 111 della Costituzione: “tutti i provvedimenti devono essere motivati.”*”

²⁰⁷ Cass., Sent. n. 14390, de 8.7.2005 (conf. Sent. n. 13762, de 20.9.2002).

²⁰⁸ Em sentido parcialmente diverso, na parte final do excerto a seguir transcrito, vide MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**: nozioni introduttive e disposizioni generali. Tredicesima edizione. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1. p. 410 (nota de rodapé n. 9): “*Anche questa caratteristica, che è già di contenuto-forma, è tutt’altro che costante ed univoca sia per la riserva contenuta nella norma menzionata e sia perché, come si è già notato, l’art. 111, 1º comma Cost. pone il requisito della motivazione con riguardo generico a tutti i provvedimenti del giudice che incidono sulle situazioni sostanziali o processuali delle parti. Al riguardo si suole mettere in rilievo che il dettato costituzionale non ha ragion d’essere quando il decreto ha contenuto ordinatorio amministrativo (cfr. CORMIO, Dei provvedimenti, op. cit., p. 1436).*”

²⁰⁹ Vale notar que os vícios representativos de desconformidade constitucional descansam sob a denominação genérica de “ilegitimidade constitucional”, como, de resto, se deduz do art. 136, § 1º, da Constituição italiana: “*Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.*”

²¹⁰ TOMMASEO, Ferruccio. **Appunti di diritto processuale civile**: nozione introduttive. Quarta edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 136 e 137.

²¹¹ LEGROS, Robert. *Considérations sur les motifs*. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 7-22, esp. p. 7.

²¹² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 394-398, esp. p. 395-396.

²¹³ ANDOLINA, Italo e VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990. p. 174.

aquela norma constitucional de natureza organizativa²¹⁴ consagradora do preceito da motivação.

Sob outro ângulo de mirada, o *Codice di procedura civile* de 1940, no tocante à disponibilidade das provas, com implicações no conteúdo da sentença, em sua redação original, dispunha: art. 115, § 1º: “Disponibilità delle prove. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero.” Ocorre que, posteriormente, com a redação da Lei n. 69, de 18.06.2009, esse texto restou alterado, passando a vigorar, a partir de 04.07.2009, com a seguinte dicção: “Disponibilità delle prove. Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita.”

Essa disposição guarda evidente conexão com a formação da convicção do juiz. Em contendas civis, envolvendo direitos disponíveis, a ausência de contestação dos fatos alegados pela contraparte, ou a impugnação puramente genérica (não específica), vale qual *relevatio ab onere probandi*²¹⁵. Evitam-se, em sede de repartição do ônus da prova, atividades judiciais desnecessárias, como imperativo de simplificação e de economia processual. A lógica desse princípio também reside na auto-responsabilidade ou na responsabilidade das partes na alegação dos fatos da causa.

O art. 115, § 1º, pôs sobre os ombros da parte o ônus de impugnar, específica e detalhadamente, as circunstâncias fáticas deduzidas pela contraparte, sejam fatos principais ou jurídicos, sejam fatos secundários ou simples, sob pena de dispensá-la da prova do fato. Contudo, na moldura de um processo justo, a revelia (contumácia) do réu ou a impugnação puramente genérica dos fatos não pode automaticamente acarretar a procedência do pedido e tampouco dispensa a presença, nos autos do processo, de elementos probatórios suficientes para a livre convicção do juiz, nem o escusa de analisar as circunstâncias que ratifiquem os fatos fictamente evidenciados, podendo, se for o caso, determinar *ex officio* a produção de

²¹⁴ CALAMANDREI, Piero. Nozione di “illegittimità costituzionale”. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 3, op. cit., p. 354-369, esp. p 359: “a) Di fronte a una di quelle norme costituzionali che si potrebbero chiamare organizzative (quelle norme, quasi tutte contenute nella seconda parte della Costituzione, che istituiscono gli organi primari dello Stato e ne regolano la formazione, le attribuzioni, il funzionamento), la legge ordinaria non potrebbe trovarsi in contrasto se non in quanto pretendesse di dar disposizioni sull’ordinamento costituzionale dello Stato, cioè in una materia che, secondo la Costituzione (art. 138), può esser modificata soltanto collo speciale procedimento legislativo riservato alle leggi costituzionali: e si risolverebbe in un illegittimo sconfinamento tentato dal legislatore in quel campo della organizzazione costituzionale che è riservato al potere costituente.”

²¹⁵ RICCI, Gian Franco. **La riforma del processo civile**, op. cit., p. 39.

provas, no escopo de canalizar para os autos do processo o material probatório. A não contestação, remarque-se, opera exclusivamente sobre o plano da repartição do *onus probandi*²¹⁶. Na dimensão do processo intrinsecamente justo, conformado pelo correto acerto da verdade dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, a presunção de veracidade só pode ser relativa, e não absoluta.

2.2 A Constituição de 1947: significado e alcance de seu art. 111, à luz da Convenção Europeia de Direitos do Homem

No quadrante histórico do segundo pós-guerra, a amostra mais expressiva de encartamento do dever de motivar as decisões judiciais no constitucionalismo contemporâneo, imbricado com uma constelação de garantias fundamentais do processo justo, repousa na Constituição italiana de 1947, no *Titolo IV (La Magistratura), Sezione II (Norme sulla giurisdizione)*, art. 111²¹⁷, § 1º (atual § 6º): “*Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.*” Trata-se de norma fundamental em tema de obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, em sua concepção democrática, a transpirar, sobretudo, sua função política e garantística²¹⁸, extraprocessual, no controle difuso sobre o concreto exercício da jurisdição. Daí resulta que, além das partes (controle privatístico)²¹⁹ e do juiz da impugnação (controle burocrático), despontam, generalizadamente, como destinatários da motivação, em sua tradicional função extraprocessual, também a sociedade, expressada na opinião pública, e cada cidadão, aos quais são atribuídos o direito de controle sobre a maneira pela qual o poder

²¹⁶ ROTA, Fabio. I fatti non contestati e il nuovo art. 115. In: TARUFFO, Michele. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 181-221, esp. p. 220.

²¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973, v. 1. p. 193: “*L’obbligo della motivazione è un’importante garanzia di serietà e ponderazione della decisione ed è sanzionato anche dalla Costituzione (art. 111); l’omissione, l’insufficienza o la contraddittorietà della motivazione, quando riguardi un punto decisivo della controversia, è di per sé motivo di impugnazione della sentenza (art. 360, n.5 cod. proc. civ.).*”

²¹⁸ NARDO, Giulio. Controllo della motivazione della sentenza in cassazione e ricorso *ex art. 111 cost.* **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 50(1):375-402, 1996, esp. p. 379.

²¹⁹ GIANNATTASIO, Carlo. La magistratura. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (direto da) **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 169-195, esp. p. 193-194.

jurisdicional é concretamente exercido (controle democrático e difuso franqueado ao povo, em cujo nome a sentença vem pronunciada).

A dogmática da motivação, no campo externo ao processo, não representa um dos mananciais de interpretação e de apreçamento do *decisum*, mas, sim, matriz de conhecimento e mola propulsora de controlabilidade racional sobre os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz. Consente, qual garantia contra o arbítrio de quem julga, compreender e valorar racionalmente as razões enunciadas na motivação como aptas a exibir a sentença como válido exercício da jurisdição. Semelhante desígnio, para ser eficaz, reclama motivação completa, adequada e cônica.

Há acoplamento necessário entre motivação e jurisdição: aquela não pode intrinsecamente estar ausente nesta. A localização geográfica do preceito da motivação, atinente às normas acerca da jurisdição, induz a hipotizar que a motivação é condição essencial de jurisdicionalidade²²⁰, *i. e.*, o dever de motivar é corolário inerente à validade do exercício da jurisdição. Significa asserir que, sem motivação, não se pode legitimamente cogitar de jurisdição. A motivação obrigatória e pública é o mais forte anteparo contra o arbítrio do juiz²²¹, por sujeitar à luz seus erros e eventual infidelidade à lei (*rectius*, juridicidade).

O legislador constituinte italiano, no entanto, confiou em uma hipotética noção comum de motivação da sentença. Agora bem, não se trata de mero decalque de normas (*v. g.*, arts. 132, § 2º, n. 4, e 118, disp. att. c.p.c) que já conferiam à motivação o *status* de componente essencial na estrutura da sentença. Prestigiosa doutrina, no plano exegético, enxerga na norma do art. 111, § 1º (atual § 6º), a enunciação de uma garantia fundamental da concreta administração da justiça. O dever constitucional de motivar os pronunciamentos jurisdicionais é expressão do princípio político da participação democrática, densificado na participação popular sobre o modo pelo qual vem empiricamente exercitada a jurisdição nos casos concretos²²². Garante-se, extraprocessualmente, em uma concepção democrática de

²²⁰ SATTA, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano: Vallardi, 1959, v. 1. p. 500: “*La funzione dei motivi non è altro che la funzione stessa della giurisdizione, cioè in essi e per essi si concreta veramente l’ordinamento giuridico, in essi e per essi la sentenza è veramente sentenza.*”

²²¹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998. (Ensino Superior). p. 125: “O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito.”

²²² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 409 ss. Assim também, TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. In: **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**, op. cit.,

justiça, em nível jurídico, a possibilidade (pouco importa se mais teórica que prática ou se concretamente mais eficaz nos casos em que o juiz seja eleito, posto que problemas mais afeiçoados ao campo político e sociológico) de controle racional e difuso, pela sociedade, expressada na opinião pública, e pelos cidadãos, sobre a maneira por que os órgãos jurisdicionais exercem *in concreto* o poder estatal. No campo político, a motivação desliza de uma conotação meramente técnico-instrumental para o marco teórico de uma nova gramática garantística, por consentir democraticamente aquela controlabilidade externa, *i. e.*, para além das fronteiras de específico processo.

A motivação é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Nesse quadro, o poder estatal há de publicamente justificar-se. O justificado ato do poder público há de permitir externa e difusamente controle racional sobre as razões que justificam o *decisum* e pelas quais o poder jurisdicional é exercido em cada caso concreto²²³. Aflora, no campo político, o cariz garantístico da motivação. Nessa peculiar posição teórica, transcendente da simples função técnico-instrumental da motivação sincronizada a facilitar a elaboração de razões de impugnação e controle burocrático a cargo do juiz de instância superior, descansa a explicação sobre serem todas as decisões judiciais obrigatoriamente motivadas, inclusive aquelas formuladas por cortes supremas (v. g., Corte

p. 189: “*Non pare dubbio, inoltre, che l’obbligo costituzionale di motivazione sia un’espressione del principio della partecipazione popolare all’amministrazione della giustizia, ed abbia natura di garanzia, strettamente connessa con i principi di indipendenza e di soggezione del giudice alla legge, e con la garanzia della difesa.*” Confirma-se, em sentido vetorialmente oposto, MONTESANO, Luigi. Controlli esterni sull’amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione. In: **La sentenza in europa:** metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 435-438, esp. p. 436: “*Parlando ora dell’accennato controllo esterno, consentirei con Taruffo nell’auspicare che le sentenze siano redatte nel linguaggio più chiaro possibile e libero da inutili eleganze o “civetterie” dottrinali; ma non nel configurare l’obbligo costituzionale di motivare i provvedimenti giudiziari in funzione di un “controllo democratico difuso” sull’amministrazione della giustizia; giacché questo modo di vedere mi par contrastare con la necessità, nel nostro sistema costituzionale, che la motivazione sia destinata a convincere i difensori e il ceto giuridico con discorsi di contenuto tecnico-giuridico e perciò inevitabilmente non comprensibili dal comune cittadino.*” Parece sem razão, contudo, o conspícuo Professore ordinario nell’Università di Roma. Primeiramente, ainda que desejável fosse, a motivação não tem a função de convencer as partes ou a classe jurídica sobre a correção, juridicidade ou justiça da decisão; antes a sentença produzirá os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante, ao ângulo estritamente jurídico, que tenha havido ou não semelhante convencimento. Além disso, embora estribada em um dado da realidade (do que é, mas não o que deveria ser), a visão do processo como instrumento meramente técnico-jurídico ainda está fortemente atrelada à segunda fase metodológica do processo civil (autonomista, conceitual ou cientificista) e portanto parece ultrapassada já agora por sua quarta fase metodológica, que se poderia denominar de *instrumentalismo valorativo* ou *constitucionalizado*, pois centrado na realização dos direitos fundamentais e atento à sua intensa permeabilidade moral num sistema aberto, plural e dialético.

²²³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 398 ss.

costituzionale italiana²²⁴ e, em regra²²⁵, Corte di cassazione), e, por isso mesmo, refratárias a impugnações. Neste último caso, no qual está interdita a possibilidade de deduzir-se impugnação, para além de contingências históricas ou de uma justificação ideológica do Estado e de seus poderes, parece relevar uma raiz mais profunda do dever de motivar conexas à própria vida do ordenamento jurídico.

Acolá dos tradicionais e múltiplos perfis da motivação (v. g., natureza técnico-instrumental, interligada com impugnações, garantia das partes, imperativo de legitimidade do exercício concreto da jurisdição, controle democrático e difuso, garantia do garantismo, quando em seu perfil instrumental, coeficiente de efetividade de todas as demais garantias fundamentais inerentes ao concreto exercício da jurisdição e ao processo justo), emerge o entrelaçamento entre motivação, ordenamento jurídico e desafios de certeza do direito, não apenas como na utopia do iluminismo jurídico, estampada formalmente em norma escrita, geral e abstrata, mas, e sobretudo, como imperativo ético: aquela certeza radicada na específica eticidade do direito, sob o hálito da qual vem a constituir-se o mundo social²²⁶.

Ocorre, frequentemente, a contraposição entre norma abstrata e justiça do caso concreto (equidade), a delatar a insuficiência das normas, impotentes, por si sós, para garantir a certeza do direito. No mundo de carne e osso, variegadas causas conspiram para o clima de incerteza: leis injustas, mal redigidas, imprecisas, incoerentes, inflação legislativa. Quase uma verdadeira incubadora de não direito. De sorte que a eficiência do ordenamento jurídico e, de conseguinte, a certeza do direito, para além da concentração da produção jurídica e das codificações, somente podem florescer se e onde houver garantia de justiça.

A norma abstrata, por sua generalidade, é imperativo de igualdade. Porém, a crise da lei evidencia-se por sua dramática miséria para resolver concretamente os problemas intersubjetivos, individuais e coletivos, que vicejam na estufa de uma sociedade pós-moderna. Nalguns casos, há um abismo abissal e, noutros, um desencontro irreconciliável entre o

²²⁴ MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. Seconda edizione accresciuta e integrata. Bolonha: Monduzzi Editore, 1997. p. 902: “*Gli intensi rapporti tra Corti costituzionali e potere legislativo, il ruolo dell’esecutivo nella legislazione, l’attribuzione al Capo dello Stato di poteri in ordine alla legislazione ma anche alla tutela della costituzione, da un versante; la crescita di “domanda” di giustizia costituzionale, la dilatazione dei parametri e degli oggetti del giudizio, la lievitazione del “ruolo pubblico” delle Corti, dall’altro, rappresentano alcune delle cause che hanno concorso alla crescita delle motivazioni nelle sentenze costituzionali.*”

²²⁵ Diz-se em regra, porque, excepcionalmente, há hipóteses de impugnação de sentenças pronunciadas pela Corte di cassazione, como, por exemplo, aquelas contempladas nos arts. 391 *bis* e 391 *ter*, do *Codice di procedura civile*.

²²⁶ LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **Compendio di filosofia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 147.

programa normativo (v. g., escrito, concebido pelo legislador ou de jaez consuetudinário) e as aspirações assentes no mundo de carne e osso. Da crise da lei às crises de incerteza e de insegurança, na vida cotidiana, o passo é curto.

Nessa moldura, despontam a jurisdição e o juiz. Irrrompem o direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional efetiva e o direito de defesa, na experiência de um processo equo e justo, nos termos do art. 24, §§ 1º e 2º, da Constituição italiana de 1947, respectivamente: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*” e “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento*”. Ademais, é como também recita o art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem. Entrementes, o livre e concreto exercício do direito de ação tem como pedra de toque a existência e a vigência de um ordenamento jurídico²²⁷.

Uma vez deflagrado o processo jurisdicional, v. g., a sentença, por traduzir o clímax da certeza do direito, deve ser permeável à exigência de motivação nos juízos de fato e de direito. Esta é a contribuição mais significativa de clarificação e de explicitação do ordenamento jurídico²²⁸ e o *locus* de afirmação da certeza do direito.

Reafirme-se que na geometria da garantia fundamental da obrigatoriedade de motivação, sendo o dever geral de motivar os atos decisórios uma imposição de caráter constitucional, o exercício legítimo da jurisdição dar-se-á apenas se e quando houver motivação suficiente, adequada e cônica. Cumpre ao juiz ofertar contas sobre a validade, racionalidade, juridicidade dos critérios de escolha ou de valoração que condicionam as premissas de sua ilação final²²⁹.

Demais disso, sobressai a função instrumental de elevada importância da motivação, no marco teórico de *garantia do garantismo processual*, direcionada à plena efetivação de todos os outros princípios constitucionais fundantes do processo (v. g., acesso à tutela

²²⁷ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, Bari, anno 8, n. 1, p. 1-19, 2013, esp. p. 15-16: “*Questo diritto, ovunque esista e possa essere liberamente esercitato, presuppone l’esistenza e la vigenza di un ordinamento giuridico essendo il processo giurisdizionale la sua massima e concreta manifestazione anche nell’ipotesi, assurda ed irreal, dell’imprevedibilità assoluta del contenuto della sentenza: la sentenza può essere, ed è entro certi limiti, imprevedibile nel suo contenuto, ma l’azione, la giurisdizione ed il processo non lo sono, esistono e sono a disposizione dell’individuo. L’azione e la giurisdizione, dunque, sono in definitiva il vero e più sicuro presidio della certezza del diritto.*”

²²⁸ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, op. cit., p. 16: “*Pertanto, la necessità della motivazione non è solo contingente frutto di un particolare assetto costituzionale dello Stato, di una visione più o meno ideologica dello stesso, ma corrisponde ad un carattere intrinseco dell’ordinamento giuridico.*”

²²⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 391.

jurisdicional justa e efetiva, igualdade, independência e imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, publicidade, devido processo legal). Releva notar, em especial, também o princípio segundo o qual deva ser a sentença pronunciada em nome do povo italiano, como ressumbra do teor do art. 101, § 1º, da Constituição: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*” A fonte democrática e perene de poder é o povo, sendo certo que o juiz o exerce por delegação popular. Não por acaso que, em seu perfil extraprocessual, a motivação racional consente o controle democrático e generalizado da sociedade, expressado na opinião pública, e de cada cidadão *uti singuli*, sobre as razões justificativas do julgado e o modo pelo qual a justiça é concretamente administrada pelo juiz. Significa dizer que uma motivação precisa, suficiente e adequada permite o concreto controle sobre o fundamento racional e jurídico da decisão. É uma eficaz salvaguarda de moralidade nos conflitos judiciais. Concepções reducionistas da motivação, que se esfalfam em desvalorizá-la, estão em forte rota de colisão com esse arcabouço teórico do fenômeno da *garantia do garantismo*.

Mas não é só. O real alcance da garantia constitucional da motivação (art. 111, § 6º) somente pode ser decifrado à luz do art. 111, § 1º, ao qual, automática e necessariamente, se conecta, por sua antecedente posição geográfica no texto da constituição italiana: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*” O borne do dever do juiz de motivar as próprias decisões é condicionado pela ideia-força de processo justo. Conducente afirmar que não se pode considerar justo um processo no qual a decisão não seja expressa, obrigatória e publicamente motivada, quer no juízo de fato (v. g., justificação de inferências operadas pelo juiz com base em elementos de presunção), quer no juízo de direito (v. g., porque preferiu determinada interpretação da norma jurídica em detrimento de outras legitimamente válidas). A exteriorização das razões das soluções adotadas pelo juiz, explicitamente justificadas na motivação, é o único meio eficaz que, em cada caso concreto, permite aferir se foram observadas, e em que medida de efetividade, todas as demais garantias fundamentais conformadoras do conceito de processo justo.

Não se podem sacrificar as garantias fundamentais da administração da justiça, assentes filhas do progresso civilizatório, no altar da celeridade processual. É preciso que o mecanismo da justiça civil funcione melhor, na Itália e no Brasil, mas não a qualquer custo. Hodiernamente, para economizar o tempo do juiz, buscam-se fórmulas mágicas seja para deprimir a motivação, seja para eliminá-la (fosse a motivação renunciável, o que não é), como

no caso da ilegítima²³⁰ “*motivazione su richiesta*”, no qual o juiz somente apresenta os motivos de sua decisão a pedido da parte que almeje impugná-la. É uma espécie de discurso justificativo judicial diferido. Tal modalidade leva em conta somente a função endoprocessual da motivação, mas se revela inadmissível à luz da garantia constitucional da motivação, máxime do ponto de vista de sua função extraprocessual (valor político fundamental).

Em sede de “*motivazione su richiesta*”, o problema mais se agiganta quando se considera a hipótese de a parte eventualmente não pretender impugnar a decisão. Ou seja: o juiz estaria definitivamente dispensado de exteriorizar as razões que justifiquem sua decisão. A ausência de motivação implica, por si só, violação do direito a um processo equo e justo, porquanto as partes são postas concretamente em condições de não compreender a decisão. A cabal falta de razões justificativas, no limite, tornaria semelhante discernimento puramente ilusório. Nesse caso, além de massacrar-se a verificação *in concreto* se, de verdade, o órgão julgador observou as garantias fundamentais do processo, no plano extraprocessual restaria inviabilizada a possibilidade de controle racional, democrático e difuso, pela sociedade em geral e pelos cidadãos em especial, sobre a validade dos critérios de escolha ou de valoração do juiz e a juridicidade de sua decisão. Seria como pretender fazer um exame de ressonância magnética sem um corpo. O processo, em sua dimensão publicista de hodierno, serve às partes, mas também deve servir à sociedade. Definitivamente, não se pode conceber um Estado Constitucional Democrático de Direito que não se justifique. É, quando menos, uma verdadeira *contradictio in terminis*.

Na Itália, há forte nexos entre jurisdição e motivação, que decorre da Constituição (art. 111, atual § 6). Semelhante dever constitucional ostenta dupla função: (i) interna, no fito de que as partes possam conhecer os motivos da decisão judicial e, por via de consequência, facilitar uma melhor formulação de suas impugnações, além de permitir ao juiz de instância superior apropriada visão dos elementos da causa; e (ii) externa, por consentir, mediante materialização do princípio da publicidade, controle político-garantístico, democrático e difuso da sociedade em geral e do olhar observador do cidadão em particular sobre os critérios de justiça da decisão empregados pelo juiz.

²³⁰ FILIBERTO, Marisa. **La motivazione della sentenza civile**. 2012. 378f. Tesi (Dottorato di ricerca in Diritto Processuale Generale ed Internazionale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, Catania, 2012. p. 249: “*Il principale referente normativo in tema di motivazione della decisione giudiziaria è l'art. 111, comma 6, Cost., che espressamente sancisce il principio secondo cui “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”. La previsione, a livello costituzionale, dell'obbligatorietà (cfr: “devono”) della motivazione è la principale ragione cui fanno appello quanti escludono la introducibilità della “motivazione a richiesta” nel nostro ordinamento, ravvisando, nell'enunciato della Carta Costituzionale, una prescrizione di carattere precettivo assoluto ed inderogabile.*”

Um passo à frente. No ditado do ordenamento de caráter supranacional, depara-se a Convenção Europeia de Direitos do Homem, de 20.03.1952, ratificada pela Itália em 14.08.1955, através da Lei n. 848. Foi sucessivamente aperfeiçoada e, ao depois, recepcionada através do decreto do Presidente da República de 14.04.1982, n. 217. Pois bem, essa Convenção, assaz importante, por seu art. 6º garante a todas as pessoas o direito fundamental a um processo equo, público, num prazo razoável, mediante um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei. Há substancial identidade, no campo das garantias do processo civil, entre as noções de “processo equo” da Convenção (art. 6º) e de “justo processo” da Constituição italiana (art. 111, § 1º). Daí decorre que a anatomia do “justo processo”, impregnada de significado ético-moral, esculpida pela Corte Constitucional italiana, é fortemente enriquecida com as especificações derivantes da jurisprudência da Corte de Estrasburgo²³¹. O direito à prolação de decisões jurisdicionais motivadas, em vários modelos de processo constitucionalmente garantístico, consubstancia um dos requisitos mínimos na definição de um processo equo e justo²³².

A ausência de expressa alusão do dever de motivar decisões judiciais nessa Convenção (e em outras tantas) tem escassa relevância, seja porque os ordenamentos nacionais podem consagrar constitucionalmente ou infraconstitucionalmente semelhante garantia da motivação, seja porque pode ser dessumida daqueloutra garantia de publicidade do procedimento jurisdicional, *ex vi* das interpenetrações funcionais, históricas e teórico-práticas existentes entre motivação e publicidade (no classificar que a decisão seja pública, implica que essa deva ser motivada)²³³, seja em obséquio à constante interpretação extensiva daquela

²³¹ TARZIA, Giuseppe. L'art 111 Const. e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001, esp. p. 160-161: “*Si apre così, mi sembra, al giurista interno come al giudice della legge, una prospettiva di indagine largamente nuova: la prospettiva di una circolarità degli enunciati tra la Corte Europea, le Corti costituzionali nazionali ed i Parlamenti dei singoli Paesi, che dovrebbe contribuire potentemente alla effettività dei principi sanciti dall'art. 6 della Convenzione Europea. Una effettività che non si tradurrà più soltanto in un giudizio di condanna per le inadempienze dello Stato membro, ma che vincolerà la legislazione e, mediatamente, la giurisdizione di ciascuno degli Stati aderenti alla Convenzione.*”

²³² COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, esp. p. 111, 133 e 141.

²³³ SANTANGELI, Fabio. La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della “motivazione breve” in Italia. In: **Diritto & Diritti**. Roma: Grupo Maggioli, 2012. Disponível em: <<http://riformaforense.diritto.it/docs/33691-la-motivazione-della-sentenza-civile-su-richiesta-e-i-recenti-tentativi-di-introduzione-dell-istituto-della-motivazione-breve-in-italia>>. p. 1-52, esp. p. 6: “*a motivazione della sentenza, altresì, è, almeno in linea di principio, avvertita come necessaria anche dall'ordinamento sovranazionale, nel quale l'obbligatorietà della decisione motivata viene ricondotta all'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950. Per la verità, l'art. 6 CEDU non fa alcun esplicito riferimento alla motivazione della sentenza, ma è la Corte di Strasburgo, organo competente a pronunciarsi su “tutte le questioni concernenti l'interpretazione e*

norma convencional²³⁴. A motivação anaboliza a confiança que há de ser depositada na concreta administração da justiça, a qual está incondicionalmente submetida à exigência de justificação pública, arrimada, em regra, no princípio da transparência de toda atividade estatal, no fito de evitar aquilo que de pior possa pairar sobre um juiz: a suspeita de arbitrariedade (v. g., prescinde de prova relevante ou invoca prova inexistente nos autos do processo)²³⁵.

Ademais, o dever de motivação pode ser haurido do feixe de potencialidades do Estado de Direito, cujo exemplo frisante é a experiência alemã, derivante da jurisprudência constitucional do *Bundesverfassungsgericht*²³⁶, fundada também na interpretação sistemática do texto da Lei Fundamental germânica. A motivação é um dos valores basais que está integrado a princípios consagradores do processo equo e justo, *i. e.*, como expressão da garantia do direito de ser ouvido em Juízo, mediante audiência justa (*Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör*), e da subordinação do juiz à lei e ao direito: “(...) *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*” (art. 103, 1, e art. 20, 3, respectivamente)²³⁷.

Nesse teor de ideias, encoraja a pensar que, bem pesadas as coisas, o instituto da obrigatoriedade de motivação de todas as decisões judiciárias desfruta de dupla tutela constitucional na Constituição italiana de 1947: (i) art. 111, §§ 1º e 6º, e (ii) art. 117, § 1º: “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.*” O cânone de motivação obrigatória e pública infiltra-se, assim, no domínio dos direitos humanos

l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli” (art. 32, par. 1 CEDU), alla cui giurisdizione l’Unione si assoggetta, ad includerla tra le garanzie dell’equo processo, che, nell’esigere che la decisione sia pubblica, implica che essa debba essere motivata.”

²³⁴ FILIBERTO, Marisa, op. cit., p. 21: “*A livello internazionale, ed oggi anche europeo, la motivazione è una delle garanzie dell’equo processo di cui all’art. 6 della CEDU, nell’interpretazione estensiva che di tale disposizione viene data dalla Corte Europea dei diritti dell’Uomo.*”

²³⁵ Sobre as múltiplas causas de arbitrariedade, vide CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 3. edición aumentada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. p. 297-299.

²³⁶ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni, op. cit., p. 176.

²³⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 358-361; ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 212, inclusive nota n. 9.

de observância universal, a par de constituir-se no substrato inviolável do direito processual comum a todas as nações²³⁸.

Noutro giro, já agora no campo administrativo, no último quartel do século XIX, a partir da jurisprudência do *Conseil d'Etat* francês, passou-se a sindicar a motivação no fito de verificar-se eventual desvio de poder. Assim, o defeito de motivação e a aparência de motivação configuravam hipóteses de defloramento da lei. Vale notar que, na Península Itálica, transpondo os confins da jurisdição, a Lei n. 241, de 07.08.1990, em seu art. 3º, estabelece, em regra, que todos os atos e decisões proferidas por órgãos administrativos devem também ser motivados, a fim de que se possa haver como legítimo o exercício concreto do poder público. Discrepâncias jurisprudenciais e doutrinárias surgiram, no procedimento administrativo, pertinentes ao problema da assim chamada motivação sucessiva, *i. e.*, a integração da motivação mediante atos sucessivos²³⁹.

Há, porém, mais. O dever de motivação experimentou formidável força expansiva para abraçar, por exemplo, no campo societário-empresarial, sob o influxo do princípio de transparência, decisões decorrentes de governança corporativa, por parte dos sujeitos exercentes de atividades de controle-direção e de coordenação, no âmbito de grupos de sociedades. O dever de motivar impõe a analítica explicitação das razões e dos interesses incidentes sobre as deliberações ou decisões. De sorte que tais atos, quando destituídos de motivação ou não suficientemente motivados e potencialmente danosos aos interesses da sociedade, submetem-se à impugnação²⁴⁰.

²³⁸ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, op. cit., p. 3.

²³⁹ GIANNINI, Massimo Severo. Motivazione dell'atto amministrativo. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27, op. cit., p. 267: "*Ancor oggi la giurisprudenza non è del tutto lineare; se però si accetti che il provvedimento come tale possa essere integrato da provvedimento successivo (ed è difficile negare che ciò non sia possibile, poiché il principio di autointegrazione vale per tutti gli atti programmatici escluse le sentenze), non si vede come non possa aversi un'integrazione limitata alla motivazione.*"

²⁴⁰ SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Motivazione delle decisioni e governo del gruppo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, n. 6, v. 55, p. 757-783, 2009, esp. p. 768-769.

2.3 Orientação da *Corte Suprema di Cassazione* e o papel da Corte Europeia de Direitos Humanos

A Constituição italiana, em seu art. 111, § 7º, acopla a obrigatoriedade de motivação à previsão de “*ricorso in Cassazione*” contra sentenças e provimentos sobre o valor liberdade pessoal, por violação da lei. Deveras, o controle jurídico de legitimidade não se circunscreve à interpretação de norma de direito material, senão que compreende também enunciados normativos procedimentais e os elementos da motivação, inclusive no que concerne a peculiaridades do juízo de fato (v. g., afirmação de ausência de lógica na apreciação das provas representadas nos autos do processo). Ocioso dizer que, no plano da função deontológica do imperativo de juridicidade, ao dever de motivar subordinam-se, igualmente, as demais decisões jurisdicionais, que não versem matéria de liberdade individual, insuscetíveis de recurso para a *Corte di Cassazione*²⁴¹.

Há um problema real que não pode ser desdenhado pelos estudiosos do processo civil, consistente na formidável quantidade de recursos no juízo civil da Cassação: aproximadamente, 100 mil. Nessa perspectiva, não se afigura correto olhar o preceito constitucional em tela pensando que este garanta o recurso à Cassação, se, ao depois, tal imposição vê-se ofuscada pela incapacidade de a Corte gerenciar seu poder.

No tocante à *Corte Suprema di Cassazione*, confirmam-se, a seguir, os dados estatísticos concernentes aos recursos civis (ordinários e especiais)²⁴²:

²⁴¹ Sobre o recurso para a *Corte di Cassazione*, em sede de impugnação de sentenças, constituir meio extraordinário, vide CALAMANDREI, Piero. Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi per impugnare le sentenze. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 7, op. cit., p. 201-233, esp. p. 221, 224-230. Todavia, prestigiosas vozes doutrinárias sustentam que o recurso para a Cassação é um meio de impugnação ordinário, no sentido de que, embora destituído de efeito suspensivo, sua interposição impede o trânsito em julgado do *decisum*.

²⁴² Informações estatísticas disponíveis em <<http://www.cortedicassazione.it/Statistiche/Civile/statistichecivile.asp>>. Acesso em: 31 jan. 2013. É digno de nota que a movimentação recursal não significa que, no período assinalado, todos os recursos hajam sido apreciados.

Tabela 1 – Dados estatísticos acerca do julgamento de recursos civis pela *Corte Suprema di Cassazione* italiana

Período	Movimento Total	<i>Sezioni Semplici</i>		<i>Sezioni Unite</i>	
		Motivação (art. 360, 1º, n.5) Rejeitados	Motivação (art. 360, 1º, n.5) Acolhidos	Motivação (art. 360, 1º, n. 5) Rejeitados	Motivação (art. 360, 1º, n. 5) Acolhidos
2013 1º semestre	98.077	601	293	7	2
2012 1º semestre	99.487	676	407	9	4
2012 2º semestre	99.792	494	270	8	1
2011 1º semestre	98.543	731	324	6	1
2011 2º semestre	95.593	816	387	9	4
2010 1º semestre	91.425	448	227	14	4
2010 2º semestre	93.776	371	140	9	0
2009	92.191	914	376	25	7
2008	95.213	936	388	21	8
2007	99.414	838	não informado	22	não informado
2006	96.586	1.033	361	8	7
2005	91.056	1.027	510	13	13
2004	89.910	1.249	760	4	5
2003	88.208	1.095	400	5	2
2002	79.414	826	369	10	3
Total	-	12.055	5.212	170	61

No ano de 2002, inclusive, até o 1º semestre de 2013, inclusive (138 meses), a *Corte Suprema di Cassazione* julgou 17.498 recursos versando matéria de motivação da sentença impugnada (art. 360, 1º, n. 5), tendo rejeitado 12.225 (69,86%) e acolhido 5.273 (30,13%).

É uma metáfora de ilusão pensar a garantia constitucional consagrada no art. 111, § 7º, da Constituição italiana, de 1947, vinculada ao exercício tanto do *ius constitutionis* quanto do *ius litigatoris*, se se impede, na Corte, por sua situação gravíssima e deteriorada, com aproximadamente 100 mil recursos, no ano de 2013, o alcance de resultados úteis em um e noutro sentido²⁴³.

Semelhante controle jurídico de legitimidade pressupõe que a decisão judicial tenha sido, em regra, motivada. Daí emerge o perfil institucional da motivação referenciada à totalidade de decisões proferidas em todos os procedimentos através dos quais a função jurisdicional é concretamente desempenhada. Com efeito, o efetivo respeito à juridicidade

²⁴³ PISANI, Andrea Proto. Novità nel giudizio civile di cassazione. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 128, n. 12, p. 252-255, dic. 2005, esp. p. 252.

somente pode ser aferido mediante a leitura das razões ministradas na motivação do *decisum* e, conteudisticamente, tanto no juízo de fato (v. g., art. 360, 1º, n. 5, c.p.c. de 1940), quanto no de direito (v. g., art. 360, 1º, n. 3).

Adstringir a motivação ao juízo de direito (fruto da concepção do direito como uma prescrição normativa) é deprimi-la como fator de racionalidade dos argumentos justificativos do juiz. Ademais, erro no accertamento dos fatos acarreta automaticamente equívoco no juízo de direito, posto configurarem duas indissociáveis faces de uma mesma medalha. De modo que, feita abstração da acesa controvérsia sobre a possibilidade teórico-prática de um controle puramente lógico sobre a motivação, o controle lógico *a posteriori* sobre a racionalidade da justificação do juízo de fato, quer pela ilogicidade dos enunciados aceitos no *decisum*, quer pela deficiência na apreciação da prova, implica inexoravelmente erro no juízo de direito, como quando da escolha da regra jurídica aplicável ou de sua interpretação.

A não ser assim, exegese que circunscrevesse o dever de motivar exclusivamente ao juízo de direito (fosse possível separá-lo inteiramente do juízo de fato, o que não é) feriria de morte as virtudes garantísticas do art. 111, 1º (atual § 6º). Tal impositivação mais restritiva do dever de motivar não se compraz com o Estado Constitucional Democrático de Direito, à vista do exercício da assim chamada função nomofilática da *Corte di Cassazione*, que consiste na enunciação de uma prescrição jurídica ou de um princípio de direito²⁴⁴ (v. g., caso de primeira violação de determinada lei, sem que se tenha contemporaneamente uma ameaça à uniformidade da jurisprudência)²⁴⁵. Tal servirá de bússola aos juízes de mérito, a par de direcionar-se à formação de um direito objetivo “nacional”, impondo naturalmente que, como requisito de legitimidade, suas próprias decisões também se acomodem, como valor constitucional, à exigência de motivação obrigatória e pública, com especial dificuldade para a hipótese de insuficiência/suficiência da motivação da sentença impugnada²⁴⁶, nos juízos de fato e de direito. O discurso é mais delicado quando se tem em linha de consideração a

²⁴⁴ Art. 384 § 1º: “*Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito. La Corte enuncia il principio di diritto quando decide il ricorso proposto a norma dell’articolo 360, primo comma, n. 3), e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza.*”

²⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. La combinazione dello scopo di nomofilachia collo scopo di unificazione giurisprudenziale. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 91-106, esp. p. 97: “*In simili ipotesi non c’è dissidio di interpretazioni giurisprudenziali; ma c’è senza dubbio da parte dei giudici una infrazione del dovere che essi hanno di applicare il diritto vigente, contro la quale il controllo giuridico dell’organo di Cassazione deve indubbiamente intervenire.*”

²⁴⁶ BILE, Franco. Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 110, n. 4, Parte Quinta: Monografie e varietà, p. 223-228, 1987, esp. p. 225.

motivação, pela Cassação, de sentenças nas hipóteses de impugnação da sentença com base no art. 360, 1º, n. 5, sendo certo que também os casos de rejeição de recursos manifestamente infundados deverão ser adequadamente justificados, pois a motivação é garantia olímpica que deve ser respeitada pela Corte (tanto mais que, em regra, suas decisões não desafiam recurso algum)²⁴⁷. Nessa perspectiva, sob o influxo da manifestação publicista do processo civil de hodierno e em sua finalidade objetiva, há dois interesses públicos diversos (mas congregados): observância da correta aplicação da lei e uniformidade da jurisprudência, tendente à combinação do escopo nomofilático com o de evitar-se a dispersão jurisprudencial, mediante interpretação jurisprudencial unívoca e oficial, mediante a escolha e a prevalência daquela que corresponda ao verdadeiro significado abstrato do substrato normativo. Daí exsurge, na prática do direito, conquanto, em regra, sem eficácia vinculante²⁴⁸, o jaez uniformizador da Corte de Cassação italiana.

No mosaico de cortes supremas, emerge uma linha de tendência comum que desliza da função tradicional de tutela da juridicidade (nomofilática), no sentido reativo de controle jurídico de legitimidade da decisão acerca de casos concretos, para a função proativa de desenvolvimento da juridicidade em sentido dinâmico direcionado ao futuro, *i. e.*, participação ativa no movimento de evolução do direito. Através da gestão efetiva do precedente judicial, máxime quando houver um substancialmente contrastante, segundo critérios de importância geral das questões de direito que são geradas com as impugnações, a Corte suprema pode realizar a finalidade de uma racional uniformização da jurisprudência futura²⁴⁹. A ampliação de ponderação da decisão tem como consequência direta a

²⁴⁷ Em sentido contrário, contentando-se com a singela afirmação de improcedência do recurso, sob o argumento de que a motivação que atua como efetivo elo de ligação entre poderjurisdicional e controle da opinião pública é a motivação da sentença impugnada, não a motivação do pronunciamento da *Corte di Cassazione*, vide PISANI, Andrea Proto. Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 111, Parte Quinta: Monografie e varietà, p. 26-35, 1988, esp. p. 33.

²⁴⁸ Amostra expressiva de efeito vinculante hospeda-se no art. 393 do c.p.c. italiano: “*Estinzione del processo. Se la riassunzione non avviene entro il termine di cui all’articolo precedente, o si avvera successivamente ad essa una causa di estinzione del giudizio di rinvio, l’intero processo si estingue; ma la sentenza della Corte di cassazione conserva il suo effetto vincolante anche nel nuovo processo che sia instaurato con la riproposizione della domanda.*”

²⁴⁹ TARUFFO, Michele. Le funzione delle corti supreme. Cenni generali. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 341-360, esp. p. 359-360: “*In questa prospettiva la Corte di Cassazione italiana continua ad apparire, anche dopo le riforme recenti e forse ancor più in ragione di queste riforme, come una sorta di ornitorinco o di ibrido dotato di molte facce fra loro poco coerenti. Da un lato, ed anche in conseguenza dell’art. 111 comma 7 della Costituzione, la Corte continua a svolgere la funzione di controllo della legalità della decisione, e – più specificamente – della decisione di ogni questione di diritto avendo di mira soprattutto la tutela reattiva dello jus litigatoris.*”

potencialização de sua autoridade. À luz da propalada função nomofilática da Cassação, o controle da motivação tem como alvo a coerência lógico-sistemática e formalista da decisão no confronto do sistema normativo e não a demonstração (que em outro contexto raiaria pela fundamentalidade) de justiça formal e substancial da decisão. Nessa particular perspectiva, avulta a motivação de direito e triunfa o esmagamento da motivação no juízo de fato, no sentido de ser, por exemplo, de somenos importância o acerto racional e correto dos fatos. Não por acaso, por infiltrações culturais e ideológicas, a Corte inclina-se a não sindicá-la e censurar *in concreto* a motivação de fato²⁵⁰.

O *Codice di procedura civile* italiano, de 1940, na formulação original de seu art. 360, 1º, n. 5, dispunha: “*Sentenze impugnabili e motivi di ricorso. - Le sentenze pronunciate in grado d’appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 5) per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti*”. Uma década após, a regra do n. 5 foi substancialmente alterada: “*5) per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio.*”

Ponha-se em alto relevo que, ao modificar radicalmente a fórmula do n. 5, do 1º, do art. 360, o legislador reformista de 1950 configurou, pela primeira vez, expressamente, o vício de motivação como hipótese de impugnação da sentença e de seu controle em sede de Cassação, embora com fórmula que pretendia ser restritiva e especificada, mas que se mostrou, na realidade, elástica e ambígua²⁵¹. Fomentou, por suas potencialidades expansivas, máxime em relação à flexibilidade do conceito de ponto decisivo (ao invés de fato decisivo da redação original), a interpretação ampliadora dos poderes da Cassação sobre a controlabilidade da congruência do juízo de fato, através da sindicabilidade da motivação. Essa hipótese alcançaria os vícios de motivação no juízo de direito e não apenas as patologias da motivação

Dall’altro lato, la riforma del 2009 ha introdotto filtri la cui funzione sembra essere semplicemente quella di ridurre il carico di lavoro della Corte adottando come criterio fondamentale la conformità della sentenza impugnata alla preesistente giurisprudenza della Corte ma attribuendo ad essa un certo potere discrezionale di governo dei propri precedenti. Inoltre, la riforma dell’art. 384 introdotta nel 1990 aveva modificato in maniera significativa il carattere della Cassazione come giudizio della sola legittimità, prevenendo una possibilità di decisione immediata sul merito che ha finito con l’avvicinarla al “modello a revisione” allontanandola dal tradizionale “modello a cassazione”, pur mantenendo in parte i caratteri tipici di questo secondo modello. Siamo dunque di fronte ad un esempio di corte suprema in cui caratteri principali sono ancora incerti e per molti aspetti contraddittori.”

²⁵⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 594: “*Il frutto che discende dal combinarsi di questi elementi, tra loro complementari, è ampiamente noto: si tratta delle motivazioni logico-sistematiche e formalistiche, ispirate all’idolatria della questione di diritto che dominano il nostro stile giudiziario, e di cui proprio le sentenze della Corte di Cassazione sono il paradigma più significativo.*”

²⁵¹ *Ibidem*, p. 485.

no juízo de fato (v. g., falta de justificação do accertamento da verdade de um fato principal ou jurídico). Na realidade, a motivação no juízo de direito toca, além da escolha da norma e de sua interpretação, à construção do caso particular em relação à mesma, à qualificação jurídica dos fatos²⁵², bem como ao acoplamento dos fatos à norma. Nessa perspectiva, no esforço de demarcação dos limites do art. 360, 1º, n. 5, não parece correto pensar que as inovações introduzidas pelo legislador de 1950 tenham natureza meramente formal, na direção da equiparação do conceito de ponto decisivo àquele de fato decisivo. Porque assim é, para fins de consideração das hipóteses de caracterização dos vícios de motivação, o ponto não pode se confinar ao fato decisivo, até porque, mais amplamente, o ponto pode concernir tanto ao direito quanto ao fato²⁵³. Na conformação do ponto de direito decisivo, por exemplo, no confronto entre duas qualificações jurídicas dos fatos, com a produção de efeitos diversos, há de ser levada em conta sua aptidão para, se fosse decidido de forma diversa, transportar a uma solução diferente da controvérsia²⁵⁴.

Dogmaticamente, a motivação viciada não exhibe idoneidade para desenvolver, no ordenamento jurídico-constitucional, suas funções típicas: endoprocessual (técnico-instrumental), extraprocessual (político-garantística) e de garantia do garantismo. A censurabilidade do vício de motivação não decorre apenas de sua função endoprocessual, senão também de que a sindicância confiada à Corte di Cassazione conecte-se à dimensão de controlabilidade extraprocessual, democrática e difusa, derivante da garantia específica do art. 111, § 6º, da Constituição italiana²⁵⁵.

O dispositivo insculpido no art. 360, 1º, n. 5, referindo-se à omissa, insuficiente ou contraditória motivação da sentença, exprimiu uma fórmula a ser expressa através de

²⁵² Cass., Sent. n. 3094, de 3.3.2001 (vide também, Sent. n. 11010, de 19.8.2000).

²⁵³ Entretanto, no sentido de que o ponto decisivo da controvérsia se refere apenas ao accertamento dos pontos de fato que hajam assumido relevância para a decisão e não aqueles pertinentes à afirmação e à aplicação de princípios jurídicos, vide Cass., Sent. n. 1.430, de 20.02.1999. Na rota de que, por incidir sobre elementos determinantes à individuação da disciplina jurídica da “*fattispecie*”, a noção de ponto decisivo da controvérsia substancialmente coincide com aquela de fato constitutivo, modificativo ou extintivo da pretensão deduzida em juízo, vide Cass., Sent. n. 3161, de 5.3.2002.

²⁵⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 531-532: “*Quanto a ciò che può costituire “punto” decisivo, si tratta anzitutto della scelta della norma applicabile e della sua interpretazione/applicazione, della qualificazione giuridica della fattispecie e della determinazione degli effetti giuridici che ne discendono: al riguardo, trattandosi di elementi assorbiti nel principio iura novit curia, ha scarsa rilevanza l’elemento costituito dalla prospettazione ad opera delle parti. Inoltre, costituiscono punti decisivi tutte le questioni pregiudiziali, poiché in esse l’idoneità, se diversamente risolte, a produrre una diversa decisione finale, è presente per definizione; al riguardo, l’art. 360 n. 5 chiarisce che può trattarsi sia delle questioni sollevate dalle parti, sia delle questioni rilevabili d’ufficio.*”

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 473.

interpretação, para além de sua literalidade, dos três diferentes atributos nela contidos, atribuindo-se a cada qual um exato significado. É dizer: não apenas consagrou a geral sindicabilidade, pela *Corte di Cassazione*, do erro lógico do juiz para alcançar a formulação de sua decisão. Um exemplo é oportuno: a omissa motivação, referida na norma, não pode ser pensada apenas em ausência material de motivação, porquanto, se assim fosse, o vício gravitaria na órbita do n. 4 (“*per nullità della sentenza o del procedimento*”) do 1º do art. 360 do c.p.c. italiano, por vulneração da norma inserta no art. 132, § 2º, n. 4, do mesmo diploma legal²⁵⁶. Acresce, noutro exemplo, que a omissão da motivação pode exibir cunho formal, como pecar pela generalidade, desdenhando dos elementos específicos que deveriam lastrear soluções concretas. É a presença formal de motivação e uma ausência substancial de motivos específicos, reais e corretos de justificação, relacionados com as peculiaridades do caso particular e aos efetivos critérios de escolha ou de valoração do juiz.

É o reino da pseudomotivação ou da motivação fictícia, não concreta, consistente em defeitos absolutos suscetíveis de aferição à luz das singularidades de cada caso concreto: omissão substancial dos motivos (v. g., falta de exame e de valoração crítica e específica dos resultados das provas²⁵⁷; mera remissão a precedente judicial²⁵⁸, que não foi objeto de exame

²⁵⁶ RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 2, p. 571-601, 2009, esp. p. 584-585.

²⁵⁷ Corte Constitucional italiana, *Sentenza 49/1999 - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Presidente GRANATA. Udienza Pubblica del 10/03/1998 Decisione del 24/02/1999. Deposito del 04/03/1999. Pubblicazione in G. U. 10/03/1999: “L'altra questione di legittimità costituzionale investe esclusivamente l'art. 145, comma 6, del decreto legislativo n. 385 del 1993, che non consentirebbe di impugnare con ricorso per cassazione, con la stessa ampiezza prevista per la insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza (art. 360, numero 5, cod. proc. civ.), il decreto della Corte d'appello di Roma che decide il reclamo contro il provvedimento con il quale il Ministro del tesoro ha applicato la sanzione amministrativa.(...) La questione di legittimità costituzionale è stata proposta dalla Corte di cassazione sulla base del suo più recente orientamento interpretativo, che esclude l'equiparazione assoluta tra il ricorso per cassazione disciplinato dalle regole del processo civile, e il ricorso che, in diretta applicazione dell'art. 111 della Costituzione, deve essere sempre ammesso, in caso di violazione di legge, contro ogni provvedimento giurisdizionale che, indipendentemente dalla sua forma, abbia un contenuto decisivo assimilabile alla sentenza. Nel primo caso il ricorso per cassazione che denuncia il vizio logico della sentenza impugnata offrirebbe alle parti uno strumento di tutela che va oltre la garanzia minima assicurata dalla Costituzione, consentendo il confronto del contenuto della motivazione con le risultanze del processo. Nel caso, invece, del ricorso per cassazione direttamente collegato all'art. 111 della Costituzione, che non recepisce né costituzionalizza la disciplina del ricorso per cassazione dettata per il processo civile, potrebbe essere denunciato il vizio della motivazione nei limiti in cui questa è dovuta per ogni provvedimento giurisdizionale. In ogni caso la motivazione non deve essere solo apparente ed il supporto argomentativo che con essa si esprime va valutato in base al testo del provvedimento impugnato, senza che il controllo comprenda il sindacato sul valore e sulla ponderazione, operata dal giudice di merito, degli elementi di fatto prospettati dalle parti o rilevabili d'ufficio.”*

²⁵⁸ Não cumpre o dever de motivação o juiz que se limite a mencionar princípios jurisprudenciais alegadamente adquiridos, sem, contudo, formular alguma específica avaliação dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Nessa linha, Cass., Sent. n. 11710, de 27.5.2011 (rv. 618226).

e discussão; simples referência a um princípio geral de direito não indicado adremente e, por isso mesmo, não debatido). Na hipótese de motivação aparente, o juiz, embora indique, no conteúdo da sentença, os elementos dos quais ordenou a própria convicção, não procede ao respectivo exame lógico-jurídico, minucioso e específico, de molde a confluir para insuficiente e inadequada justificação²⁵⁹. Em casos tais de motivação ecumênica, exprimida mediante estereotipada repetição de frases extraídas de anteriores sentenças pronunciadas em casos análogos²⁶⁰, em termos imprecisos, vagos e abrangentes, desviantes de uma ideologia democrática de jurisdição e da função garantística da motivação, a *ratio decidendi* carece, na realidade, de explicitação. A motivação deve resultar aderente à concretude do caso decidido, com as oportunas e específicas referências aos elementos de fato que o caracterizam. Todavia, na motivação ecumênica, não são exteriorizadas as razões que justifiquem, singularizadamente, a solução adotada para o caso concreto, *i. e.*, há mera aparência de motivação, por externar argumentação desnuda de idoneidade a revelar a *ratio decidendi*²⁶¹. É discurso justificativo que não justifica coisa alguma (uma incrível não motivação), frustrando a controlabilidade da correção e da validade lógico-jurídica de semelhante justificação. Não se pode compactuar, por exemplo, com pseudomotivações em geral e com motivações fictícias em especial. A não ser assim, estar-se-ão placitando, com a nota de legitimidade, motivações sumárias, genéricas²⁶² e puramente formais, a par de chancelarem-se hipóteses de não motivação no plano substancial²⁶³.

²⁵⁹ Cass., Sent. n. 16762, de 21.7.2006.

²⁶⁰ Cass., Sent. n. 3032, de 29.3.1999.

²⁶¹ Cass., Sent. n. 161, de 8.1.2009.

²⁶² Corte Constitucional italiana, Sentenza 236/2011 - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Presidente QUARANTA - Redattore LATTANZI. Camera di Consiglio del 22/06/2011. Decisione del 19/07/2011. Deposito del 22/07/2011. Pubblicazione in G. U. 27/07/2011: "L'Avvocatura generale dello Stato ha eccepito l'inammissibilità della questione sollevata dalla Corte di appello di Bari, sulla base di un duplice rilievo: perché il giudice rimettente avrebbe omesso di descrivere la fattispecie sottoposta alla sua cognizione e perché non avrebbe motivato sulla non manifesta infondatezza, limitandosi a un mero richiamo all'ordinanza con cui la Corte di cassazione aveva sollevato un'analogha questione di legittimità costituzionale. (...) In secondo luogo, il giudice a quo non motiva sulle ragioni dell'asserita violazione del parametro evocato, limitandosi a richiamare, in termini puramente generici e apodittici, l'ordinanza con cui la Corte di cassazione ha sollevato un'analogha questione di legittimità costituzionale, senza indicare le ragioni per le quali ritiene di dover condividere le argomentazioni poste a fondamento della decisione richiamata. Secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, la carente motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione non può essere colmata dal rinvio al contenuto di altre ordinanze di rimessione, dello stesso o di diverso giudice, dovendo il rimettente rendere esplicite le ragioni per le quali ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione sollevata, mediante una motivazione autonoma e autosufficiente (ex multis: sentenze n. 103 del 2007 e n. 266 del 2006; ordinanze n. 321 del 2010 e n. 75 del 2007)."

²⁶³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 572.

Aceitar como válida e suficiente a motivação exclusivamente formal é massacrar a possibilidade de escrutínio democrático, difuso e completo, no contexto de sua função garantística, sobre o fundamento concreto e específico da decisão. Há, porém, mais. É inviabilizar que a motivação cumpra seu papel instrumental de *garantia do garantismo*, *i. e.*, de consentir, em cada caso concreto, a verificação da efetiva observância das demais garantias fundamentais do processo (*v. g.*, o contraditório, como direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, portanto, em alguma medida, no conteúdo de sua decisão). Tanto o direito fundamental de ação quanto o de defesa somente podem ser plenamente satisfeitos através de uma motivação completa e cônica, ou seja, um juízo motivado que guarde cabal pertinência temática com os dados fáctico-jurídicos da lide particular. É inadmissível que, no terreno axiológico, se desconsidere a perscrutação dos valores que plasmaram os critérios de escolha do juiz, esfacelando, pois, o controle extraprocessual, de cunho político, democrático e difuso, sobre a concreta administração da justiça.

Nessa ordem de ideias, não se pode também coonestar com a concepção da motivação implícita, a qual, em resumo, dispensa expressa justificação articulada em relação à exclusão de provas ou de seus resultados, como quando conectadas à hipótese de decisão derrotada, *i. e.*, que se contrapõe àquela expressamente sufragada pelo juiz²⁶⁴. Tal posição doutrinária e jurisprudencial, como exemplo de bom combate, merece hercúlea refutação. A ser diferente, estar-se-á legitimando a falta de adequada motivação no juízo de fato, com o conseqüente aleviamento de suas funções endo, extraprocessual e de garantia do garantismo. A flacidez do controle sobre a pseudomotivação, a motivação fictícia, a incongruidade, os vícios lógicos da motivação, o fenômeno da motivação *per relationem* (formulada em termos de mera adesão)²⁶⁵, a incompletude de motivos no discurso justificativo judicial²⁶⁶ também iludem,

²⁶⁴ Em sentido contrário, vide Cass., Sent. n. 13359, de 1.12.1999 (conf. Sent. n. 13342, de 29.11.1999).

²⁶⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 4. p. 102: “Em certo sentido, justifica-se a doutrina, por isso que a simples referência feita a uma outra decisão proferida, em causa idêntica, não vale por uma motivação, tal como a quer a lei. (...) O que nos parece certo, todavia, é que o juiz, embora invocando a jurisprudência, não pode eximir-se de aplicá-la à espécie em julgamento, mostrando a semelhança das hipóteses e as razões pelas quais a jurisprudência invocada deve ser mantida no caso em julgamento. Porque só assim, evidentemente, fica satisfeita a exigência da lei, quanto à necessidade da fundamentação da sentença. O que não se pode tolerar, de forma alguma, é que o juiz, tendo dois casos idênticos a julgar, fundamentasse uma sentença e na outra adotasse simplesmente os fundamentos da primeira, sem nada acrescentar.”

²⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 576: “Vi è dunque, in sostanza, una doppia sfasatura tra il ruolo che la Cassazione svolge in concreto in sede di sindacato sulla motivazione, e il ruolo che essa dovrebbe svolgere in funzione della sanzione finale sull’obbligo di motivazione: per un verso,

por exemplo, o papel interpretativo e integrativo da motivação em relação ao dispositivo do *decisum*, em seu escopo prescritivo, no mister de definir-lhe corretamente significado e alcance²⁶⁷.

É bem de ver que o preceito sancionava, por exemplo, a omissão do juiz em examinar uma circunstância adquirida e determinante para o juízo²⁶⁸. Contudo, reafirme-se, excepciona a total falta de motivação, cuja hipótese constitui violação da norma processual (v. g., art. 132, § 2º, n. 4) que impõe ao órgão julgador o dever de motivar suas decisões. Tal problema escorrega para o n. 4 (“*per nullità della sentenza o del procedimento*”) ou até mesmo poderia subsumir-se à hipótese impugnativa do art. 360, 1º, n. 3 (“*per violazione o falsa applicazione di norme di diritto*”).

Trata-se, naturalmente, de um ponto de fato (relevante), devidamente provado nos autos do processo. Com efeito, se fosse ponto de direito ocorreria uma de duas: (i) o juízo de mérito não teria aplicado as normas, incidindo, então, a hipótese na censura do art. 360, 1º, n. 3; ou (ii) haveria aplicação correta das normas e o eventual vício lógico conduziria tão somente à correção da motivação.

Sob outro prisma, a contraditoriedade da motivação pode ser reconhecida pela Cassação: (i) na relação de causalidade entre o ponto fático decisivo, provado e menoscabado,

è insufficiente e poco rigoroso il controllo sulla completezza, congruenza e logicità della motivazione come espressione in forma giustificativa dei fondamenti razionali della decisione; per un altro verso, è discutibile la natura reale del controllo che la Cassazione di fatto esercita, nella misura in cui è fondato il sospetto che la ambiguità, presenti nelle prese di posizione della giurisprudenza, servano a coprire la trasformazione, di quello che dovrebbe essere il sindacato sulla motivazione, in riesame nel merito del giudizio.”

²⁶⁷ Cass., Sent. n. 8894, de 2.7.2001 (conf. Sent. n. 12802, de 29.5.2006; Sent. n. 10409, de 18.7.2002): “*La portata di una pronuncia giurisdizionale va individuata tenendo conto non soltanto delle statuizioni finali contenute nella parte dispositiva, ma anche delle enunciazioni riportate nella motivazione, la quale, nelle decisioni di accertamento e di condanna, incide sul momento precettivo della pronuncia tanto da considerarsi integrativa del dispositivo stesso, supplendo, eventualmente, alle lacune di questo in quanto rivelatrice dell’effettiva volontà del giudice.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 525.

²⁶⁸ Há posição doutrinária discrepante daquela que enxerga no fenômeno da motivação um entroncamento do raciocínio do juiz em raciocínio decisório (contexto de deliberação) e raciocínio justificativo (contexto de justificação) e que, por isso mesmo, em relação à lógica do juízo, não enxerga correspondência entre a estrutura da motivação e a do procedimento lógico-psicológico mediante o qual o juiz alcança sua decisão. Nessa linha, vide, embora mais rente com a orientação jurisprudencial da *Corte di Cassazione*, MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**: Il processo di cognizione. Tredecima edizione. Torino: Giappichelli, 2000, v. 2. p. 453-454: “*Tuttavia esso, nella sua essenza propria, si esaurisce in una censura dell’iter logico che ha condotto al giudizio di merito, e perciò in una censura dell’attività del giudice. Si tratta di un errore di attività logica (o c. d. vizio logico), e perciò, mentre da un lato è errore di attività, dall’altro lato presuppone un vizio, ciò che impedisce, o dovrebbe impedire, il riesame del giudizio sul fatto, se non sotto il profilo dell’errore logico. L’omissione, l’insufficienza o la contraddittorietà della motivazione deve investire – come abbiamo già notato – un punto decisivo della controversia (poiché altrimenti non avrebbe conseguenze dirette sul giudizio, come nel caso in cui questo si fondi su altri elementi autonomamente sufficienti), mentre, d’altro canto, il principio della disponibilità dell’oggetto del processo vuole che esso riguardi un punto che sia già stato prospettato dalle parti, oppure sia rilevabile d’ufficio.*”

e a sentença impugnada²⁶⁹; (ii) ou ainda no contraste entre motivação e dispositivo do *decisum*²⁷⁰; (iii) total ou parcial obliteração de elementos deduzíveis de um documento idôneo a fornecer prova²⁷¹, havendo entre a documentação não examinada e a solução adotada pela sentença impugnada uma relação de causalidade lógico-jurídica²⁷²; (iv) confronto da sentença impugnada com um resultado probatório, a fim de considerar-se um fato probatório diverso em relação àqueles alocados pelo juízo de mérito como fundamento de sua decisão²⁷³; (v) falta de um nexo de coerência entre as várias razões das quais se compõe a motivação ou atribuição, em qualquer um dos itens surgidos no curso da causa, de um significado fora do senso comum²⁷⁴. A Corte tem entendido que o vício subsiste somente se o erro lógico for encontrado no raciocínio do juiz expresso na sentença, não podendo consistir em uma mera censura de avaliação dos fatos. O vício deve ser de tal magnitude que, uma vez corrigido, transporte, por si só, a uma decisão diversa ou - o que é o mesmo - ausente o erro a decisão teria sido idoneamente diferente²⁷⁵.

A omissão, também e sobretudo, se configura quando faltar substancialmente motivação, como no caso envolvendo prova não expressamente examinada e estimada. É dizer: o juiz, mesmo havendo elaborado seu discurso justificativo, não exterioriza razões idôneas tendentes a esculpir efetiva justificação. É, por assim dizê-lo, uma espécie de fogo que não queima. Nos casos de insuficiência (v. g., vícios do arcabouço lógico do raciocínio do juiz e *ratio decidendi* desprovida de sentido racional), incompletude e obscuridade, a motivação existe, ainda que seja inadequada.

As interpretações doutrinárias e jurisprudenciais do dispositivo do art. 360, 1º, n. 5, em sua dicção original e nas formulações legislativas ulteriores, oscilaram desde uma hipótese restrita de *error in procedendo* até a posição oposta de *error in iudicando*. De um lado, limitava-se o poder da *Corte di Cassazione* somente à hipótese de omissão de um fato decisivo para o julgamento da causa, que houvesse sido submetido ao crivo do contraditório entre as partes. A interpretação se confinava à locução do legislador, de modo que a hipótese

²⁶⁹ Cass., Sent. n. 287, de 13.1.1999 (conf. Sent. n. 15797, de 14.12.2000).

²⁷⁰ Cass., Sent. n. 6787, de 24.5.2000 (conf. Sent. n. 1605, de 14.2.2000).

²⁷¹ Cass., Sent. n. 303, de 11.1.2001.

²⁷² Cass., Sent. n. 4009, de 20.3.2001 (conf. Sent. n. 12580, de 12.11.1999).

²⁷³ Cass., Sent. n. 14.953, de 18.11.2000 (conf. Sent. n. 13984, de 24.10.2000).

²⁷⁴ Cass., Sent. n. 3547, de 15.4.1994 (conf. Sent. n.357, de 16.1.1991; Sent. n. 3113, de 10.5.1986).

²⁷⁵ Cass., Sent. n. 914, de 2.2.1996 (conf. Sent. n. 7000, de 24.6.1993).

era tida como erro de atividade. De outro, principalmente a partir da reforma de 1950, passou-se a considerar, à semelhança do sistema do c.p.c. italiano de 1865, em visão ampliativa, a hipótese configuradora de erro de juízo (de julgamento), como peculiar modalidade de falsa aplicação da lei. Nessa linha interpretativa, a cognição da Corte sobre os fatos era mais intensa e profunda, a ensejar plena revisão também sobre o juízo de fato.

Seja como for, dentro de determinada concepção doutrinário-jurisprudencial da natureza e função da motivação, mesmo em sua interpretação mais abrangente, a hipótese indicada no n. 5, do 1º, do art. 360, qual, por exemplo, a motivação deficiente ou com vícios intrínsecos de conteúdo, conservou sua feição de *error in procedendo*²⁷⁶: a Corte pode sindicá-lo e controlar a junção da legitimidade do raciocínio probatório e a justificação no juízo de fato sobre a decisão de mérito. É dizer: o controle de legitimidade da lógica do juiz para formar o próprio juízo sobre os fatos da causa. Contudo, não pode autonomamente sindicá-lo sobre o resultado do exame e da valoração daquele juízo, pois ao juiz de mérito é reservada a valoração dos fatos²⁷⁷.

No quadrante dos *errores in procedendo*, irrompem múltiplos defeitos da sentença, dos quais podem derivar riscos à manutenção da exata interpretação jurisprudencial, como, por exemplo, os incrustados na constituição da relação jurídico-processual e também todos aqueles de violação de norma processual. Deveras, a uniforme interpretação do direito processual é indispensável da mesma maneira que a uniforme interpretação do direito

²⁷⁶ REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. Ristampa della seconda edizione. Milano: Giuffrè. 1957, v. 2. p. 445-446: “*Ne risultano denunciabili inoltre (ed è questo l’aspetto più controverso) la insufficienza o la contraddittorietà della motivazione, là dove dovrebbe dimostrare la attendibilità dei fatti posti a base della decisione, la ragione del classificarli o non classificarli in un certo modo e del desumerne certe conseguenze. Nel qual caso il vizio può annidarsi soltanto nella “stesura” discorsiva senza che si sappia se effettivamente vi sottostà un vizio od errore di cognizione o di deliberazione. In altre parole: ciò che si può denunciare sotto questo ultimo profilo non è d’aver sbagliato (per commissione o per omissione) nel decidere, ma è di aver lasciato o di lasciare in chi legge il testo della sentenza qualche incognita insoluta circa il “perchè”. Naturalmente resta sempre escluso che la corte suprema anche per questa via indiretta possa arrivare a dire che un certo fatto è vero o non è vero (è o non è provato) e che per questa ragione si sarebbero dovute accogliere o respingere certe conclusioni, il che praticamente la trasformerebbe in un giudice di merito.*”

²⁷⁷ LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. Tredicesima edizione. Milano: Giuffrè, 1999. p. 252: “*Il giudice in linea di massima non è vincolato nella esplicazione dell’attività logica necessaria per giungere all’accertamento dei fatti e alla decisione (tranne nei casi in cui la legge stabilisce particolari regole per la valutazione delle prove); tuttavia egli deve pur sempre pervenire attraverso un ragionamento alla ricostruzione, in base alle risultanze probatorie, dell’episodio o della situazione di fatto che forma oggetto della controversia. Ora, la cassazione deve appunto controllare se il ragionamento del giudice, espresso nella motivazione, sia sufficiente e idoneo, secondo le regole della logica, a giustificare le conclusioni contenute nel dispositivo, ma non può anche esaminare se il giudice di merito abbia giustamente valutato il risultato delle prove, non può sindacare nel suo contenuto intrinseco il giudizio di fatto, indagando se vi sia stato travisamento dei fatti. E però è ancora esatto definire il motivo qui contemplato come un vizio di attività che incide sull’attività logica del giudice.*”

substantial para que se possa concretamente assegurar o valor igualdade de todos perante a lei²⁷⁸. Porém, não é qualquer descumprimento de preceito processual que tem o condão de abrir as portas à Cassação, senão que constituem hipótese de impugnação da sentença em sede de cassação somente aqueles *errores in procedendo* que a lei singularmente determina, haja vista sua implicação gravosa sobre o profícuo desenvolvimento do processo²⁷⁹. A vulneração de preceito processual (v. g., art. 132, § 2º, n. 4), a configurar hipótese de cassação traduzida em *error in procedendo*, pode ocorrer no curso da fase decisória do procedimento, especificamente na atividade do órgão julgador de conferir forma de ato escrito ao conteúdo da decisão, representado pela omissão total de indicação de motivos²⁸⁰. Com efeito, o controle de legitimidade da *Corte di Cassazione*, à luz do ordenamento constitucional italiano, tem como objeto também o respeito ao dever de motivação por parte do juiz de mérito, nos termos do art. 132, § 2º, n. 4, como requisito de forma e elemento de conteúdo da sentença²⁸¹.

Nada obstante, já agora no terreno dos *errores in iudicando*, são concebíveis variegados defeitos na sentença, ocorridos na resolução da questão de direito (erro de juízo *in iure*), suscetíveis de comprometer a exata interpretação de qualquer norma jurídica, substancial ou processual. O vício de juízo, em sua origem, pode aflorar de um vício de atividade lógica do juiz em qualquer fase, por exemplo, do silogismo jurídico (na premissa maior, na premissa menor ou na conclusão), seja em sede de silogismos concatenados (instrumentais) ou naqueloutro final. A premissa maior do esquema silogístico pode hospedar, por exemplo, erros sobre (i) a existência ou validade no tempo ou no espaço de uma determinada norma jurídica, de direito escrito nacional, de direito estrangeiro ou consuetudinário; (ii) o conteúdo ou significado de um preceito jurídico, valendo notar que a

²⁷⁸ PISANI, Andrea Proto. Controlli sull'esercizio della giurisdizione e ricorso per cassazione. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 110, n. 4, p. 234-238, apr. 1987, esp. p. 236.

²⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. Il ricorso in cassazione per vizi di attività (*errores in procedendo*). In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 7, op. cit., p. 235-264, esp. p. 238: "(...) *nel caso di error in procedendo la impugnativa non è data per la semplice non coincidenza della condotta del giudice colla condotta che la legge gli prescriveva, ma per la eccezionale gravità delle conseguenze che questa irregolarità porta, in casi tassativamente determinati, sulla costituzione o sull'andamento del processo. La profonda differenza del criterio seguito dalla nostra legge nei due casi è evidente: nel ricorso dato per error in iudicando si mira a difendere la esatta interpretazione di qualunque norma giuridica; nel ricorso dato per error in procedendo si mira non ad assicurare la esecuzione di qualunque precepto processuale, poiché la maggior parte delle ineselezioni di questi precetti non danno luogo a cassazione, ma a garantire il proficuo svolgimento del processo; da questa sostanziale diversità di concetto resta, dunque, dimostrata la opportunità di mantenere la distinzione dei motivi di ricorso in vizi di attività e in vizi di giudizio.*"

²⁸⁰ CALAMANDREI, Piero. Il ricorso in cassazione per vizi di attività (*errores in procedendo*), op. cit., p. 239, 243, 245.

²⁸¹ PISANI, Andrea Proto. Su alcuni problemi organizzativi della Corte di Cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione, op. cit., p. 32.

errônea interpretação da lei (na acepção ampla de norma jurídica), com consequências erráticas em sua aplicação ao caso particular, configura, em substância, o motivo primordial de cassação por *error in iudicando* (art. 360, 1º, n. 3: “*per violazione o falsa applicazione di norme di diritto...*”).

Ainda no lago dos *errores in iudicando*, os vícios de juízo incrustados na premissa maior do arcabouço silogístico podem, na resolução de uma questão de fato: (i) concernir a um fato notório; (ii) relacionar-se a um fato objeto dos meios de prova; (iii) tocar ao sistema da prova legal; (iv) pertindir ao terreno da livre valoração do material probatório. Assim também, o vício de juízo pode ocorrer (i) na aplicação de uma máxima de experiência pertinentemente à resolução de questões de direito e de fato; e (ii) no raciocínio judicial²⁸².

Por seu turno, a premissa menor, exemplificativamente, pode abrigar erros: (i) no tocante à relação entre o caso de uma norma jurídica e o caso concreto, *i. e.*, à qualificação ou definição jurídica dos fatos concretamente deduzidos na demanda judicial; (ii) acerca da relação existente entre os fatos concretos apresentados e a norma jurídica.

À sua vez, a conclusão pode acolher, por exemplo, erros, além de raciocínio, consistentes na extração, a partir de premissas corretas, de uma conclusão logicamente incompatível, de não declaração dos efeitos jurídicos que a norma jurídica atribua aos fatos concretamente postos na causa ou vício na exteriorização das consequências jurídicas concretas que derivam do correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa²⁸³.

As normas concernentes ao direito probatório, que regulam o ônus, os meios, a admissibilidade, a assunção, a valoração da prova, exibem singularíssima relevância na vida do processo, pois que, amiúde, o procedimento probatório prepondera em sua economia. Em sede de cassação, simpático problema teórico, com implicação prática, está em saber se a violação de tais preceitos jurídicos, no desenvolvimento externo do procedimento probatório, caracteriza *error in iudicando* ou *error in procedendo*. Tal violação produz *error in procedendo*, passível de ser denunciado em Cassação, quando, por exemplo, o juiz tenha deixado de observar normas jurídicas direcionadas à percepção dos fatos objeto de prova ou

²⁸² CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 171-172: “II. DIFETTI DI GIUDIZIO (*falsa dichiarazione di una concreta volontà di legge relativa al rapporto controverso: error in iudicando in senso lato*), derivante da: 1) *Dolo del giudice*. 2) *Errore del giudice (error in iudicando in senso stretto)*. (...) D) *Nel ragionamento: a) mancanza di nesso di causalità tra premesse e conclusione (inconciliabilità tra motivazione e dispositivo: cosiddetto “difetto di motivazione”); b) deduzione da premesse corrette di una conclusione incerta, contraddittoria o insequibile per impossibilità.*”

²⁸³ Idem. Il ricorso in cassazione per vizi di giudizio (*errores in iudicando*). In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 265-306, esp. p. 267-273, 278-280.

às fontes de prova²⁸⁴. Contudo, quando se está diante de normas que regulem o *onus probandi* ou a chamada prova legal, a posição mais racional, chancelada pela doutrina italiana, é a de deslocar o problema para a esfera do *error in iudicando*²⁸⁵.

Nessa moldura, podem-se imaginar, didaticamente, vícios *de* motivação e vícios *na* motivação: os primeiros configuram *errores in procedendo*, ao passo que os segundos *errores in iudicando*. Pode ocorrer, e não raro ocorre, no mesmo processo, simultaneidade de vícios (de atividade e de juízo), embora não ostentem natureza mista ou híbrida. A aferição de ambos é feita sempre à luz das especificações do caso concreto.

Os vícios *de* motivação, caracterizadores de erros de atividade, assentes em incompatibilidade direta com a lei processual, consistem, por exemplo, na ausência gráfica ou ideológica, insuficiência, incongruência interna entre as premissas da motivação, bem como na contraditoriedade entre tais enunciados antecedentes e o dispositivo do julgado²⁸⁶.

Os vícios *na* motivação traduzem erros de juízo (em sentido amplo), encarnam, por exemplo, falhas quanto à aplicação da lei material: existência, vigência, validade, eficácia, sentido, alcance. Assumem especial relevo as chamadas normas heterotópicas, as quais, por exemplo, exibem conteúdo e natureza eminentemente material, apesar de inseridas topograficamente na lei processual ou vice-versa. No primeiro caso, por exemplo, estão os preceitos normativos que regulam a denominada prova legal. Caso o juiz não observe a correspondente tarifação, rebelando-se contra a valoração adremente formulada pelo legislador, embora seu ato tenha a aparência de vício processual, caracteriza *error in*

²⁸⁴ Confira-se, a título ilustrativo, o art. 517, n. 1, do c.p.c. italiano de 1865: “*La sentenza pronunciata in grado d’appello può essere impugnata col ricorso per cassazione: I. Se le forme prescritte sotto pena di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente.*”

²⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. Il ricorso in cassazione per vizi di giudizio (*errores in iudicando*), op. cit., p. 284-285: “*La questione non è però altrettanto semplice quando si tratti non già di norme che disciplinino lo svolgimento esterno del procedimento probatorio, ma le norme che regolino l’onere della prova o che pongano limiti al formarsi della percezione e della convinzione del giudice sui fatti controversi. I processualisti tedeschi considerano anche le violazioni di queste norme come semplici errores in procedendo; mentre la dottrina italiana, sulle tracce di quella francese, vede in esse dei veri e propri errores in iudicando, denunciabili in cassazione come casi di erronea interpretazione di legge. E, in verità, questo secondo modo di considerarle appare più razionale: poiché tutte le regole che sono restare nel nostro processo come tracce del sistema della prova legale, a limitare la libertà del giudice nell’ammettere i mezzi di prova e nel valutarne le risultanze, non sono dirette a disciplinare l’attività esterna del giudice nel procedimento, ma a guidarlo in quel lavoro logico attraverso il quale si forma nel suo pensiero la sentenza. Le norme di diritto probatorio che comandano al giudice di non tener conto della prova testimoniale al di sopra di un certo valore, o di considerare come pienamente provati i fatti risultanti da un atto pubblico, non si rivolgono al giudice in quanto agisce, ma in quanto giudica (...).*”

²⁸⁶ Cass., Sent. n. 6787, de 24.5.2000 (conf. Sent. n. 1605, de 14.2.2000).

*iudicando*²⁸⁷, porquanto está no campo da valoração racional da prova. Tal atividade revela caráter essencialmente substancial e, bem por isso, denota resquício da fase sincrética da evolução metodológica do processo, afeiçoando-se bem menos àquela autonomista, tampouco ainda à instrumentalista: são infiltrações do direito material no direito processual.

Entrementes, o problema da prova revelará densidade processual, como quando concernir à admissão, ao requerimento, ao deferimento e à sua produção. Em casos tais, o vício transporta *error in procedendo*. Além do defeito na aplicação da lei material, a valoração racional da prova em si encerra questão substancial. Por assim ser, a errônea avaliação do material probatório representado nos autos do processo implica *error in iudicando*.

Sob outra perspectiva, o controle jurídico da motivação pela *Cassazione* não deveria se circunscrever à dimensão meramente formal do *decisum* impugnado. Na linha teórica de que a motivação deva exprimir as razões reais de decidir e implicar propriamente um controle sobre a lógica do *iter* decisório, seria, assim, inevitável migrar do controle de logicidade para o reexame do mérito. Pois bem, em semelhante contexto, a Corte poderia sindicat (e reexaminar) os elementos levados em consideração pelo juiz de mérito para formular o juízo de fato. Nessa vertente doutrinária, na premissa da incindibilidade entre motivação e juízo, não se afiguraria possível pensar no problema do controle de logicidade sobre a motivação que não configurasse também uma revisão do juízo de fato²⁸⁸.

²⁸⁷ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 32-33: “*Invero, il procedimento logico attraverso il quale il giudice perviene alla sua sentenza non si limita alla risoluzione secundum ius di una questione di diritto, ma comprende anche un accertamento di mero fatto delle circostanze concrete attraverso le quali si è svolto il rapporto giuridico controverso; ora, se pure nell'attività logica che il giudice deve compiere per l'accertamento del fatto, qualche precetto di diritto probatorio interviene talvolta a regolare la sua valutazione (sistema della prova legale: oltre, n. 107), di solito questa fase del suo giudizio è rilasciata al suo libero apprezzamento razionale: onde può darsi il caso che il giudice, cadendo in un errore di valutazione del materiale probatorio posto a sua disposizione, ritenga per vero un fatto inesistente o per inesistente un fatto vero, senza che per questo egli sia incorso nella inesecuzione di un precetto giuridico a lui indirizzato. Nasce così la possibilità di un errore di giudizio che, senza essere una violazione di legge (error facti in iudicando), è capace però di produrre sulla conclusione della sentenza quella stessa grave conseguenza che sempre vi produce la mancata osservanza da parte del giudice dell'obbligo di giudicare secundum ius (error iuris in iudicando).*”

²⁸⁸ CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964. p. 289-290: “*Diventa in fatti necessario intervenire nel merito, per vedere se sussistano le condizioni che autorizzano a intervenire nel merito.*” Entrementes, não se desconhece a posição da doutrina processual vetorialmente oposta, no sentido de placitar a possibilidade de um controle lógico sobre a motivação, distinto do reexame do mérito da causa. Vide, nessa direção, FAZZALARI, Elio. **Il giudizio civile di Cassazione**. Milano: Giuffrè, 1960. p. 88-96. No tocante à ambiguidade de fundo que, em tema de controle de logicidade da motivação, caracteriza esse entendimento doutrinário, vide a feliz síntese de TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 578: “*Esse riguardano tre punti principali: ciò che deve intendersi per “logica” del ragionamento del giudice; la confusione tra logica del giudizio e logica della motivazione; la confusione del problema della possibilità logica e giuridica di un controllo di mera logicità*

Revelar-se-ia frágil uma concepção de controle de logicidade no juízo de fato exercitado de modo puramente formal, *i. e.*, sem mergulhar no conteúdo do próprio mérito do juízo de fato. O problema é que, amiúde, se considera reexame do fato o fenômeno que, em realidade, define o controle amplo e profundo sobre motivação em relação aos fatos. Não por acaso, a *Corte di Cassazione*, comumente, em uma atmosfera de ambiguidade, declara incensurável a valoração discricionária do juízo de mérito sobre os fatos. Semelhante incensurabilidade está atrelada à existência de cônica motivação acerca da avaliação discricionária. Tal condicionamento, no entanto, incide em exercício de tautologia, pois não define os limites dos poderes da Cassação (*self restraint*) com esteio na distinção entre controle sobre a motivação e reexame do juízo, a par de perscrutar na motivação a reprodução descritiva do procedimento lógico-psicológico formativo do juízo, e não identificar as razões que justificam a decisão²⁸⁹.

Essa posição jurisprudencial da Cassação, sob má luz, coloca água no moinho da supressão de um controle aceitável quanto à motivação de fato. É dizer: justamente porque, no juízo de fato, se trata de valoração de natureza discricionária do juiz de mérito (v. g., escolha dos elementos de convicção no conjunto probatório representado nos autos do processo²⁹⁰, valoração de provas) é que, *a fortiori*, a Corte deveria controlar a racionalidade das razões justificativas da decisão, mediante a exigência de motivação adequada, cônica²⁹¹, analítica e expressa. O entendimento da Cassação acaba legitimando a prática judiciária deletéria ao direito de ação e ao direito de defesa consistente na falta ou na ostensiva insuficiência de motivação no âmbito das provas e do acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento do conflito. A discricionariedade do juiz não o dispensa do dever de motivação; antes, ao revés, robustece simetricamente a necessidade de justificação racional e adequada de

della motivazione, con il problema se di fatto la Corte di Cassazione effettui un controllo di questo tipo o entri invece a sindacare il merito del giudizio.”

²⁸⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 588-589: “Allora, è difficile pensare che la Corte rimanga effettivamente entro i limiti del controllo di logicità del discorso giustificativo, ed appare fondata l'impressione che essa dichiari incensurabile la motivazione (o il giudizio?) quando concorda nel merito della decisione, e che, viceversa, annulli per vizio di motivazione quando in realtà abbia riscontrato un vizio nel giudizio. (...) Non mancano infatti ipotesi in cui la Corte non tanto valuta se le ragioni espresse dal giudice di merito fossero o meno idonee come giustificazione del giudizio di fatto, ma evidentemente si fonda su una propria ricostruzione – sia pure solo *ex actis* – dei fatti; per contro, nelle molte ipotesi in cui la Corte non censura motivazioni in fatto praticamente inesistenti, appare più che legittimo il dubbio che così decida perché si è ugualmente persuasa, riformulando il giudizio, della verità dei fatti accertati.”

²⁹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. 2. edición. Buenos Aires: Victor P de Zavalía Editor, 1972, t. 1. p. 305-310.

²⁹¹ Cass., Sent. n. 10896, de 30.10.1998 (conf. Sent. n. 5964, de 23.4.2001).

suas opções axiológicas. Também as valorações feitas pelo legislador, conquanto limitem, não excluem o correspondente controle jurisdicional motivado²⁹².

Dito de outra maneira, a função de juiz de legitimidade não afasta - assentes determinados limites de sua configuração institucional e a importância intrínseca do preceito constitucional que impõe ao juiz julgar *secundum ius*²⁹³ - o poder de sindicat sobre *errores in iudicando* nos quais haja incorrido na resolução da questão de fato²⁹⁴. Por exemplo: a *Cassazione* deve examinar o resultado de uma prova e o modo pelo qual o juiz de mérito a valorou para aferir se foi malferida a sua eficácia, valendo notar que semelhante vício seria sindicável à luz do n. 3 (“*per violazione o falsa applicazione di norme di diritto...*”) ou do n. 4 (“*per nullità della sentenza o del procedimento*”) do 1º do art. 360 do c.p.c. italiano. A hipótese não infirma, mas antes confirma, a configuração da tese jurídica do controle pela *Cassazione*, conquanto limitadamente, sobre o juízo de fato²⁹⁵, como, por exemplo, qualificação jurídica dos fatos, exame da adequada aplicação de máximas de experiência, controle sobre a logicidade da motivação.

A adequada radiografia da patologia da motivação não prescinde do exame sobre a matéria fática, posto que, intrinsecamente, motivar denota enunciar as razões justificativas, *i. e.*, o porquê, com base no accertamento da verdade dos fatos relevantes da causa, de o juiz poder formular sua conclusão final. Encoraja a pensar que, sob a ótica da teorização do processo, o exercício de sindicância sobre a motivação é preponderantemente uma atividade engajada nos fatos (principais/jurídicos e secundários/simples²⁹⁶ para a exata definição do

²⁹² Corte Constitucional italiana, Sentenza 70/1994 - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Presidente CASAVOLA – Redattore. Camera di Consiglio del 12/01/1994. Decisione del 21/02/1994. Deposito del 03/03/1994. Pubblicazione in G. U. 09/03/1994: “*Neppure violato può dirsi, poi, l'art. 111 della Costituzione, giacché la verifica che nella specie la magistratura di sorveglianza è tenuta ad effettuare ed il conseguente obbligo di motivazione non si raccordano ad una competenza funzionale "astratta", quale è quella che sembra prefigurare il giudice a quo, ma alla tipologia del provvedimento che l'organo della giurisdizione è chiamato ad adottare nell'ambito dei confini deliberativi che il legislatore ritiene di dover tracciare: ove, pertanto, i presupposti siano rigorosamente predeterminati, come accade per tutte le ipotesi di rinvio obbligatorio della esecuzione, qualsiasi apprezzamento discrezionale resta assorbito dalla valutazione legale tipica, che, ovviamente, restringe, ma non esclude, il controllo giurisdizionale e il dovere di motivare sul punto.*”

²⁹³ Costituzione italiana de 1947, art. 101, § 2º: “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*”

²⁹⁴ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, op. cit., p. 34.

²⁹⁵ RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello *ius litigatoris*. Il problema alla luce del controllo della motivazione, op. cit., p. 586.

²⁹⁶ Cass., Ord. n. 2805, de 5.2.2011 (rv. 616733): “*Il motivo di ricorso con cui - ai sensi dell'art. 360, n. 5 cod. proc. civ. così come modificato dall'art. 2 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 - si denuncia omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione, deve specificamente indicare il "fatto" controverso o decisivo in relazione al quale la motivazione si assume carente, dovendosi intendere per "fatto" non una "questione" o un "punto"*

juízo-processo) da causa, e, por isso mesmo, no resultado das provas. Tal se deduz da circunstância de que a própria norma do n. 5, do 1º, do art. 360, em sua redação original e nas reformas posteriores (à exceção daquela de 1950), alude textualmente não a um ponto categórico da controvérsia, mas a um “*fatto*”, a par de controverso, decisivo para o julgamento da lide. A alteração, para além do problema terminológico do texto legal, tem significado que desborda da mera explicitação de que o vício estampado no n. 5 do 1º do art. 360 seja refratário à motivação de direito, posto concernir, em regra, àquela de fato²⁹⁷. Diz-se em regra porque prestigiosa doutrina preconiza que a motivação de direito seja censurável com base no art. 360, 1º, n. 5, no tocante à presença, à suficiência e à congruência lógica da justificação da *quaestio iuris*²⁹⁸.

A problematização, bem vistas as coisas, descansa menos na possibilidade do exercício do controle jurídico sobre o juízo de fato e mais em quando e como pode ser implementado. Cuida-se de demarcar as fronteiras dentro das quais a *Corte di Cassazione* poderá legitimamente exercitar seu poder, sem metamorfosear-se em um juiz de mérito, fruto da ambiguidade em que semelhante poder se exercita *in concreto*, e derivante da confusão entre controle sobre a motivação e reexame no mérito. A tendência da Corte é estabelecer princípios restritivos no que tange aos vícios de motivação, com a finalidade de transmitir a ideia de que não está desbordando de seus confins jurídico-institucionais²⁹⁹. A integralidade

della sentenza, ma un fatto vero e proprio e, quindi, un fatto principale, ex art. 2697 cod. civ., (cioè un fatto costitutivo, modificativo, impeditivo o estintivo) od anche un fatto secondario (cioè un fatto dedotto in funzione di prova di un fatto principale), purché controverso e decisivo. (In applicazione del principio, la S.C. ha dichiarato inammissibile il ricorso con cui ci si era limitati a denunciare la mancata motivazione da parte del giudice in ordine alle argomentazioni esposte dal ricorrente nel giudizio di appello, senza, però, individuare i fatti specifici, controversi o decisivi in relazione ai quali si assumeva fosse carente la motivazione medesima).” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 1.234.

²⁹⁷ RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione, op. cit., p. 588: “*Tutto ciò fa pensare che il legislatore del 2006 abbia voluto introdurre lo specifico rilievo di cui sopra, quasi a volere sfatare la ricordata concezione imperante che vuole il controllo della motivazione limitato al solo esame della coerenza logica della pronunzia. La riforma sembra infatti avere chiarito che tale sindacato è invece un controllo interno sul ragionamento del giudice, volto a valutare se sulla base dei fatti che dovevano emergere dalle prove potevano essere giustificabili le conclusioni alle quali egli è pervenuto. Non si tratta quindi del solo esame della coerenza logica con il dispositivo del ragionamento effettuato in sentenza, ma della coerenza logica di tale ragionamento con quello che invece egli avrebbe dovuto fare sulla base delle prove raccolte. La differenza fra le due impostazioni è palese, ed apre le porte ad un diverso modo di intendere il controllo della motivazione che la Corte può fare, del che fino a questo momento si erano avute solo alcune rare intuizioni giurisprudenziali.*” (Reforços gráficos no original).

²⁹⁸ Assim, no quadro esquemático que define a posição e os poderes da Cassação no que concerne à motivação, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 511.

²⁹⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 591: “*Se si tien conto di ciò, appare possibile un apprezzamento positivo del controllo sulla motivazione come dovrebbe essere, se accompagnato*

do discurso justificativo racional, em cujo âmbito descansa a motivação, no viés da existência e da coerência lógica das razões nas quais o juiz tenha apoiado sua decisão, deveria submeter-se à censura da Cassação, na sindicância de legitimidade jurídica e racional da sentença impugnada que constitucionalmente é-lhe confiada (v. g., juridicidade da decisão e sua conformidade ao direito, existência de uma justificação racional e adequada).

É fora de dúvida que, no processo civil, a avaliação das provas levada a cabo pelo juiz de mérito não é suscetível de ser sindicada em sede de *Cassazione*, não apenas no tocante ao apreçamento do valor atribuído a cada elemento probatório, senão também à eleição das provas utilizadas como supedâneo da sentença impugnada. Todavia, ante a omissão em avaliar algumas provas, ou a assunção acrítica de outras tantas, que impede a individuação do critério lógico posto como supedâneo da decisão, o resultado do processo foi diverso daquele que deveria ter sido, caso a prova houvesse sido devidamente apreciada e apreçada. Há evidente vício lógico no raciocínio do juiz, ainda que a motivação possa parecer escoreita, haja vista a incoerência com o resultado do material fático-probatório que deveria constituir sua plataforma decisória³⁰⁰.

Daí descende necessariamente que não se deve adstringir o controle de motivação da sentença civil à força justificativa do texto escrito³⁰¹, nem à perscrutação formal da correção lógica do tecido argumentativo do juiz de mérito.

ad una critica radicale del fenomeno come è nella prassi della Cassazione. Appaiano invece incongrui gli atteggiamenti che muovono dalla constatazione delle deviazioni presenti nella prassi, per colpire non il modo in cui la Cassazione esercita in concreto i propri poteri, bensì l'istituto del controllo sulla motivazione astrattamente considerato; invero, la Cassazione trascende i propri limiti istituzionali non in quanto si ponga a sindacare la sufficienza e la correttezza logica della motivazione, bensì in quanto dissimuli, dietro l'apparenza di un inadeguato controllo sulla motivazione, la realtà di un riesame del giudizio di fatto." (Grifos no original).

³⁰⁰ RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione, op. cit., p. 594-595: "Ed è in questo senso che alla Cassazione deve essere necessariamente consentito di potere verificare se le prove, il cui l'esame è stato omissso dal giudice di merito, potevano mutare l'esito del giudizio. E ciò significava appunto la dizione originaria dell'art. 360 c.p.c., che attribuiva alla Corte la possibilità di intervenire nel caso di omessa valutazione da parte del giudice di merito di un fatto decisivo. (...) La Corte può controllare se una prova non esaminata dal giudice di merito avrebbe potuto determinare una soluzione diversa della causa (principio del controllo della motivazione). Ma per fare ciò, la Corte non può accedere ad un diretto esame agli atti del processo, perché il ricorso deve contenere tutto ciò che serve alla decisione (principio di autosufficienza del ricorso). Ne deriva quindi che è necessario riprodurre nel ricorso l'intera risultanza istruttoria omessa, affinché alla Corte possano aprirsi le porte della censura del vizio di motivazione."

³⁰¹ É bem de ver, com a finalidade de configurar-se vício de motivação, extrapolando o âmbito argumentativo de seu texto escrito, para interligar-se com outros atos do processo (v. g., de aquisição probatória), que a alínea "e" do art. 606 do c.p.p. italiano exhibe a seguinte formulação: "Casi di ricorso. 1. Il ricorso per cassazione può essere proposto per i seguenti motivi: e) mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato ovvero da altri atti del processo specificamente indicati nei motivi di gravame." Sobre ser objeto de recurso para Cassação civil a censura

Merece críticas a posição segundo a qual a cassação da sentença, por vício de motivação, somente pode ser alcançada quando semelhante defeito decorra do exame do raciocínio desenvolvido pelo juiz, sob o perfil lógico-formal da correção jurídica resultante da decisão que se revele incompleta, incoerente e ilógica. Com efeito, uma vez que, em obséquio ao princípio da autossuficiência do recurso³⁰², o qual deve agasalhar todas as razões idôneas à decisão no juízo de legitimidade, sem necessidade de revolver-se o material precedente à peça recursal, não podendo a Cassação colmatar as eventuais lacunas³⁰³ com investigações integrativas³⁰⁴, o recorrente tenha se desincumbido das prescrições de forma e de conteúdo³⁰⁵ na formulação dos motivos (ou melhor: das hipóteses de sentença impugnável) do recurso concernente ao vício de motivação, deveria ser franqueado à *Corte di Cassazione* proceder ao confronto entre a motivação e os dados processuais, com o objetivo de sindicarem a legitimidade da justificação fática da decisão de mérito. Não se faz propriamente um reapreçamento dos fatos, que não se acomodaria ao juízo de legitimidade, mas a constatação de que a informação probatória utilizada na sentença, objeto de analítica argumentação impugnativa, está em contradição com um específico ato processual. O recorrente tem o ônus de reproduzir no recurso o teor exato do correspondente resultado, também indicado na impugnação (*travisamento della prova*), à luz do princípio da *autosufficienza* da impugnação para a Cassação. Portanto, o recorrente deve desincumbir-se do ônus de promover a completa transcrição do integral teor dos atos em relação aos quais, por exemplo, se denuncia a omitida valoração ou o “travisamento” do conteúdo de específicos atos³⁰⁶. É necessário que o recorrente não se limite a censuras apodíticas de erroneidade e/ou de inadequação da motivação, mas que especifique, por exemplo, os resultados e os elementos da causa em

pela ausência de valoração de um resultado processual, vide CANZIO, Giovanni. Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale** /Continuação de/ RIDA. v. 50, n. 1, p. 135-157, 2007, esp. p. 140-141.

³⁰² Cass., Sent. n. 1170, de 23.1.2004.

³⁰³ Cass., Sent. n. 8831, de 22.7.1992.

³⁰⁴ Cass., Sent. n. 10913, de 2.11.1998 (conf. Sent. n. 7692, de 21.8.1996).

³⁰⁵ Exemplificativamente: arts. 360 (*Sentenze impugnabili e motivi di ricorso*), 360 bis (*Inammissibilità del ricorso*), 365 (*Sottoscrizione del ricorso*), 366 (*Contenuto del ricorso*), 366 bis (*Formulazione dei motivi*), 369 (*Deposito del ricorso*), 371 (*Ricorso incidentale*), 372 (*Produzione di altri documenti*), 373 (*Sospensione dell'esecuzione*).

³⁰⁶ Cass., Sent. n. 15751, de 21.10.2003 (vide também Sent. n. 9954, de 12.5.2005).

relação aos quais houve a falta ou insuficiente avaliação³⁰⁷. A sentença padece igualmente do vício de motivação no juízo de fato³⁰⁸ quando, exemplificativamente, o juiz escude sua decisão em documentos imaginários, perícias fantasmas ou, em suma, num material de prova ontologicamente inexistente³⁰⁹.

A *Corte di Cassazione* deve limitar-se a dizer que, por exemplo, determinado fato poderia exibir a marca da decisividade³¹⁰ se: verdadeiro, provado e corretamente avaliado. O exame dos erros denunciados, objeto do juízo *rescindens* (rescisão do julgamento), e que transportam à eventual cassação (cancelamento) da sentença impugnada, esgota, em regra, a atividade de juízo em sede de Cassação, deixando eventual juízo *rescisorum* (novel julgamento) a um outro juiz, ou seja, *giudice di rinvio* (arts. 392-394), em uma nova fase cognominada de *rinvio*³¹¹, na qual se dá o reexame e nova decisão da causa. Tal característica puramente rescindente evidencia a exclusão da natureza de terceira instância no juízo de cassação, além da diferença basilar entre juízo de cassação e juízo de revisão. Pode ocorrer, e não raro ocorre, que a nova decisão seja no mesmo sentido daquela pronunciada anteriormente e que foi impugnada, mas, já agora, fornecendo-se adequada justificação.

Seja como for, não se pode olvidar a concepção doutrinária que promove a bifurcação do raciocínio do juiz em raciocínio decisório (contexto de deliberação) e raciocínio justificativo (contexto de justificação). Significa dizer que, no atinente à lógica do juízo, não decorre a plena correspondência entre a estrutura da motivação e a estrutura do procedimento lógico-psicológico mediante o qual o juiz alcança sua decisão³¹². A controlabilidade sobre a motivação, enquanto estruturada pelas razões que justificam a decisão, representa, na realidade, um controle acerca da existência de justificação lógica do *decisum*. Por assim ser,

³⁰⁷ Cass., Sent. n. 8383, de 3.8.1999.

³⁰⁸ Acerca da interligação entre vício de motivação e violação da lei, para efeito de configuração dos motivos típicos (ou melhor: das hipóteses de sentença impugnável) como requisito de conteúdo-forma, com vistas à interposição de recurso à *Corte di Cassazione* no elenco taxativo do art. 360 do c.p.c. italiano, vide CANZIO, Giovanni. Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità, op. cit., p. 154-157.

³⁰⁹ Cass., Sent. n. 2666, de 14.3.1987.

³¹⁰ Cass., Sez. Un., Sent. n. 1770, de 25.01.2013.

³¹¹ MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**: Il processo di cognizione, v. 2, op. cit., p. 440.

³¹² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 581: “Sulla distinzione e sui nessi che collegano le due “parti” del ragionamento del giudice non è ora il caso di insistere nuovamente: va invece rilevato che tale distinzione, se correttamente intesa, è in linea di principio idonea a fondare la possibilità di un controllo sulla motivazione che non implichi un riesame del merito e con questo non si confonda.”

bem pesadas as coisas, o controle não tem como endereço as razões que condicionaram o *iter* decisório, embora pela motivação se possam garimpar eventual e fragmentariamente aspectos da lógica de tal itinerário. Disso resulta, é útil reafirmar, que, em sendo as dimensões diversas, o controle sobre a motivação não implica revolvimento do mérito do juízo.

A motivação não exprime, em linha de princípio, as assim chamadas razões “reais” da decisão, mas exterioriza suas razões justificativas³¹³. A motivação, como sinal linguístico do discurso judicial e *locus* de argumentação racional e válida, ostenta o papel lógico de justificar os critérios de escolha ou de valoração que conformam a decisão. O controle sobre a racionalidade e a correção das razões que justificam a decisão (ou melhor: a controlabilidade da existência de uma justificação lógica) desborda da mera aferição da coerência semântica das asserções articuladas na motivação, para traduzir, além da função interpretativa, a perscrutação da correção lógico-jurídica da linha argumentativa que o discurso justificativo professa. Numa locução: o controle de logicidade (estrutura lógica do singular discurso justificativo do *decisum*), diverso do esquadramento do mérito (procedimento de formulação do juízo), há de descansar, exclusivamente, em bases racionais adequadas, sobre a congruência e a coerência sistemática do discurso justificativo da decisão.

Seja como for, à luz dos pronunciamentos da *Corte di Cassazione*, dos mais antigos àqueles mais recentes, tende-se sempre a ver na motivação uma forma “organizzatoria della giurisdizione” e enxerga-se sua finalidade não na justificação do *quomodo* do exercício do poder pelo juiz, mas na razoabilidade de sua decisão. Significa dizer que, aos olhos da Corte, a motivação teria por escopo descrever o *iter* lógico-psicológico do juízo formativo da decisão³¹⁴. Contudo, sem justificá-la.

Sob os auspícios dessa equivocada posição pretoriana disseminou-se, na praxe judiciária, a falta de esmero com a motivação das decisões judiciárias, a par de patrocinar-se a

³¹³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 582-583: “*Ciò che in realtà viene sottoposto al sindacato della Cassazione non è infatti la logicità del procedimento con cui il giudice è pervenuto a formulare la decisione, bensì la logicità del discorso con cui, nella motivazione, il giudice giustifica razionalmente le asserzioni di cui consta la decisione stessa. (...) si tratta di un’analisi logica del discorso, diretta a stabilire se esso, nei termini in cui il giudice lo ha espresso, consegue la finalità che gli è propria, ossia la giustificazione razionale della decisione in base ad argomentazioni sufficienti e logicamente valide. Non è questione, dunque, di verificare se la conclusione del discorso è in sé giusta o ingiusta, vera o falsa etc., bensì di stabilire se il discorso giustificativo esiste ed è coerente, se dalle enunciazioni in esso contenute la decisione deriva come conclusione logicamente fondata: si muove, in altri termini, dalle scelte che il giudice ha compiuto, per vedere se sono state espresse ragioni idonee a legittimarle, dal punto di vista del giudice che le ha formulate.*”

³¹⁴ Cass., Sent. n. 3928, de 31.3.2000 (conforme Sent. n. 9744, de 8.11.1996). Vide, também, Sent. n. 7476, de 4.6.2001.

consolidação de confusa e restritiva jurisprudência³¹⁵. Grassava indiferença sobre o ponto capital do problema, *i. e.*, na validade racional da argumentação jurídica formulada na motivação, enquanto documento do discurso justificativo do juiz. A racionalidade das razões explicitadas valia menos que zero. Deprimia-se, por exemplo, a função político-garantística da motivação, afetando a eficácia da possibilidade de controle racional, externo, democrático e difuso pelo lídimo titular do poder estatal: o povo soberano.

A motivação no juízo de fato, em regra, se reduz a ralos elementos de confirmação da versão dos fatos aceita pelo juiz. O acerto da verdade dos fatos não é suportado por argumentação justificativa adequada, derivante do exame e da esperável valoração das provas. A escolha, entre diversas hipóteses possíveis acerca dos fatos, não é habitualmente justificada. A motivação de fato, comumente, não justifica a escolha das premissas lógicas e dos critérios de determinação dos fatos. Tampouco justifica as inferências que fundamentam o acerto dos fatos, a par de não indicar as premissas cognoscitivas de semelhante determinação.³¹⁶ O que se sustenta é a justificação racional da decisão tendente a demonstrar sua validade e possibilitar a respectiva controlabilidade interna e externa, e não justificação consistente no emprego de argumentos persuasivos, direcionados a demonstrar não a validade jurídica e racional da decisão, mas a provocar consenso em torno do *decisum*.

O que se quer é que o juiz seja livre na reconstrução histórica dos fatos e na correspondente valoração das provas, mas esteja jungido à pertinente justificação racional, não arbitrária, máxime de suas valorações discricionárias. A não ser assim, a motivação padeceria do defeito da incompletude, com absoluta frustração, por exemplo, de suas funções extraprocessual e de garantia do garantismo. Como inexiste consonância teórica em torno da função e da estrutura da motivação, é tão raro quanto a ararinha azul a motivação fornecer uma justificação adequada da decisão. A motivação, na praxe forense, utiliza lógica formal, diferente da lógica da argumentação jurídica, que pode e deve ser racional. A motivação também pode e deve ser produto de uma argumentação justificativa racional. É tão insueto

³¹⁵ Cass., Sent. n. 27197, de 16.12.2011 (rv. 620709): “*Il ricorso per cassazione conferisce al giudice di legittimità non il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale, ma solo la facoltà di controllo, sotto il profilo della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice di merito, al quale spetta, in via esclusiva, il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di controllarne l'attendibilità e la concludenza e di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando così liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti, salvo i casi tassativamente previsti dalla legge.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 1234.

³¹⁶ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 204.

como um corvo branco calamandreiano a motivação render-se aos cânones de uma justificação racional, de sorte que decisão arbitrária é aquela incorreta em seu juízo lógico, com motivação incongruente³¹⁷ e irracional nos juízos de direito e de fato.

A motivação implica justificação ou racionalização tanto do elemento jurídico quanto do fático da sentença. O componente jurídico da motivação tem sido objeto de amplíssimos estudos, ao passo que na justificação do elemento fático faz-se, usualmente, referência à prova judicial e à respectiva valoração, sob o manto de certas regras racionais, princípios lógicos, máximas de experiência³¹⁸ etc., que podem ser suscetíveis de controle racionalístico *a posteriori*. Em seu discurso justificativo racional, no qual se consubstancia a motivação, o juiz deve ministrar razões adequadas de suas opções valorativas conformadoras da decisão³¹⁹.

Entrementes, o enunciado normativo do art. 360, 1º, n. 5 (“*per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*”), em vigor desde 02.03.2006, experimentou formidável mutação contudística. A nova redação, desde 11.8.2012, exhibe a seguinte dicção: “360. *Sentenze impugnabili e motivi di ricorso. - Le sentenze pronunciate in grado d’appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione: 5) per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.*”

³¹⁷ Cass., Sent. n. 1635, de 22.1.2009: “*Integra il vizio di motivazione della sentenza l’errore di logica giuridica che rende la motivazione stessa incogrua o incoerente.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 1.234.

³¹⁸ Sobre a distinção em tema de máximas de experiência, envolvendo, de um lado, aquelas que o juiz emprega para a especificação da norma jurídica e sua respectiva interpretação, e, de outro, aquelas que o órgão julgador opera para avaliar a suficiência de uma determinada dedução de prova, em atividade endereçada ao accertamento da verdade de um fato, sendo sindicável em sede de cassação apenas as primeiras e não as segundas, vide CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**, op. cit., p. 167. Vê-se, no entanto, na nota de rodapé de p. 167-168, relevante sinopse do problema, mediante indicação de autorizadas vozes doutrinárias (Chiovenda, Betti) em sentido diametralmente oposto, *i. e.*, placitando a tese jurídica assente na sindicabilidade universal das máximas de experiência, quer aplicadas no juízo de fato, quer no de direito.

³¹⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 596-598: “*In sostanza, il nucleo del controllo sulla razionalità “contenutistica” del discorso del giudice consiste nel sindacare le scelte di valore che questi ha compiuto, alla luce delle scelte di valore compiute di volta in volta, sotto l’apparenza di un controllo di mera logicità o legittimità, dalla stessa Cassazione. Così facendo, la suprema Corte effettua una duplice operazione: da un lato, omette di sanzionare una garanzia nella quale mostra di non credere, quale quella della motivazione come tramite del controllo esterno sull’amministrazione della giustizia; dall’altro, esercita un controllo assai penetrante (per non essere dichiarato e per essere difficilmente percepibile dall’esterno) sulle prese di posizione valutative e sugli orientamenti lato sensu ideologici dei giudici. (...) In secondo luogo, altri problemi discendono dalla constatazione che la Corte di Cassazione tende a controllare non la “logica” bensì il contenuto – e specialmente le componenti valutative – del discorso con cui il giudice giustifica la decisione, superando la preclusione al riesame del giudizio di fatto, e trasformando il controllo di legittimità in controllo delle opzioni ideologiche.*”

Vale a pena recordar que, após 72 anos, e, nesse ínterim, com pelo menos duas alterações substanciais (1950 e 2006), agora, *ex vi* da reforma de 2012, a norma em tela readquiriu, quase *ipsis litteris*, com insignificante variação de redação (“*di un fatto*”, para “*circa un fatto*”), o figurino original que ostentava no texto do c.p.c. de 1940, o qual, em seu art. 360, 1º, n. 5, rezava: “*per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione fra le parti.*”

Para que se possa ter uma visão linear e comparativa das sucessivas redações da norma do n. 5, do 1º, do art. 360 do *Codice di Procedura Civile* italiano, confira-se o quadro abaixo:

Tabela 2 - Redações do n. 5 do § 1º do art. 360 do Codice di Procedura Civile italiano

Redações do n. 5 do § 1º do art. 360 do <i>Codice di Procedura Civile</i> italiano			
1940 (original)	1950	2006	2012 (atual)
<p><i>per omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.</i></p> <p>(Gazzeta Ufficiale 28 ottobre 1940, n. 253 approvato con regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443)</p>	<p><i>per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio.</i> (art. 42, legge 14 luglio 1950, n. 581. Esta lei ratifica o decreto legislativo 5 maggio 1948, n. 483)</p>	<p><i>per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio.</i> (art. 2, D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)</p>	<p><i>per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.</i></p> <p>(art. 54, D. L. 22 giugno de 2012, n. 83, convertida na legge 7 agosto 2012, n. 134)</p>

Dispensam-se poderes mediúnicos no prognóstico de que o “novo” dispositivo do art. 360, 1º, n. 5, irá ressuscitar todos os problemas, perplexidades exegéticas, críticas doutrinárias e soluções provenientes da doutrina especializada e da jurisprudência de antanho, no período de 21.04.1942 (data da entrada em vigor do Código) até a reforma de 1950. Na realidade, o legislador de 2012 deslocou o problema do âmbito do vício de motivação para a falta de decisão sobre um fato jurídico relevante para a decisão da causa. Graves problemas ressurgirão, a principiar pela própria definição de decisividade do fato (“*fatto decisivo*”), abrangendo a exigência de que o fato relevante haja sido objeto de debate, em contraditório, entre as partes. Uma das principais vertentes de interpretação propugnava que o vício de motivação no juízo de fato era relevável se dele escorresse um erro para o juízo de direito. Ou seja: quando a solução de direito não guardasse adequada justificação à luz do acerto da verdade dos fatos, ante a omissão do exame de fato decisivo (relevante) para o julgamento da controvérsia. Em visão ampliativa, semelhante censurabilidade do vício de motivação em Cassação deveria ocorrer em todos os casos nos quais não houvesse uma adequada motivação sobre fato relevante para a justa composição da lide.

Ainda no campo interpretativo, a partir da formulação atual da norma do art. 360, 1º, n. 5, o controle em Cassação poderá alcançar a lógica do raciocínio do juiz atinente ao accertamento de fatos secundários/simples controvertidos, máxime quando, na individuação do *thema probandum*, também revelem importância para o accertamento (como fonte de prova indireta ou indiciária e empregando máximas de experiência como critérios indutivos) dos fatos principais ou jurídicos³²⁰.

Agora bem, sob outro prisma, a Convenção Europeia de Direitos do Homem, em seu art. 19³²¹, instituiu também a Corte Europeia de Direitos Humanos, organicamente formada em um ambiente profissional cosmopolita³²², justamente para supervisionar o adimplemento prático das garantias por ela proclamadas. A jurisprudência dessa Corte é constante e copiosa no sentido de que na concepção de processo justo insere-se especificamente a obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais, a qual deve enunciar razões expressas, suficientes e adequadas para justificar a solução adotada no caso particular. As sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, redigidas com base em exauriente argumentação, representam, no tocante à criação do direito, fontes profícuas para o desenvolvimento do direito e do pensamento jurídico.

Não é fadiga inútil passar em revista algumas sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos assentes em que o direito à motivação das decisões judiciárias descansa intrinsecamente no conceito de processo justo insculpido no supramencionado art. 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem: (i) CEDH, H-B contra Espanha, de 09.12.1994; (ii) R. T. contra Espanha, de 21.01.1994; (iii) H. contra Finlândia, de 19.12.1997; (v) H. contra França, de 19.02.1998; (iv) K. contra Grécia, de 17.10.2000; (v) H. contra Finlândia, de 27.09.2001; (vi) G. C. contra Suíça, de 05.10.2010.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, em inúmeros pronunciamentos, tem entendido que o dever de motivar concerne apenas às questões que exibam a nota de essencialidade, não

³²⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 484, 486 (nota de rodapé n. 43).

³²¹ “Criação do Tribunal. A fim de assegurar o respeito dos compromissos que resultam, para as Altas Partes Contratantes, da presente Convenção e dos seus protocolos, é criado um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a seguir designado “o Tribunal”, o qual funcionará a título permanente. 2. O mandato dos juízes cessará logo que estes atinjam a idade de 70 anos. 3. Os juízes permanecerão em funções até serem substituídos. Depois da sua substituição continuarão a ocupar-se dos assuntos que já lhes tinham sido cometidos. 4. Nenhum juiz poderá ser afastado das suas funções, salvo se os restantes juízes decidirem, por maioria de dois terços, que o juiz em causa deixou de corresponder aos requisitos exigidos.”

³²² BROWNLIE, Ian. Le sentenze della corte europea dei diritti dell’uomo. In: **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**, op. cit., p. 586-594, esp. p. 593.

podendo ser entendido como exigência de uma resposta detalhada a todos os argumentos apresentados pelas partes³²³. A jurisprudência da Corte é no sentido de que o dever de motivação traduz um princípio relacionado à boa administração da justiça³²⁴. Mister se faz que, da motivação, se evidencie que os argumentos relevantes formulados pelas partes tenham sido levados em consideração pelo juiz³²⁵. Em outras ocasiões entendeu que a amplitude, a analiticidade e os específicos conteúdos da motivação são condicionados pela natureza, pelas peculiaridades de cada caso concreto³²⁶ e também pelo tipo de procedimento.³²⁷

³²³ S. c. UKRAINE - Requête n° 65518/01 - Deuxième Section - Arrêt 06/09/2005: “89. *La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention les décisions des cours et des tribunaux doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent, de manière à montrer que les parties ont été entendues et à garantir la possibilité d'un contrôle public de l'administration de la justice (Hirvisaari c. Finlande, no 49684/99, § 30, 27 septembre 2001). L'article 6 § 1 ne saurait en revanche être compris comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument soulevé par les parties. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce (voir R. T. c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994, série A no 303-A, p. 12, § 29).*”

³²⁴ G. R. c. ESPAGNE – Cour (Chambre) – Requête n° 30544/96 – Arrêt 21/01/99: “*La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent,* ”

³²⁵ P. c. FRANCE – Cour (Chambre) – Requête n° 47287/99 – Arrêt 12/02/2004 : “*La Cour rappelle que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs (A. c. Italie, arrêt du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33), ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence (V. H. c. Pays-Bas, arrêt du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59).*”

³²⁶ R. T. c. ESPAGNE – Cour (Chambre) – Requête n° 18390/91 – Arrêt 09/12/94: “29. *La Cour rappelle que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir l'arrêt Van de Hurk c. Pays-Bas du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 20, par. 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 (art. 6) de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce.*”

³²⁷ H. v. FINLAND – Fourth Section – Application n° 49684/99 – Judgment 27/09/2001: “*The Court reiterates that, according to its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case. (...) 32. Nor was the inadequacy of the Board's reasoning corrected by the Insurance Court which simply endorsed the reasons for the lower body's decision. While such a technique of reasoning by an appellate court is, in principle, acceptable, in the circumstances of the present case it failed to satisfy the requirements of a fair trial. As the applicant's main complaint in his appeal had been the inadequacy of the Pension Board's reasoning, the more important was it that the Insurance Court give proper reasons of its own. Taking into account what was at stake for the applicant, the Court considers that the prima facie contradictory reasoning by the Pension Board and the subsequent approval of such inadequate reasoning by the Insurance Court as an appellate body failed to*

A Corte tem enfatizado reiteradamente que uma das funções de uma decisão fundamentada é justamente a de demonstrar as partes que foram ouvidas, inclusive no que toca à apreciação das provas produzidas³²⁸, a par de consentir inestimável escrutínio público sobre a concreta administração da justiça³²⁹. A motivação contribui para a legitimidade material dos acórdãos da Corte Europeia de Direitos Humanos³³⁰.

Sob outro prisma de mirada, para rematar este tópico, uma última observação ainda é pertinente e diz respeito ao fato de que, nos processos comunitários, ante a possibilidade de participação de sujeitos privados, instituições e Estados-membros, como quando em causas versando o controle do respeito do direito comunitário por parte de instituições, avulta a observância, por exemplo, das garantias da igualdade das partes e do contraditório. É digno de nota, nesse contexto, que as sentenças da Corte de Justiça da Comunidade Europeia também se submetem naturalmente à exigência de motivação, com especial relevo para a *ratio decidendi* de suas sentenças de natureza interpretativa de uma norma ou de um conjunto de preceitos normativos comunitários, no fito de declarar-lhes sentido e alcance³³¹.

fulfil one of the requirements of a fair trial. There has accordingly been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.”

³²⁸ V. H. c. PAYS-BAS – Cour (Chambre) – Requête n° 16034/90 – Arrêt 19/04/1994: “59. *L’article 6 par. 1 (art. 6-1) implique notamment, à la charge du “tribunal”, l’obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence pour la décision à rendre (voir l’arrêt Kraska c. Suisse du 19 avril 1993, série A no 254-B, p. 49, par. 30). Il échet de déterminer si cette condition a été remplie en l’espèce.”*

³²⁹ S. v. FINLAND – Fourth Section – Application n° 37801/97 – Judgment 24/07/2003: “36. The Court notes that, even though a domestic court has a certain margin of appreciation when choosing arguments in a particular case and admitting evidence in support of the parties’ submissions, an authority is obliged to justify its activities by giving reasons for its decisions. The Court notes that it is not its task to examine whether the court’s refusal to admit the evidence submitted by the applicant was well-founded; it falls to the national courts to determine questions of that nature. 37. The Court emphasises that a further function of a reasoned decision is to demonstrate to the parties that they have been heard. Moreover, a reasoned decision affords a party the possibility to appeal against it, as well as the possibility of having the decision reviewed by an appellate body. It is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice (c.f. *Hirvisaari v. Finland*, no. 49684/99, § 30, 27 September 2001, unreported). 38. In the light of the foregoing considerations, the Court considers that the applicant did not have the benefit of fair proceedings in so far as the court’s refusal to admit the evidence proposed by her was concerned. The lack of a reasoned decision also hindered the applicant from appealing in an effective way against that refusal. This is shown by the Court of Appeal’s decision to reject the request to consider the evidence on the ground that it should have been adduced in the District Court and that the applicant had not shown that she had not been allowed, or had been unable, to do so. There has therefore been a violation of Article 6 § 1.”

³³⁰ SUDRE, Frédéric. **La motivation des décisions de la cour européenne des droits de l’homme**. Collection Contentieux international, sous la direction de Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel. Paris : Editions A. Pedone, 2008. p. 171-189, esp. p. 176-181.

³³¹ CAPOTORTI, Francesco. Le sentenze della corte di giustizia delle comunità europee. In: **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**, op. cit., p. 230-247, esp. p. 240-241: “*Ancora riguardo alle pronunce pregiudiziali interpretative – le quali in pratica sono assai più numerose delle decisioni emanate dalla Corte*

3 A MOTIVAÇÃO E SEUS ELEMENTOS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Até o Regulamento 737, de 1850

Ao ensejo da independência do Brasil, em 1822, continuaram a vigorar aqui as Ordenações Filipinas, por força do Decreto de 20 de outubro de 1823. Significa dizer que, apesar da emancipação política, não houve repulsa ao ordenamento jurídico lusitano; antes, ao contrário, as normas processuais agasalhadas nas Ordenações Filipinas e em subseqüentes leis extravagantes continuaram a ser aplicadas, por quase três décadas, em solo brasileiro. Em seguida à Constituição imperial, outorgada em 25 de março de 1824, e com o propósito de o Imperador D. Pedro I coibir os abusos perpetrados por juizes contra os jurisdicionados, dentro do espectro da função técnica endoprocessual da motivação, Clemente Ferreira França, Ministro da Justiça, editara Portaria, datada de 31 de março de 1824, no desiderato de que os juizes houvessem obrigatoriamente de declarar nas sentenças, de forma circunstanciada e especificada, “as razões e fundamentos das mesmas e ainda nos agravos chamados de petição.” Na mesma toada, também fora expedida, já no âmbito da Justiça Militar, pelo Ministro da Guerra João Gomes da Silveira Mendonça, ordem de 10 de abril de 1824, no sentido de que os juizes julgassem “estritamente segundo o alegado e provado, e que os cidadãos saibam os fundamentos em que se assentam tôdas as decisões que podem ofender seus direitos individuais.”

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, redigido com limpidez e precisão, é a certidão de nascimento do direito processual genuinamente brasileiro, *i. e.*, foi o primeiro código de processo elaborado no Brasil. A exigência de motivação das decisões judiciais fora ensartada em seu artigo 232: “A sentença deve ser clara, summariando o juiz o pedido e a contestação com os fundamentos respectivos, motivando com precisão o seu julgado, e declarando sob sua responsabilidade a lei, uso ou estylo em que se funda.”

nell'ambito di competenze diverse – vi è da riflettere sul carattere particolare della motivazione, in conseguenza della funzione che la Corte è chiamata a svolgere. L'obbiettivo è quello di precisare il significato di una norma o di un certo gruppo di norme comunitarie, con riferimento ad una situazione che, pur essendosi verificata in concreto, viene presentata alla Corte in termini ipotetici: è noto infatti che spetta solo al giudice interno applicare quella norma, e che la Corte deve limitarsi a chiarirne il senso e la portata. Perciò il ragionamento della Corte non può avere che un carattere deduttivo e astratto; si tratta di desumere da una regola generale una regola di condotta applicabile ad un ambito più ristretto di problemi e di situazioni.”

Em sua perspectiva histórica, o legislador brasileiro preceituou pioneiramente o dever de motivar as sentenças,³³² malgrado o tenha feito com a exclusão da aludida pena de multa cominada ao juiz que deixasse de motivá-las. Tal diploma, inicialmente aplicável às causas comerciais, fora, pelo Decreto nº 763, de 19 de setembro de 1890, observado também nas demandas judiciais cíveis.

Ulteriormente, instado pelo Governo Imperial, e com fulcro no art. 29, § 4º, da Lei n. 2.033, de 20 de setembro de 1871, o conselheiro Antônio Joaquim Ribas organizou a Consolidação das Leis do Processo Civil, a qual, aprovada por resolução imperial, tornou-se obrigatória em 1876. O preceito da motivação das decisões judiciais, com dicção análoga, fora abrigado em seu artigo 487: “A sentença deve ser redigida com clareza, summariando o Juiz o pedido e a contestação, motivando com precisão o seu julgado e declarando a lei em que se funda.”

3.2 Visão panorâmica sobre os códigos de processo civis estaduais

Proclamada a República altissonantemente e com o advento da Constituição brasileira de 1891, estabelecendo a forma federativa de Estado, foi instituída a dualidade de justiça - a da União e a dos Estados (art. 34, nº 26), como também a dualidade de processo (art. 34, nº 23).

Por via de consequência, a competência legiferante em matéria processual e de organização judiciária restou deferida aos Estados-membros da Federação, posto que nas mãos do Congresso Nacional ficou privativamente apenas a competência legislativa atinente ao direito processual da justiça federal. Daí se segue que, posteriormente e sem solução de continuidade (com suporte nos arts. 63 e 65, § 2º), a obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais fora “recepcionada” e, assim, adotada pelos principais códigos de processo civil estaduais, fortemente inspirados nas Ordenações do Reino e no modelo do Regulamento nº 737, de 1850, ambos de matriz romano-canônica. Confirmam-se: Distrito Federal (Decreto nº 16.752, de 31 de dezembro de 1924 - art. 273, *caput*), onde a motivação já havia sido cancelada no Decreto n. 9.263, de 1911, regulamentador da justiça local (art. 259); Rio de Janeiro (regia-se pelo Código Judiciário: Lei nº 1.580, de 20 de janeiro de 1919 -

³³² TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 56: “Verifica-se, então, que pela primeira vez o legislador pátrio editava norma relativa ao dever de motivação das sentenças.”

art. 1.355); São Paulo (Lei n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930 - art. 333³³³); Espírito Santo (Decreto n° 28, de 02 de dezembro de 1930 - art. 259); Santa Catarina (Lei n° 1.640, de 03 de novembro de 1928 - art. 794); Paraná (Lei n° 1.915, de 23 de fevereiro de 1920 - art. 231); Rio Grande do Sul (Lei estadual n° 65, de 16 de janeiro de 1908 - art. 499); Minas Gerais (Lei n. 830, de 7 de setembro de 1922 - art. 382³³⁴); Bahia (Lei estadual n° 1.121, de 21 de agosto de 1915 - art. 308³³⁵), um dos mais avançados pela pena arguta de Espínola, a traduzir o pensamento científico que informara as doutrinas alemã e italiana do processo; Ceará (Lei n°. 1.952 de 30 de dezembro de 1921 - art. 330); Maranhão (Lei n° 65, de 16 de janeiro de 1908 - art. 322); Pernambuco (Lei n° 1.672, de 09 de junho 1924 - art. 388)³³⁶.

Oportuno notar que, enquanto não foram promulgados os aludidos códigos (o primeiro, da Bahia, em 1915), os Estados, concomitantemente à organização de suas justiças, aplicaram aos respectivos processos tanto o Regulamento n° 737, de 1850³³⁷, quanto a Consolidação de Ribas, de 1876.³³⁸

3.3 O código de processo civil unitário de 1939

Entrementes, em substituição ao pluralismo legislativo da Constituição Republicana de 1891, a Constituição Federal brasileira de 1934 (animada em diversas novidades da Constituição de Weimar), em seu artigo 5º, inciso XIX, alínea “a”, unificou a competência

³³³ “Art. 333 - A sentença, que será escripta, datada e assignada pelo juiz, deverá conter, sob pena de nullidade: I - Os nomes das partes; II - O relatorio do pedido e da defesa; III - Os fundamentos da decisão, de facto e de direito.”

³³⁴ É digno de nota que o *caput* desse preceito repelia “divagações científicas”, as quais não deveriam estar presentes na sentença. Veja-se: “Art. 382 - A sentença deve ser clara, concisa, sem divagações científicas, escripta, datada e assignada pelo juiz e conter: 1) os nomes das partes; 2) um relatório summario do pedido e da defesa, com os respectivos fundamentos, e das provas adduzidas; 3) os motivos precisos da decisão, declarando a lei, o uso, o estylo, ou princípios geraes do direito, em que se fundar.”

³³⁵ Vale notar a presença do advérbio “escrupulosamente”: “Art. 308. Os motivos precisos da decisão, tanto de facto, como de direito, devem ser escrupulosamente consignados na sentença.”

³³⁶ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 3, t. 2. p. 263.

³³⁷ Caso dos seguintes Estados: Goiás, Mato Grosso, Alagoas, Amazonas.

³³⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed, rev. e atual. Atualizado por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. p. 54.

legislativa sobre direito processual civil e penal, tornando-a da União Federal e supletivamente dos Estados³³⁹.

Nessa toada, a Constituição brasileira de 1937, em seu art. 6º, inciso XVI, consagrou a unidade legiferante em matéria de direito processual, cuja competência foi deferida privativamente à União. Daí adveio o Código de Processo Civil unitário de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), de espectro nacional, cujo art. 118, parágrafo único, ao versar sobre a regra técnica da livre convicção do juiz acerca do resultado da prova dos fatos produzida no processo, atrelou-o, às escâncaras, ao dever de motivar sua convicção. Fê-lo com a seguinte prescrição: “O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.”³⁴⁰ Significa dizer que ao juiz foi confiada total liberdade de apreciar os fatos reproduzidos no espaço do processo, mas é de rigor que, na sentença, aponte os motivos que influenciaram a conformação de sua convicção. Inexiste, assim, mero arbítrio³⁴¹.

Um passo à frente, em seu art. 280, inciso II, também sufragou expressamente a obrigatoriedade de motivação das sentenças: “Art. 280. A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: II – os fundamentos de fato e de direito;”. Nesse preceito imperativo (“conterà”), a motivação dos juízos de fato e de direito³⁴² é componente essencial da sentença de mérito ou meramente terminativa. Os motivos formam os elementos constitutivos da preparação para a decisão final, a qual, assim concatenada e justificada e à luz dos fatos

³³⁹ O art. 11 das Disposições Transitórias, em seu art. 11, dispunha: “O Governo, uma vez promulgada esta Constituição, nomeará uma comissão de três juristas, sendo dois ministros da Corte Suprema e um advogado, para, ouvidas as Congregações das Faculdades de Direito, as Cortes de Apelações dos Estados e os Institutos de Advogados, organizar dentro em três meses um projeto de Código de Processo Civil (...).”

³⁴⁰ Em escólio ao dispositivo insculpido no art. 118, parágrafo único do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, mas que permanece atual, vide a crítica terminológica de CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 2. p. 158: “Convencimento, segundo informam os dicionários da língua, expressa mais a ação de convencer do que propriamente o estado que daí resulta, ou seja a convicção. O Código, evidentemente, por influência de texto estrangeiro, cuja tradução literal é sempre perigosa, disse, pois, convencimento, quando devia dizer, com mais felicidade, senão com mais clareza, convicção.”

³⁴¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1829-1979. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v. 1. p. 430.

³⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1829-1979. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, t. 4. p. 54-55: “Dêsse material tira o juiz os *fundamentos de fato*, tais como a reflexão lhos forneceu no último estado de sua convicção. Depois, usualmente, os *fundamentos de direito*, sendo de todo ponto indispensável que ponha claro o que pertence às partes e o que constitui convicção do juiz. O estilo deve ser simples e incisivo, de modo que as proposições sejam suscetíveis de fácil apreensão e de serem apreciadas por seu valor de verdade. (...) O Código não impede que se entremeeiem fundamentos de fato e fundamentos de direito, mas êsse intercalar há de ser apenas externo, para que se extraia, com facilidade, o conteúdo dos diferentes motivos.” (Grifos no original).

reconstruídos nos autos do processo, se apresentará como consequência desse necessário esclarecimento da convicção jurídica do juiz³⁴³.

A motivação é o recinto verdadeiramente decisório da sentença sobre questões preliminares, prejudiciais e de mérito da causa, da qual deriva logicamente sua conclusão final.³⁴⁴ O juiz deve acenar as razões que sustentam sua conclusão derradeira. Trata-se, como é bem de ver, de demonstração que o juiz dá ao dispositivo da sentença, e não bastam ingênuas afirmações ou semear petição de princípios, dando por demonstrado aquilo que é seu dever primário demonstrar³⁴⁵. Não faça mais do que citar um artigo de lei, uma norma consuetudinária ou um princípio geral de direito, mas é preciso dizer o porquê das conclusões parciais e final. Prestigiosa doutrina também identificava na exigência de motivação, a par de seu carisma político, já então no álveo endoprocessual, um aspecto de ordem lógica, incrustado na estrutura da sentença, com a explícita enunciação de todos os dados do raciocínio do juiz.³⁴⁶

3.4 Direito vigente: o Código de Processo Civil de 1973

A motivação obrigatória das decisões judiciais é componente de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, evidenciando uma concepção de legitimidade da função jurisdicional, fundada no caráter vinculante da

³⁴³ PLÁCIDO E SILVA, de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2. p. 275.

³⁴⁴ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1. p. 433.

³⁴⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 4. p. 101.

³⁴⁶ MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Atualizado por J M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, t. 2. p. 588-589: “Ora, no que respeita às sentenças do poder judiciário, menos certo e largo não é o direito dos jurisdicionados a conhecerem os motivos das sentenças que resolvem relações e pretensões jurídicas, porque só assim poderão eles ajuizar se justiça foi ou não feita, e só na justiça reside a utilidade pública dos decretos daquele poder, e, portanto, a sua legitimidade. O segundo argumento, de ordem lógica, ficou mesmo explicitamente consignado em lei positiva – Ord. III, 66, 7. Eis a sua dupla feição: a) Como poderão as partes fundamentar os seus recursos se não souberem os motivos em que se fundou o juiz da primeira instância para condenar ou absolver? b) Como poderão os juízes da segunda instância manter ou revogar a sentença recorrida se não conhecerem os motivos delas? (...) conceber qualquer sentença sem exposição dos respectivos motivos não fôra incivilidade lógica menor do que admitir conclusão sem premissas. Portanto, a necessidade de motivar as sentenças é uma necessidade de ordem lógica, o que equivale a dizer que é irremovível.”

juridicidade e no veto ao arbítrio do órgão julgador. Como conquista histórica, é o espaço de proteção e de defesa dos direitos fundamentais, e bem ainda estuário de aplicação do Direito em consonância com os critérios de correção jurídica, em obediência à racionalidade jurídica e ao discurso justificativo racional. Daí descende que, conservando a tradição, o direito positivo brasileiro de hodierno consagra, no Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), expressivo conjunto de dispositivos em prol da adoção categórica e irrestrita da obrigatoriedade da motivação dos pronunciamentos jurisdicionais de conteúdo decisório (v. g., decisão interlocutória, sentença, acórdão).

Com efeito, como é da essência da jurisdicionalidade, o juiz tem ampla liberdade para valorar os meios de prova, acolhendo-os ou não, e bem ainda apreciar o resultado das provas produzidas nos autos do processo, sejam aquelas requeridas pelas partes, sejam determinadas *ex officio*. Contudo, semelhante liberdade encontra no dever de motivar o seu pedágio: o juiz há de ministrar explicitamente as razões que condicionaram sua convicção, nesse sentido ou naqueloutro. Pesa sobre os ombros do órgão julgador o irremovível dever moral e jurídico de externar os motivos de fato e de direito por que decide. De resto, é o que ressumbra do teor do 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.”

O supramencionado diploma legal, em seu art. 165, preceitua: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.” Quatro observações são oportunas: (i) tanto as sentenças quanto os acórdãos deverão conter, em sua estrutura formal, relatório, fundamentos³⁴⁷ e dispositivo; (ii) “as demais decisões” são aquelas de natureza interlocutória; (iii) fundamentação em estilo conciso não se confunde obviamente com fundamentação lacônica, e, menos ainda, com sua ausência gráfica³⁴⁸; (iv) a fundamentação das decisões interlocutórias, sucinta que seja, deve primar pela completude, no sentido de que as razões justificativas hão de cobrir todo o espectro de questões fático-jurídicas relevantes para o respectivo julgamento.

³⁴⁷ FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado**. Arts. 444 a 889. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1986, v. 2. p. 21-22: “*Os fundamentos*, já na parte decisória, constituem o trecho da sentença em que o juiz, analisando os arrazoados das partes e as provas com que instruíram suas alegações, estabelece as premissas e as razões de sua decisão.” (Grifos no original).

³⁴⁸ MELO, Luiz Pereira de. Requisitos essenciais da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11-12, p. 37-44, jul./dez. 1978, esp. p. 37: “Podemos usar do princípio da relativa brevidade na elaboração de uma sentença. Igualmente podemos manejá-la na órbita da simplicidade. Nunca, porém, torná-la sem fundamentação. Seria admitir-se o despautério de um corpo sem alma.”

Rematando o catálogo de preceitos atinentes à motivação, desponta o art. 458. “São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà 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.” Ao cotejar-se o pórtico desse dispositivo com o do art. 280, *caput*, do Código de Processo Civil, de 1939, verifica-se que naquele não se exige expressamente que a sentença deva ser clara e precisa. Contudo, parece óbvio dizer, pode-se pensar que semelhante exigência de clareza e de precisão esteja naturalmente implícita³⁴⁹. De fato, a ninguém em sã consciência ocorreria preconizar que os pronunciamentos jurisdicionais devessem ser obscuros e ambíguos.

Um dos requisitos (*rectius*, como parte integrante, elementos)³⁵⁰ essenciais da sentença descansa em seus fundamentos. Significa dizer que se está naturalmente diante de elemento constitutivo do ato jurisdicional de conteúdo decisório. Daí deriva que, à falta desse componente indispensável do ato, não há como considerá-lo juridicamente existente. Não é possível, por exemplo, sentença, como ato de inteligência e juízo lógico³⁵¹, despojada de motivação (gráfica ou ideológica), que assim não teria forma nem figura de sentença. Seria, por assim dizer, a degeneração de sentença em mero despacho: uma estarrecedora *sentença despacho*. O problema não se coloca no plano da validade, antes exaure-se na antessala da (in)existência jurídica³⁵². Não entender assim seria transformar a essencialidade da motivação jurídica em algo supérfluo, ou conceber uma alquimia às avessas: transmutação de ouro em chumbo.

³⁴⁹ JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 1, p. 1-21, 2008, esp. p. 16.

³⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estrutura da sentença arbitral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, jul./set. 2002. p. 9-17, esp. p. 10: “A semelhante conceito a palavra que melhor corresponde é “elemento”, definida pelos dicionários como “cada parte de um todo”. “Requisito” significa outra coisa: exigência que precisa ser satisfeita para que algo atinja determinado objetivo, ou produza determinado efeito.” Ainda do mesmo autor, consulte-se: O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, esp. p. 117.

³⁵¹ CALAMANDREI, Piero. La sentenza soggettivamente complessa, op. cit., p. 106-144, esp. p. 108.

³⁵² O problema é objeto do Capítulo Nonno *infra*.

Merece menção à parte a tese jurídica do *excesso de motivação* suscetível de manifestar-se de múltiplas maneiras, como quando a lei diga que a cognição seja parcial³⁵³ e o juiz desborde desse âmbito restrito. Por exemplo: em sede de procedimento possessório, sem que os litigantes disputem a posse alegando propriedade³⁵⁴, o juiz motiva com razões justificativas de cunho reivindicatório, concernentes ao domínio. Outro exemplo de hipótese configuradora de *excesso de motivação*: em sede de medida liminar em ação cautelar, na qual a cognição judicial é sumária e provisória, mas o juiz, em sua motivação escrita, ao ângulo vertical, enuncia razões exaurientes próprias de sentença de mérito. Último exemplo: em sentença proferida em procedimento de desapropriação, o juiz, em sua motivação, exterioriza razões relacionadas à verificação ou não de utilidade pública, bem ainda a outras questões que não vício do processo judicial ou impugnação do preço³⁵⁵.

3.5 A Constituição Federal de 1988: mudança de paradigma axiológico

A experiência forense evidenciava, não raro, graves distorções e, por isso mesmo, a inópia do preceito da motivação em nível infraconstitucional³⁵⁶. Amostra expressiva e eloquente dessa disfunção da obrigatoriedade do dever de motivar, vigorosamente combatida pela doutrina especializada³⁵⁷, era o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, de arguição de relevância da questão federal (admitidas sob o influxo do Parágrafo único do art. 119 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e incisos VIII e IX do art. 328 de seu Regimento

³⁵³ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, art. 923: “Na pendência do processo possessório, é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar a ação de reconhecimento do domínio.”

³⁵⁴ Enunciado n.487 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada.”

³⁵⁵ Na legislação brasileira, Decreto-lei nº 3.365, de 1941, art. 9º: “Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.” Assim também, seu art. 20: “A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.”

³⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 153.

³⁵⁷ FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 4. p. 13: “(...) a OAB cerrou fileiras contra três portas básicas existentes no Estado autoritário: 1º) a faculdade de legislar sobre processo atribuído ao STF; 2º) os critérios estabelecidos pelo seu regimento interno; 3º) o arbítrio das decisões não fundamentadas.”

Interno³⁵⁸, hoje revogados). Conferia-se à Suprema Corte o poder de legislar sobre procedimentos recursais de sua competência. Fê-lo, por exemplo, acerca das chamadas “arguições de relevância da questão federal”, não apenas em sessão secreta, senão também, e sobretudo, com dispensa de correspondente motivação,³⁵⁹ não se compadecendo com a consciência jurídica nacional.

Não por acaso, prestigiosa doutrina propugnava, já no cabeçalho da década de 80, que, embora tradicionalmente consagrada pelo legislador ordinário brasileiro, à indispensabilidade de motivação fosse conferida, às expressas, dignidade constitucional³⁶⁰. Semelhante alvitre, inerente ao Estado Constitucional Democrático de Direito e como expressão de afirmação da cidadania, encontrou eco na Constituição Federal, de 1988, cujo art. 93, inciso IX, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004, ressoa: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”³⁶¹ Feita abstração da impropriedade terminológica³⁶², trata-se de norma garantística auto e imediatamente aplicável³⁶³, posto prescindir de outros comandos legais

³⁵⁸ Texto publicado no Diário da Justiça de 27.10.1980.

³⁵⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 130-132.

³⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95, esp. p. 94-95.

³⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 72. Assim também, MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 171-183, mar./abr. 2006, esp. p. 174: “Neste ponto, de se registrar curioso detalhe: a previsão constitucional da necessidade de motivação das decisões judiciais contraria tendência histórica e vezo de redação constitucional, dado que se está diante de uma das raras regras constitucionais cominatórias de nulidade decorrente de seu descumprimento.” Trata-se, em verdade, de um vício grave. Semelhante circunstância não discrepa da tese de configurar a falta de motivação (gráfica ou ideológica) como hipótese de inexistência jurídica da sentença, como, de resto, será desenvolvido no Capítulo Nono *infra*. Antecipe-se, no entanto, que, na gama dos possíveis defeitos da motivação, as consequências serão diferentes, a depender do grau do vício do qual padece o *decisum*. Assim, por exemplo, a ausência de motivação (gráfica ou ideológica), por aniquilar a controlabilidade racional da decisão, pelos diversos destinatários da motivação, desafia sua inexistência jurídica. Outros vícios de fundamentação, de menor envergadura, configuram invalidade da decisão judicial (decisão discretamente patológica, incurso em pecado venial). É de rigor distinguir os casos em que a motivação juridicamente não existe daqueles em que ela existe mas é viciada, com as distintas consequências jurídico-processuais dos vícios das decisões judiciais nas duas hipóteses.

³⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1974, tomo 3. p. 335: “Nulidade não é pena, posto que as leis e os juristas o digam, a cada passo, “sob pena de nulidade”. É consequência da violação da lei de forma a que se atribuiriam, se nula não fosse, algum ou alguns efeitos. As penas são outras conseqüências, que às vezes concorrem com a de nulidade. O infrator sofre as duas, talvez mesmo a de nulidade e duas ou mais penas.”

³⁶³ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

para atuar concretamente e, bem por isso, evidentemente, não pode ser aborrecida pelo legislador ordinário.

O preceito normativo do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira, de 1988, hospeda um valor fundamental, não apenas à efetividade da constelação de todas as demais garantias democrático-constitucionais do processo (= inserção da motivação no marco teórico da *garantia do garantismo*), senão também ao legítimo exercício da jurisdição, posto que conforme a Constituição. No âmbito do denominado direito constitucional processual, o aludido preceito constitucional, no tocante à extensão do dever de motivar, ao utilizar a expressão “todas as decisões”, evidencia que a totalidade dos pronunciamentos jurisdicionais, com densidade decisória, ténue que seja, estão abrangidos na exigência, irremovível e indeclinável, de fundamentação. Excluem-se tão somente os assim chamados despachos de expediente, posto que atos meramente ordinatórios, de impulso processual.

Há, porém, mais. Na realidade, bem pesadas as coisas, na esteira do princípio da responsabilidade estatal, a matriz brasileira criou um modelo constitucional de decisão judicial: a decisão juridicamente motivada, a conformar o próprio raciocínio decisório³⁶⁴. Na perspectiva de garantia constitucional e na dimensão extraprocessual, a indispensabilidade de motivação da decisão judicial, dotada dos atributos de racionalidade e de completude, como expressão do princípio político da participação popular, consente controlabilidade democrática e difusa sobre a concreta administração da justiça. Semelhante garantia constitui, iniludivelmente, o principal parâmetro de legitimação democrática da função jurisdicional³⁶⁵. O modo com o qual é exercitado o poder jurisdicional abre-se ao escrutínio do povo, em cujo nome a sentença é pronunciada³⁶⁶. Ademais, a exigência de fundamentação presta inestimável serviço à legitimidade democrática, de maneira especial no que concerne à aceitabilidade e à transparência das decisões formuladas pelo Estado-juiz.

³⁶⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 242, especialmente conclusão n. 22.

³⁶⁵ FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. O garantismo penal, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. **Justiça@** (Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal), Brasília, n. 16, ano II, out. 2010. Disponível em: <http://revistajustica.jfdf.jus.br/home/edicoes/Outubro10/artigo_Fabio1.html>. Acesso em 16 out. 2013. “Dessa forma, é lícito concluir que a garantia constitucional aqui estudada vem a emprestar legitimidade ao próprio exercício jurisdicional, ou seja, vem a autorizar a plena atuação do Poder Judiciário em um Estado Democrático.”

³⁶⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 97.

Tende-se a optar por designar o preceito normativo-constitucional em tela de dever de motivar as decisões judiciais³⁶⁷, como limitação ao poder do juiz e garantia essencial contra o arbítrio, feita abstração se tal dispositivo abriga regra, princípio ou postulado. Quando a motivação não exhibia formalmente ainda cariz constitucional, merecia severas críticas, por exemplo, a admissão de motivação aparente ou implícita ou que sucumbia à tentação de adotar *tout court* apenas as razões da parte vencedora, nutrindo silêncio sepulcral no tocante à hipótese sobrepujada. Noutros termos, a motivação não pode exclusivamente consistir em singela adesão aos fundamentos expendidos por uma das partes, como quando a sentença adote, como razões de decidir, exclusivamente os fundamentos do memorial do autor.

A motivação das decisões judiciais não se confina ao espaço de uma mera garantia constitucional-formal, tampouco se adstringe a um singelo discurso técnico-dogmático. Na realidade, firme na transcendentalidade da igualdade, como valor universal, a motivação jurídica dos pronunciamentos jurisdicionais traduz direito fundamental do jurisdicionado³⁶⁸ e valor universal. O dever de motivar as decisões judiciais é a fotografia institucional da mais elevada conquista civilizatória do processo civil. Cristaliza, pois, garantia de jaez essencialmente garantístico. Disso escorre necessariamente o alvitre de que, *de lege ferenda*, na topografia do texto constitucional, o preceito da motivação seja deslocado do Capítulo do Poder Judiciário (art. 93, inciso IX) e, mais adequadamente, inserto no rol do art. 5º da Lei Maior³⁶⁹, por configurar, antes de dever do juiz, uma garantia de natureza objetiva e estrutural do cidadão e direito fundamental das partes, dos jurisdicionados e da sociedade em geral, peculiar à vida do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse quadrante, e haja vista que, legitimamente, jurisdição não há quando o juiz se aparta de seu dever de motivar a sentença, escusando-se de ministrar as razões justificativas de seus critérios de escolha ou de valoração no caso concreto, não seria despropositado sustentar que, na dogmática jurídico-constitucional, a motivação obrigatória e pública das

³⁶⁷ AMORIM, Leticia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 38, p. 69-79, maio 2006, esp. p. 70.

³⁶⁸ ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado, op. cit., p. 2517-2518: “Não há, portanto, um local específico ou uma sede reservada para os princípios ou garantias da Constituição, eis que podem ser encontrados desde o preâmbulo até qualquer ponto da “Lei Fundamental”. A motivação insere-se assim, no rol das garantias do Estado Democrático de Direito, a fim delimitar o poder estatal exercido pelo Judiciário, em respeito ao próprio cidadão, maior destinatário de toda a normatização jurídica.”

³⁶⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 154.

decisões caracteriza cláusula pétrea,³⁷⁰ des que (i) elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito; conseqüentemente, (ii) configura norma não apenas formalmente, mas também materialmente constitucional; e (iii) o iniludível direito fundamental de acesso à Justiça, consubstanciado na tutela jurisdicional efetiva, fundada no Direito (art. 5º, inciso XXXV), se conxiona com a exigência constitucional de que as decisões sejam sempre motivadas (art. 93, inciso IX). Se assim é - e assim efetivamente o é -, o dever de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais de conteúdo decisório está forrado contra qualquer espécie de emenda ou revisão engendrada pela fértil imaginação do poder constituinte derivado.

3.6 Direito em expectativa: o novo Código de Processo Civil

O projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, conferindo nova dimensão ao dever de motivar as decisões judiciais, em seu 11, preceitua: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” Demais disso, em seu art. 499, estabelece: “São elementos essenciais da sentença: I – o relatório sucinto, que conterà 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 à 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

³⁷⁰ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 49-50.

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.”

Poder-se-iam fazer duas objeções: (i) semelhante regramento seria ocioso, uma vez que o dever de motivar as decisões judiciais já estaria consagrado expressamente no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, de 1988; (ii) a matéria, tal como disciplinada, lançaria sua barra além do que exigira o texto constitucional, posto que o juiz não estaria compelido a “responder questionários” apresentados pelas partes. Ambas as críticas são menos sérias do que aparentam ser, mormente quando se desvia o olhar para as distorções que conspurcam o cotidiano forense.

Os dispositivos dos incisos II e III, do art. 499, do aludido Projeto hospedam imperfeição terminológica e de fundo. Na realidade, bem pesadas as coisas, as questões de fato e de direito, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis *ex officio* (por exemplo: litispendência, coisa julgada, conexão, carência de ação), não apenas são objeto de análise, mas efetivamente resolvidas, na latitude da motivação, mediante precisa explicitação da convicção do juízo pertinentemente a tais pontos duvidosos. Não se compreende uma sentença que, no fito de comumente expedir comando regulador de caso concreto, não resolva as questões ou pontos de fato e de direito suscitados pelos contendores, pelo que se conclama a necessidade de fundamentação.

Daí resulta que, na conclusão final (no dispositivo), o juiz tão somente se pronunciará acerca do pedido³⁷¹. Nada obstante semelhante reparo, releva notar, em visão reflexiva, que esse complexo de normas representa notável avanço técnico-científico na disciplina normativa infraconstitucional da motivação de decisões judiciais, a encerrar importante tributo ao princípio da segurança jurídica³⁷². Denota-se a essencialidade da motivação, tal qual sistema

³⁷¹ Permanecem válidas, nesse novel contexto normativo, as observações críticas a propósito dos incisos II e III do art. 458 do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, formuladas por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**, op. cit., p. 118: “A palavra “questões” está empregada de modo ambíguo, equívoco: tem um sentido no inciso II e outro no inciso III. Enquanto o inciso II se refere aos fundamentos, para estabelecer que, nessa parte da sentença, o juiz analisará as questões de fato e de direito - isto é, *os pontos duvidosos* de fato e de direito -, a redação do inciso III induz em falsa pista o leitor desprevenido. Com efeito: na motivação, o juiz não se limita a *analisar* questões de fato e de direito, mas *resolve-as*, enuncia o convencimento que terá formado acerca de uma e de outras. No dispositivo, o juiz já não resolverá tais questões, senão que se pronunciará sobre o pedido. A conclusão não consiste na solução de questões, e sim na ilação final, a que se chegou à luz dessa solução.”

³⁷² MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, t. 2, p. 169-177, abr./jun. 2011, esp. p. 174.

cardiovascular do *decisum*. Nessa perspectiva, estreme de dúvida, colocará o ordenamento processual brasileiro no cume do Monte Everest do tratamento legislativo da matéria.

Com efeito, a partir da constatação das anomalias recorrentes na experiência forense em sede de motivação, a par de haurir valiosos subsídios doutrinários e jurisprudenciais, o legislador ordinário encarou com invulgar responsabilidade o problema do dever de motivar. Por sua seriedade, e inegável progresso na disciplina jurídico-normativa da motivação, merece sinceros encômios e efusivos aplausos.

Em primeiro lugar, não é preciso cavar fundo no terreno da jurisprudência para contarem-se aos milhares decisões judiciais em que o fundamento da decisão judicial se circunscreva a aludir, a clonar ou a reescrever dispositivo legal, conspirando contra a apresentação da motivação como fator de racionalização do sistema judiciário.

Em segundo lugar, não carece de ir muito longe para se deparar com decisões que tenham lançado mão de conceito juridicamente indeterminado (v. g., boa-fé, má-fé, interesse público, bem comum, perigo iminente, divisão cômoda, *fumus boni iuris*) dispensando-se de enunciar o porquê de sua concreta confluência no caso particular.

Em terceiro lugar, há decisões em que, não raro, os fundamentos enunciados pecam pela generalidade e, por isso mesmo, exportariam justificção a qualquer outra decisão, desnaturando-se a motivação como instrumento primoroso à concreta administração da justiça.

Em quarto lugar, a motivação não se destina a justificar a própria decisão do juiz, senão a demonstrar que levou em conta, estimou a integralidade das alegações fático-jurídicas relevantes apresentadas pelas partes, em contraditório, nos autos do processo, aptas a condicionar as soluções adotadas pelo órgão julgador, no *iter* de seu raciocínio decisório e de seu discurso justificativo, e que sustentam logicamente a conclusão final.

Em quinto lugar, comumente se divisam decisões jurisdicionais que se limitam e se dão por satisfeitas em invocar precedente ou enunciado de súmula, sem indicar sua *ratio decidendi* e tampouco evidenciar que o caso *sub judice* se acopla àqueles fundamentos determinantes, corroendo, pela deserção do dever de motivar³⁷³, a autoridade moral da Justiça.

³⁷³ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Ajuris**, Porto Alegre, 17(50), p. 5-20, 1990, esp. p. 17-18: “É mais freqüente ainda a invocação de precedentes jurisprudenciais. O Juiz brasileiro, qualquer que seja sua hierarquia, não fica adstrito aos precedentes, mas na prática não deixa de dar-lhes grande peso, sobretudo quando se trata de decisões do STF. Por vezes, substitui-se todo o esforço de justificar pela invocação pura e simples da jurisprudência, o que - como argutamente se observa - importa no fundo em evitar, e não em cumprir, o dever de motivar.”

Em sexto lugar, proliferam decisões judiciais que se distanciam de enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente suscitado pela parte, sem, contudo, que o juiz se desincumba do dever de confronto analógico e, a partir daí, de demonstrar que as hipóteses são diferentes (*distinguishing*). É dizer: o órgão julgador, sem mais nem porquê, se dispensa de fazer as necessárias distinções fático-jurídicas entre o caso sob julgamento e o verbete de súmula trazido a lume, a jurisprudência colacionada, ou o precedente específico apontado pelo litigante como paradigma, bem como eventual alteração do entendimento invocado.

Em sétimo lugar, na paisagem judiciária, à semelhança de verdadeiro arroz de casamento, na hipótese de colisão de princípios, há decisões prenhes de silêncio no que concerne ao objeto e aos critérios valorativos do balanceamento realizado. Ou seja: o juiz deserta do dever de ministrar expressamente as razões justificativas do afastamento de um princípio e da prevalência de outro no caso particular, como também sonega os enunciados fático-jurídicos que alicerçam sua conclusão final. Tal sopesamento, impregnado de irracionalidade, arrosta graves riscos à própria existência dos direitos fundamentais. Não por acaso o balanceamento, em uma ordem de valores, há de ser realizado (diferenciada, objetiva e racionalmente) com base em um modelo fundamentado, *i. e.*, o juiz deve exteriorizar as razões pelas quais atribuiu maior peso a determinado princípio, fazendo que prevalecesse sobre outro colidente, à luz das peculiaridades do caso concreto. Estridente não ao decisionismo.

Agora bem, o projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em casos tais, é peremptório em não considerar fundamentada a decisão judicial. Busca banir do cenário jurisdicional praxe deletéria que profana a credibilidade do Poder Judiciário e que não se afina com as exigências básicas do Estado Constitucional Democrático de Direito.

O novel arquétipo da motivação, tal como delineado linhas acima, ostenta idoneidade institucional para consentir mais adequada controlabilidade racional (endo e extraprocessual) sobre a juridicidade e a justiça do *decisum*. Há, entretantes, mais. As razões justificativas da decisão, fornecidas pelo órgão julgador, permitem aferir, em cada caso concreto, o grau de efetividade das demais garantias constitucionais formais do processo. Em outras palavras, a parametrização da motivação obrigatória e pública tem por escopo primacial tornar efetivas as garantias fundamentais do processo (*v. g.*, acesso à Justiça, igualdade, direito de defesa, contraditório, independência e imparcialidade do juiz, como condição primaríssima para o desempenho da função jurisdicional, e sua sujeição à dimensão de juridicidade, duplo grau de jurisdição, publicidade processual, devido processo legal). É o único meio para que, na

ambiência da atividade defensiva das partes, se possa verificar *in concreto* se foram, de verdade, observadas no caso particular.

Essas benfazejas inovações legislativas na arquitetura da motivação, transportadas no projeto de Código de Processo Civil brasileiro, fortalecem sua couraça teórica de *garantia do garantismo*, por se constituir em condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo justo, no campo da concreta administração da justiça.

Em semelhante perspectiva, por exemplo, quatro satélites gravitam em torno do cânone da motivação da decisão judicial, expressando-lhe as razões, como garantia *in concreto*: (i) verificação da atuação equilibrada e imparcial do órgão julgador; (ii) controle da juridicidade das decisões judiciais; (iii) aferição se o juiz levou em consideração, aquilatou, as alegações deduzidas pelas partes e se procedeu à valoração da prova em contraditório, assegurando-se aos litigantes efetiva participação no procedimento, de arte a influir no resultado final da atividade jurisdicional, dando-se, nesse singular aspecto, efetividade ao direito de defesa (de ser ouvido e de ver estimadas pelo juiz as questões que tiverem suscitado); (iv) razoável expectativa das partes, dos jurisdicionados e da sociedade de segurança e confiança na jurisdição e na concreta administração da justiça³⁷⁴.

3.7 Esforço de sistematização dos elementos da motivação: integralidade, força dialética e correlação

Inexiste, abstratamente, desenho que, por si só, traduza a feição de um processo justo. Assim, a definição de justeza depende das especificações do caso concreto e de sua harmonização às garantias fundamentais do processo. No curso do *iter* procedimental, como bem se compreende, saltam inúmeras questões específicas que energizam a atividade decisória complexa do juiz, que devem ser adredemente resolvidas, em operações lógicas encadeadas, em um feixe orgânico de conclusões parciais, até ser pronunciada a conclusão final.

³⁷⁴ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 139: “*Y todo esto es de una importancia excepcional, porque el reconocimiento en sede constitucional de la garantía de motivación de las sentencias implica que, al meno, en el plano formal, los ciudadanos tengan una razonable expectativa de seguridad y confianza en la jurisdicción, cuando ejerciten la acción en un concreto proceso. El reconocimiento de esta garantía en sede constitucional subraya especialmente el compromiso de limitación y sujeción del Estado a su propio Derecho en las sentencias.*”

Nessa moldura, dizer que a motivação da decisão judicial está sob o signo da integralidade é dizer que, no texto da fundamentação, todos os critérios de escolha ou de valoração adotados pelo juiz não de ser devidamente justificados. Por exemplo: escolha da norma, principalmente quando houver um concurso de normas, ou a determinação da regra aplicável dependa da solução de um conflito de leis no tempo ou no espaço, e sua interpretação, acertamento dos fatos, critérios jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos, ao longo do roteiro de sua viagem decisória, devem ser justificados. Ao órgão julgador, no objetivo de cobrir todo o perímetro decisório, cumpre apreciar a totalidade do material fático-jurídico produzido em contraditório pela atividade das partes, pois que relevante para o julgamento de cada caso. Nesse peculiar aspecto, com coluna vertebral flexível, a completude da motivação (i) conecta-se ao direito dos litigantes de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz acerca de suas posições jurídicas e, conseqüentemente, na conformação do conteúdo dos pronunciamentos jurisdicionais³⁷⁵; (ii) reclama adequação entre o discurso justificativo e a temática concretamente representada nos autos do processo, espelhada no objeto da decisão.

O juiz deve decidir, em consonância com sua livre convicção motivada³⁷⁶, a demanda nos limites em que foi proposta, prendendo-se qualitativa e quantitativamente à petição inicial do processo,³⁷⁷ cujo pendor, dentre outros, é o de fixar a natureza e a extensão do litígio. A inteireza da motivação recomenda, por exemplo, que as questões ou pontos de fato e de direito reputados inessenciais pelo juiz para o julgamento do conflito também devam ser expressa e suficientemente justificados. É de rigor que o órgão judicante evidencie na decisão que deles tomou conhecimento e exteriorize, embora sucintamente, as razões que condicionaram sua convicção a desprezá-los. Quer-se dizer que o juiz há de prestar contas

³⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.154: “A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões, critério “*notevolmente ambiguo e in gran parte oscuro*”. De modo nenhum. A completude da decisão tem de 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.”

³⁷⁶ MONACI, Stefano. L’esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 260.

³⁷⁷ COSTA, Lopes da. **Manual elementar de Direito Processual Civil**. 3. ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982, p. 215-216: “O juiz, ao lado da obrigação negativa de não decidir fora ou além do pedido, tem o dever de decidir *sobre todo o pedido*. Pode, por um lapso, entretanto, deixar sem solução algum pedido feito. Declarou, por exemplo, a rescisão de contrato, mas não se referiu às perdas e danos pretendidos pelo autor. Mandou restituir a coisa, mas não condenou o réu a restituir frutos e rendimentos. *É a sentença omissa ou incompleta*.” (Grifos no original).

(*reddere rationem*) de todas as valorações utilizadas nos enunciados de fato (versão escolhida e contraversão refutada) e de direito (a interpretação jurídica placitada e aquela rechaçada). A solução de tais questões serve de guia até a conclusão final abonada ao conflito. É o reino dos porquês: porque o resultado de uma prova foi apreçado como essencial ao acerto da verdade dos fatos e outro etiquetado de escassa relevância; porque determinado motivo prevaleceu sobre outros legitimamente aceitáveis, sob o ângulo de mirada dos valores arraigados no meio social em que a decisão foi pronunciada e em determinado contexto histórico. A não ser assim, a indulgência com a vulneração da plenitude justificativa da motivação acarretará, simetricamente, violação das garantias fundamentais do acesso à tutela jurisdicional efetiva e justa, da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal.

Firme no princípio político da participação democrática, os litigantes produzirão a matéria-prima que necessariamente haverá de ser valorada, justificada, na formulação da solução das questões fático-jurídicas ventiladas pelas partes, em contraditório, colocadas na base da ilação final, em condições de igualdade, perante juiz independente e imparcial. O amplo e contínuo diálogo judicial, a par de anabolizar o fenômeno da humanização do processo, representa precioso fator de legitimação do concreto exercício da jurisdição.

Em semelhante contexto, não se afigura apropriado afirmar, *sic et simpliciter*, que a motivação se preste a justificar tão só a hipótese vencedora. Não por acaso, as ideias de completude e de plenitude (*completezza*) da justificação estão na ordem do dia: a motivação não serve para justificar a própria decisão, denotando, a ser diferente, sua incompatibilidade com o Estado Constitucional Democrático de Direito, deixando-se, por assim dizer, a hipótese sobrepujada no limbo do discurso justificativo. O discurso justificativo judicial não colima simplesmente indicar motivos (antecedentes causais) que expliquem a decisão, senão que, em um clima de racionalidade, externar razões aptas a justificar a solução encontrada e, ao depois, a hipótese deprimida³⁷⁸, segundo valores aceitos pela cultura jurídica. A motivação tem implicação material e não meramente formal. Daí descende que se faz mister não apenas a justificação formal, na qual o juiz declare as razões que determinaram sua decisão, mas também, e sobretudo, a justificação material, assente nos fundamentos depositados à base de tal deliberação. Por conseguinte, o órgão julgador deve analisar (e evidenciar que levou em consideração) o material produzido pela atividade das partes, em contraditório. Não se mostra

³⁷⁸ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 196.

razoável imaginar que, discricionariamente, dependendo de seu humor, o juiz possa escolher, para apreciar e julgar, apenas algumas das questões que, nos autos do processo, as partes em contraditório lhe submeterem (dever de congruência)³⁷⁹. O juiz deve analisar todas as questões relevantes postas à sua cognição e julgamento, externando a base essencial de conformação da decisão. Tal postura judicante escorrega do princípio político da participação democrática, a permitir que as partes possam influir no desenvolvimento intelectual da convicção do juiz e, *ipso facto*, no conteúdo de suas decisões³⁸⁰. É o único meio para se aferir o efetivo respeito ao direito fundamental de defesa.

Legitimamente, jurisdição não há quando o juiz deserta de seu dever de motivar a sentença, dispensando-se de gerar base argumentativa de seus critérios de escolha ou de valoração atinentes aos fatos e ao direito, objeto de debate, com paridade de armas, no caso particular. A exigência de dialeticidade, como oxigênio vital, ilumina todo o procedimento. Daí resulta especialmente que a força dialética das alegações e argumentos de fato e de direito ensartados pelos sujeitos parciais nos autos do processo irá tonificar a musculatura das razões justificativas, transferindo-se para o documento da motivação, no fito de torná-las aceitáveis. Com a utilização de técnicas argumentativas, por exemplo, o juiz terá de desincumbir-se da tarefa complexa de justificar de que modo a mais adequada interpretação da norma consona com a melhor hipótese de solução do caso concreto. Para além dos lindes de um mero silogismo final (ou a sinopse de um número indeterminado de silogismos que, nos raciocínios em cadeia do juiz, *pari passu*, resolve as múltiplas questões de fato e de direito³⁸¹ relevantes para o julgamento da demanda), o discurso justificativo judicial, ao adotar a argumentação como fio lógico do raciocínio decisório, há de derivar de um exercício dialético, conformado pela atividade em contraditório das partes, materializado na motivação do pronunciamento jurisdicional. Portanto, as razões justificativas devem espelhar dialeticamente a concreta consideração das formulações fático-jurídicas salientes ofertadas pelos contendores, na efervescente discussão da causa, durante todo o itinerário procedimental.

³⁷⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas D. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 102-103.

³⁸⁰ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. p. 272.

³⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. p. 511: “Não há sequência obrigatória entre o exame do fato e do direito. Dadas a complexidade e a interpenetração de temas que comumente se notam nas questões judiciais, muitas vezes, “de par com a elucidação dos fatos, opera-se a resolução dos pontos controversos sobre a norma aplicável e seu devido entendimento”. Por isso, “em alguns casos, o juiz faz preceder a *quaestio juris* à *quaestio facti*, enquanto em outros é o inverso que se dá. Hipóteses ainda surgem em que se opera concomitantemente a resolução das questões de fato e de direito, tal o entrelaçamento íntimo que apresentam.”

Dito de outra maneira, atento à estrutura dialética do procedimento, com a isonômica participação das partes, em contraditório, cumpre ao juiz demonstrar que, dialogicamente, foram levadas em consideração todas as razões disponíveis e apreçados todos os elementos relevantes, inclusive aqueles introduzidos por iniciativa *ex officio*, à formulação da melhor solução para o caso concreto. A preferência pelo juiz em relação à determinada versão dos fatos, a implicar eleição de certa hipótese de julgamento, deve ser suficiente e congruamente justificada, mediante razões discursivas alocadas na fundamentação. Contudo, não se pode descuidar, no recinto do discurso justificativo, de sua contraversão ou hipótese inversa de decisão, no fito primordial de incluir a atividade defensiva das partes no julgamento.

A congruência narrativa há de permitir, no esquadramento do discurso justificativo, a verificação se a versão encampada pelo juiz exala sentido, à luz do acertamento da verdade dos fatos relevantes pelo mesmo *decisum*. Um exemplo basta para demonstrar o asserto: ao juiz cabe justificar a versão dos fatos por ele abraçada e, sobretudo, também enunciar explicitamente as razões pelas quais não aceitou as provas contrárias, que poderiam levar a uma solução diferente do conflito. De sorte que versão e contraversão não de ser igual e simetricamente justificadas, quer para abrigar uma e rechaçar a outra, ou vice-versa. A pedra filosófica processual representa para o juiz o dever de levar em conta todas as contribuições dos contendores, em contraditório, estimá-las, eventualmente acolhê-las, jamais ignorá-las. A ser diferente, haver-se-ia uma anomalia tão intolerável quanto a estação do outono sem o amarelar das folhas das árvores.

O direito fundamental à tutela jurisdicional qualitativamente efetiva e justa não prescinde de motivação suficiente e cônica.³⁸² Significa, sob o prisma da correlação, correspondência do texto justificativo, dos elementos considerados como baldrame da decisão, com os dados efetivamente existentes nos autos do processo. As razões justificativas não de guardar, intrinsecamente, pertinência temática com a controvérsia submetida à cognição judicial e com o material encartado nos autos do processo e submetido ao filtro purificador do contraditório das partes, no qual o juiz também se insere. Faz-se mister que todos os destinatários da motivação entendam as razões que conduzam à conclusão final. A correlação entre os dados processuais e a motivação, enquanto teia argumentativa dotada de

³⁸² Ley de Enjuiciamiento Civil espanhol (Ley nº 1/2000, de 7 de enero), Artículo 218, 1: “*Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito (...)*.”

estrutura lógica, anima sua correção e robustece, no plano empírico, a garantia de cognição jurisdicional efetiva.

A integralidade da motivação submete-se às exigências de justificação (ou de legitimação), as quais experimentam oscilações derivadas de cada caso concreto, segundo os diferentes contextos de justificação racional das opções (*v. g.*, cognitivas, valorativas, interpretativas) feitas pelo juiz e que condicionaram a decisão. As eleições não de ser expressamente justificadas, não podem permanecer implícitas, subentendidas, ocultas, camufladas. Ao juiz cumpre tornar explicitamente conhecida a formulação encadeada dos juízos de fato e de direito conducente à conclusão final.

Entretantes, semelhante inteireza não quer dizer que, como ato público de documentação, a motivação deva reproduzir, com fidelidade, todo o iter lógico-psicológico seguido pelo juiz para chegar à sua decisão. Basta pensar em dois argumentos extraídos da experiência forense: (i) há, não raro, casos em que a motivação será escrita muito tempo após o momento no qual o juiz concebeu sua decisão; (ii) há, também, casos em que a motivação é redigida por apenas um dos integrantes do colegiado que formulou a decisão. A justificação completa não prescinde da necessária presença dos argumentos que confirmem a validade dos critérios de escolha ou de valoração dos quais a decisão descende³⁸³. Numa linha: a integralidade da motivação diz respeito à justificação da decisão, mas não se confunde com as chamadas “razões reais” da decisão, posto que, raramente, haverá perfeito acoplamento entre o processo lógico seguido pelo juiz até o epílogo representado pela decisão (*v. g.*, argumentos, materiais cognoscitivos, informações, valorações) e as razões justificativas grafadas na motivação.

A integralidade da motivação diz menos com os traços característicos formais do discurso judicial (*v. g.*, linguísticos, sintáticos, de estilo) do que com o conteúdo e a estrutura do raciocínio justificativo articulado pelo juiz, não se exigindo uma determinada extensão quantitativa na formatação do discurso argumentativo (por exemplo: quantidade *x*, *y*, *z* de páginas reservadas à motivação). Porque assim é, motivações prolixas, não raro encontradas na praxe forense, a par de ironicamente ocultarem, pela palavra, o pensamento do juiz, mostram-se incompletas, apartadas de adequada justificação dos critérios de escolha ou de valoração determinativos da decisão, ao passo que motivações sintéticas podem perfeitamente

³⁸³ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-49, esp. p. 48.

cumprir semelhante função justificativa, à luz das singularidades de cada caso concreto³⁸⁴ e, endo e extraprocessualmente, permitir a respectiva controlabilidade racional.

Integralidade (plenitude) da justificação, força dialética (discurso justificativo dotado de razoabilidade) e correlação (congruência), como elementos da motivação, avigoram a controlabilidade racional dos critérios de escolha (v. g., jurídicos, hermenêuticos, cognoscitivos, valorativos) empregados pelo órgão julgador³⁸⁵. Essa tríade apenas é suscetível de adequada aferição à luz das especificações de cada caso. A ser diferente, haveria burla ao dever de motivar, como necessidade de ordem lógica, traduzida em afronta à garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva, além de pavimentar também a estrada para a parcialidade judicial.

3.7.1 O problema do “conteúdo mínimo”

A integralidade (plenitude) da motivação dos pronunciamentos jurisdicionais, enquanto discurso justificativo, pressupõe o seguinte quadro esquemático básico: (i) resolução de questões, em múltiplas operações lógicas (v. g., preliminares, prejudiciais, de fato, de direito), a fim de que, então, a conclusão final possa ser assentada; (ii) correta escolha da norma aplicável e sua aceitável interpretação; (iii) adequado acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa; (iv) qualificação jurídica do fato ou conjunto de fatos; (v) declaração das consequências jurídicas provenientes do *decisum*³⁸⁶. Somem-se, na delimitação do conteúdo mínimo essencial da motivação, (vi) o contexto dos nexos de implicações e de coerência entre tais enunciados (i, ii, iii, iv, v), e (vii) justificação dos

³⁸⁴ ZOCO ZABALA, Cristina. **Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias** (artículos 14 y 24.1 CE). Barcelona: J. M. Sosch Editor, 2003. p. 104-105: “*En definitiva, es preciso que puedan ser conocidos los fundamentos jurídicos en que se basa la resolución judicial, esto es, los hechos concretos probados por las partes en relación con la calificación jurídica que se les atribuye o los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión. Todo ello, con independencia de que la motivación suficiente del fallo, siendo un concepto indeterminado, lleve a su análisis en cada caso concreto, poniendo de manifiesto la ratio decidendi con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia retórica o de la pureza estilística en el desarrollo de los argumentos jurídicos.*”

³⁸⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 451.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 450.

enunciados particulares de acordo com critérios de escolha ou de valoração do juízo racionalmente corretos³⁸⁷.

Nessa silhueta é que se torna possível dialogar acerca da aceitabilidade do “conteúdo mínimo” (necessário, mas também suficiente) da motivação, no sentido de considerá-la, em sua amplitude, suficiente se e quando contemplar todas as questões fático-jurídicas ou pontos relevantes para o apropriado julgamento da causa. Dizer que uma decisão deva ser suficientemente motivada é dizer que há de estar apoiada em argumentos fundamentados, razoáveis e baseada em critérios objetivos e gerais. A motivação completa, em seu perfil horizontal, há de rigorosamente corresponder ao calibre do direito de defesa e do contraditório, e não se fundar em elementos meramente formais, assegurando-se às partes efetiva e simétrica participação no processo, mediante equalizadas oportunidades e exercício de impugnação e de defesa, no tocante a qualquer questão proeminente suscitada ou relevada de ofício em cada caso, a fim de que sejam expressamente acolhidas ou rechaçadas. A ser diferente, o direito fundamental de defesa não passaria de mera formalidade.

A inteireza da motivação (*completezza*) há de ser perscrutada à luz de cada caso particular³⁸⁸. As exigências de justificação material ou quantidade mínima de fundamentos, como é intuitivo, são diretamente proporcionais às peculiaridades do caso concreto submetido à cognição judicial, com reflexos na decisão. A bitola do discurso justificativo é condicionada pelas especificações de cada caso, tal qual ocorre com a régua de chumbo empregada pelos

³⁸⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 466-470, esp. 467.

³⁸⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 128-129: “Le schème théorique de la motivation légale concrète contient l’énumération des éléments, qui peuvent y être contenus. Leur nombre dépend des caractéristiques d’un cas concret, de l’argumentation des parties et des compétences de l’instance du tribunal décidant le cas. Selon le modèle de l’application judiciaire du droit l’énumération des éléments qui peuvent être contestés dans le procès donne la liste suivante: a) La validité des normes appliquées, spécialement à la suite des changements de la régulation juridique et dans le cas de conflits des lois et l’emploi des directives qui le règlent. b) L’interprétation des normes appliquées, quand on s’oppose au “sens immédiat” du texte, interprétation qui demande, en règle générale, des estimations et des choix des directives d’interprétation. c) La thèse existentielle sur la réalité des faits du cas (la décision en matière de preuve), quand on conteste sa justification à la lumière des matériaux présentés pendant le procès, qui ne touchent pas les directives de la libre estimation des preuves si celle-ci est admise dans la procédure. d) la qualification des faits, qui implique la subsumption et est strictement liée avec l’interprétation. e) La détermination des conséquences légales des faits démontrés, quand il y a les directives du choix des conséquences, ou quand on attaque les estimations, qui justifient la détermination libre des conséquences. f) Les raisonnements contenus dans la motivation légale concrète quand on démontre leurs fautes, et les estimations du tribunal, quand on soutient qu’elles ne sont pas justifiées du point de vue de l’axiologie acceptée. On peut dire d’une façon générale que la contestation de la motivation légale concrète vise les informations sur les normes (les éléments (a) (b) (d) (e)) et sur les faits (l’élément (c)), les estimations et la validité des raisonnements (tous les éléments).”

construtores de Lesbos³⁸⁹ para ajustar as molduras: a régua amolda-se aos contornos da pedra e não é rígida, da mesma maneira que o vigor da dosagem de justificação se acomoda às particularidades que presidem cada caso concreto, quer no juízo de fato³⁹⁰, quer no juízo de direito. Em decorrência da escassez normativa acerca da motivação (e da própria sentença)³⁹¹, inexistente, por isso mesmo, um parâmetro fixo, genérico e abstrato, para se saber que condições concretas a decisão deva preencher para que se considere suficientemente fundamentada.

Nada obstante as dificuldades na concepção de um modelo teórico que, abstratamente, estabeleça, com precisão, as fronteiras entre decisão insuficientemente fundamentada e aquela destituída de motivação, algumas pistas afloram aqui e acolá, tendo sempre como pano de fundo as especificidades de cada caso. Com efeito, assentes parâmetros da motivação suficiente, a decisão não pode ser havida como imotivada ou com insuficiência de motivação se, por exemplo, os fundamentos indicados espelharem errôneo acerto dos fatos, forem destituídos de vigor argumentativo ou se a interpretação judicial for notoriamente inaceitável, ante o teor literal da norma. Outro cenário, completamente diverso, se descortina quando a motivação se omite em apreciar e justificar, por exemplo, a hipótese repelida pelo juiz ou mesmo questões fáctico-jurídicas que tenha estimado não-essenciais, sendo desinfluentes para alterar a conclusão final assentada. Não se podem perder de vista, por exemplo, a maior racionalização da atividade jurisdicional e a eficiência do controle sobre a “obra” do juiz, de sorte que uma questão fáctica reputada inessencial pelo juízo da causa poderá, inversamente, aos olhos do juiz revisor (no juízo do recurso) ser considerada crucial para o correto desate da lide. Nestas amostras de motivação despida de dialeticidade, a decisão há de considerar-se

³⁸⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães; Revisão Rosana Gilioli. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012, 5.10.1137b.30.

³⁹⁰ TURRONI, Davide. La motivazione della sentenza civile di primo grado: rapporto con l'istruttoria svolta, ragionamento probatorio, forme abbreviate. In: **Incontro di studi "La motivazione dei provvedimenti civili"** organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2008. Disponível em: <[http://academia.edu/1426473/LA MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE DI PRIMO GRADO](http://academia.edu/1426473/LA_MOTIVAZIONE DELLA SENTENZA CIVILE DI PRIMO GRADO)>. Acesso em 23 set. 2013. p. 1-23, esp. p. 11: “*l'esigenza di giustificare le asserzioni sulla quæstio facti controversi precisa alla luce dell'art. 360, n. 5, c.p.c. e della elaborazione fattane dalla giurisprudenza, con specifico riguardo al concetto di motivazione sufficiente. Pertanto: – giustificare l'affermazione sul fatto controverso significa: a) individuare i quesiti – o le sequenze di quesiti – in cui la divergenza sul fatto è scomponibile; b) indicare gli elementi atti a risolverli in un senso e nell'altro – fonti di convincimento (di fatto o di diritto), asserzioni «minori» relative a questioni di fatto o di diritto logicamente «anteriori» – ; c) scegliere l'elemento (o gli elementi) cui dare prevalenza e d) dare la soluzione conforme.*”

³⁹¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 71-72.

insuficientemente motivada. Não à aberrante motivação implícita³⁹² ou motivação, ela própria, motivada pela lei do menor esforço (*via minoris resistentiae*).

Nalgumas hipóteses, o juiz se omite em apreciar questão ou ponto que, se fossem estimados, alterariam o julgamento da causa, bem como ainda preliminar que, se placitada, teria o condão de impedir o julgamento do mérito. Noutros casos, o acórdão pura e simplesmente se reporta aos fundamentos da sentença, sem atentar para a crítica argumentativa deduzida pelo recorrente ao *decisum*.³⁹³ Em casos tais, no teatro do processo civil cooperativo, de inspiração democrática e publicística, assente na participação das partes, em colaboração com o juiz, e vice-versa, no escopo de formação da decisão, em seu desenho definitivo e aprimoramento técnico-qualitativo do julgado, assume, sob boa luz, especial relevo o recurso de embargos de declaração³⁹⁴.

Há decisão com falta de motivação gráfica, na qual o juiz deserta de seu dever de indicar as correspondentes razões justificativas, vale dizer, depara-se ausência de qualquer documento sobre o *iter* do raciocínio decisório, no qual o juiz enuncie os motivos que o levaram a adotar determinada solução para o litígio (*v. g.*, sentença grafada apenas com relatório e parte dispositiva). Verifica-se, a um relance d'olhos, cabal omissão de um discurso justificativo, mínimo que fosse. Pode ocorrer, e comumente ocorre, a aparência de motivação. Tem-se pronunciamento jurisdicional com falta de motivação ideológica, como quando acórdão cuja fundamentação não exiba correlação alguma com o caso concreto posto em juízo, representado pelos dados existentes nos autos do processo. Semelhante impropriedade lógica, traduzida no descompasso da argumentação apresentada nas “razões justificativas”, equivale naturalmente à própria falta de motivação, pois o discurso judicial, tal como impertinente enunciado, se mostra inidôneo a justificar a decisão. Nessa hipótese de falsificação ideológica da realidade retratada nos autos do processo, considerar a motivação existente, ainda que a “justificação” não seja a melhor, é trapacear o imperativo constitucional de motivação de toda decisão judicial, a par de inviabilizar a respectiva controlabilidade racional (interna e externa). Não se podem, com a seriedade própria da função jurisdicional,

³⁹² O tema da motivação implícita é objeto do Capítulo Nono *infra*.

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2. p. 1.080. Vide, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-lei n. 5.452, de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), Art. 895, inciso IV: “terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.” Incluído pela Lei n° 9.957, de 12.1.2000.

³⁹⁴ O problema da necessária redenção dos embargos de declaração é objeto do Capítulo Décimo *infra*.

articular razões no documento da motivação que não guardem a mais tênue pertinência temática com a espécie dos autos. Não se pode confundir o amor com a indiferença.

Desse modo, não seria despropositado defender a trincheira teórica de que o projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, § 1º e § 2, sobre conformar a estrutura material e a fisionomia lógico-jurídica da motivação, com a resolução pelo juiz de todas as questões que as partes lhe submeterem, aponta qual seria o conteúdo mínimo necessário ou a anatomia de razões justificativas para que se considere uma sentença suficientemente motivada. Nessa ótica, a ideia de conteúdo mínimo se coaduna, formal e materialmente, com a novel normatização do dever de motivar.

Daí descende, no espectro dos direitos e garantias constitucionais do processo equo e justo, que, sob o pálio de argumentação *a contrario sensu* do disposto no § 1º do art. 499, é de considerar-se “fundamentada a decisão, sentença ou acórdão” que, em sua ossatura argumentativa básica e intrínseca estrutura, cumulativamente: (i) não se restrinja “à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo”; (ii) não “empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”; (iii) não “invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”; (iv) enfrente “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”; (v) não se limite “a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”; (vi) não deixe 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”. Demais disso, em caso de colisão entre princípios, o órgão julgador “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”: § 2º do art. 499.

O projeto de Código de Processo Civil brasileiro, ao definir um *arquétipo de justificação* dos pronunciamentos jurisdicionais, condiciona, formal e materialmente, a densidade qualitativa de sua respectiva estrutura. As razões documentadas na motivação não de se acomodar ao figurino legal da justificação. Noutro dizer: conforma-se objetivamente a substância da motivação, com o que deve e o que não deve figurar da novel gramática das razões justificativas. Implica especificar o conteúdo mínimo³⁹⁵ obrigatório (*rectius*: conteúdo

³⁹⁵ DIAS, Luciana Drimel. Motivação sentencial como garantia constitucional em um Estado Democrático de Direitos. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROVER, Aires José. **Processo e Jurisdição**. Organização: CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 295-312, esp. p. 308: “No entanto, é fundamental frisar

essencial da motivação). Por exemplo: haverá insuficiência de motivação, por desdenhar do *arquétipo de justificação*, ante a falta de concretização do conceito à espécie do caso particular, ao empregar “conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”. É supérfluo dizer que, nessa moldura formal, tornou-se menos hercúlea a empreitada de garimpagem de possíveis contravenções perpetradas pelo juiz ao redigir as razões nas quais se baseiam os critérios de escolha ou de valoração por ele adotados.

Merece menção à parte o problema do conteúdo mínimo conexionado com hipóteses nas quais o próprio legislador franqueia a forma concisa de apresentação do discurso justificativo judicial. Uma espécie de ossatura de motivação abreviada *ex lege* da extensão gráfica da motivação, em fórmula concisa, configuração sucinta, forma simplificada. Dois exemplos, ordenados do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, são oportunos: (i) art. 165. “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.” e (ii) art. 459. “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa”.

Não é fadiga inútil reafirmar que motivação em estilo conciso não se confunde evidentemente com sua falta. Todos os pronunciamentos jurisdicionais hão de ser motivados, exteriorizando justificação material suficiente de seu conteúdo e prestigiando o contraditório mediante conhecimento, análise e apreciação pelo juiz de todas as questões relevantes para o julgamento da causa³⁹⁶. Impõe-se-lhe evidenciar que efetivamente levou em conta toda a atividade argumentativa e probatória dos contendores³⁹⁷.

que esta avaliação deve dar-se ao nível de uma ação linguística que não seja apenas formal e retoricamente bem construída dentro do contexto exposto, mas que se apresente permeada de conteúdos axiológicos devendo, principalmente, este discurso ser uma ação genuína de seu agente (juiz). Este é um orador com obrigação de um discurso racional decidindo o conflito, mas que, a despeito da racionalidade (com vistas à razoabilidade) deste discurso, o concebe e deve concebê-lo sob filtros axiológicos, mas principalmente sob a égide de uma Ética concreta e de uma Moral global, ciente de sua responsabilidade (política, social, jurídica), mas também da responsabilidade para com a sua própria consciência. Eis aqui o “conteúdo mínimo” do discurso da motivação.”

³⁹⁶ ADORNO JÚNIOR, Helcio Luiz e SILVA, Luiz Pereira da. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 72, jul./set. 2010. p. 83-96, esp. p. 94: “Costuma-se reputar a sentença sucinta de lacunosa. Não é necessariamente assim, pois uma sentença direta e objetiva consegue enfrentar mais facilmente os principais pontos do litígio com a necessária motivação dos posicionamentos adotados para sua solução.”

³⁹⁷ GRECO, Leonardo, op. cit., p. 373.

O conteúdo mínimo (necessário, mas também suficiente) da motivação abreviada, principalmente no juízo de fato, não pode eclipsar o direito de defesa das partes. Assim, uma norma pode simplificar a exposição do desenvolvimento do processo, mas não poderá aboli-la totalmente, pois, por exemplo, o relatório é elemento essencial da decisão.³⁹⁸ Demonstra que, empiricamente, o juiz tem pleno conhecimento do conteúdo dos autos do processo,³⁹⁹ uma vez que o relatório deve consignar as circunstâncias que caracterizam aquela específica demanda, pela alusão às partes, ao objeto do pedido, à base da defesa, aos incidentes do processo, ao resumo das principais questões de fato e de direito suscitadas pelas partes, ao resultado das provas produzidas. O relatório, como expressão autônoma de racionalidade, implica, não raro, repercussão sobre a motivação (ou mesmo sobre o dispositivo do julgado). Com efeito, em sede de motivação, o juiz resolverá as questões previamente enumeradas no relatório, *i. e.*, a motivação tem de estar ambientada com o relatório.

A visualização desse “mínimo” de motivação, no discurso justificativo elaborado pelo juiz, é necessária para que, por exemplo, a sentença seja qualificada como pronunciamento jurisdicional. Significa reafirmar que a motivação da decisão judicial é condição essencial para que se reconheça um exercício legítimo do poder jurisdicional ou - caso se prefira - sem motivação do julgado não há jurisdição.

À tradicional dicotomia da motivação completa e suficiente, e à incandescente discussão que gravita em torno dela, prestigiosa doutrina contrapõe a ideia de motivação correta e aceitável. Supõe-se que o discurso justificativo da decisão judicial deva hospedar um

³⁹⁸ Nada obstante, nas causas cíveis de menor complexidade, vide Lei federal 9.099, de 26.09.1995, em seu art. 38: “A sentença mencionará os elementos de convicção do Juiz, com breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.” Vide, também, no procedimento sumaríssimo trabalhista, o Art. 852-I do Decreto-lei n. 5.452, de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho): “Art. 852-I. A sentença mencionará os elementos de convicção do juízo, com resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, dispensado o relatório.” (Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000)

³⁹⁹ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 3, t. 2, p. 265-266: “É, como já se disse, requisito consagrado como essencial pela mais provecta doutrina, não só por uma questão de método, senão principalmente porque, graças a êle, é que o juiz demonstra o conhecimento da espécie controvertida”. Assim também, GRECO, Leonardo, op. cit., p. 271: “O relatório deve evidenciar que o juiz efetuou a leitura atenta de todo o processo, adquirindo pleno conhecimento de todo o seu conteúdo, de todas as provas e de todas as alegações apresentadas pelas partes (...)”; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1, p. 405: “Mesmo o *relatório*, onde o juiz faz a simples descrição resumida das principais ocorrências verificadas no curso do processo, indicando o pedido formulado pelo autor e seus fundamentos, bem como as defesas opostas pelo réu, tem importância decisiva como porção do ato sentencial. Através dele é que as partes podem aferir se o julgador examinou com a devida atenção todas as peculiaridades da prova existente nos autos e a fundamentação jurídica com que cada litigante pretende demonstrar a procedência de suas alegações.” (Grifos no original).

conjunto de elementos, para que possa ser havido como materialmente correto ou conforme ao direito. A correção material é uma exigência inerente à motivação do pronunciamento jurisdicional e tem em mira aferir a razoabilidade ou irrazoabilidade e a coerência entre as premissas do raciocínio judicial. O controle é duplo: de um lado, formal, da conexão existente entre as premissas, e, de outro, material, sobre o conteúdo das mesmas. O respeito à garantia da motivação judicial integra, em essência, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Disso resulta a análise da relação entre as premissas e da correção substancial das mesmas,⁴⁰⁰ para fins de aceitabilidade da decisão judicial.

3.8 Racionalidade interna e externa: ausência de incoerências, correção de inferências e forma de estruturação de premissas da conclusão final

A garantia fundamental da motivação exhibe, além da integralidade e da controlabilidade, o traço característico da racionalidade. Por assim ser, a motivação, enquanto discurso argumentativo coerente e articulado de razões justificativas, tem por objetivo primordial revelar que, à luz da logicidade, a decisão é juridicamente válida e que está alicerçada no correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Um passo à frente, ao juiz incumbe evidenciar que seu julgamento pautou-se nos fatos comprovados nos autos do processo e na imparcial aplicação do Direito. A fundamentação iluminada por critério racional, não puramente “voluntarístico”, é o antídoto que neutraliza o veneno do arbítrio do juiz⁴⁰¹. A sentença não é ato de imposição de vontade autoritária, pois, iluminada pela racionalidade, descansa em um juízo lógico⁴⁰². Aliás, para além de

⁴⁰⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**, op. cit., p.170-172.

⁴⁰¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 3. p. 249: “A motivação da sentença é a garantia da própria administração da justiça, para que, não só as partes, mas todos os cidadãos possam saber, exatamente, que a sentença não foi a pura e simples aplicação do arbítrio.”

⁴⁰² PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento. Arts. 444 a 495 [coordenação Ovidio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 6. p. 98-99.

necessidade lógica do julgado, a motivação é um imperativo do próprio sistema de administração da justiça⁴⁰³.

A justificação do *decisum* há de conformar-se aos cânones racionais comumente reconhecidos e aceitos no ambiente sociocultural e histórico no qual o juiz labora. A motivação, aparelhada a partir de um procedimento racionalmente estruturado (modo de ser do processo), deve responder a tais regras de validade, provenientes dos valores, do raciocínio jurídico, da ética, do Direito. A bondade das razões ou dos motivos de uma decisão judicial configura importante fator de sua justificação, valoração qualitativa ou aferição de sua justiça substancial.

A acepção de racionalidade, aqui invocada, para além de seu cunho instrumental (adequação dos meios aos fins) ou axiológico (fundamento dos fins ou dos princípios fundamentais informadores de um sistema ético), de um lado, singulariza um discurso justificativo judicial despido de contradições e que a decisão é objeto de inferências corretas dos próprios enunciados normativos e factuais (racionalidade interna), e, de outro, marca a congruidade contextual entre motivação e decisão ou a correção da forma pela qual foram objetivamente assentadas as premissas (racionalidade externa), a par do sentido harmonioso dos enunciados fático-jurídicos articulados no raciocínio judicial⁴⁰⁴.

O raciocínio judicial apresenta dupla feição: interna (ou contexto decisório) e externa (ou contexto justificativo). Na primeira, a justificação consiste na estrutura lógica da decisão, com a utilização de técnica lógico-dedutiva, dizendo respeito à validade entre as premissas fático-normativas e a conclusão. No tocante às decisões, tal raciocínio é a relação entre as premissas - proposição, normas e a decisão final, as regras de inferências aceitáveis pelo juiz. A segunda (externa), principalmente nos chamados casos difíceis, sem o emprego da lógica dedutiva, mas com argumentação racional, consiste na justificação clara, congruente (congruência normativa e narrativa) e coerente das hipóteses, da plausibilidade das premissas que fundamentam o raciocínio judicial, utilizadas na justificação interna, a justificação deregras aceitas, bem como na validade doraciocínio decisório⁴⁰⁵. Semelhante classificação,

⁴⁰³ PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, v. 3. p. 502-503.

⁴⁰⁴ Com uma análise percuciente sobre o tema, vide GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 179-185, 193-196.

⁴⁰⁵ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione, op. cit., p. 48: "*Occorre inoltre che questi giudizi siano convalidati almeno per mezzo della giustificazione interna, ossia sulla base delle premesse da cui muovono, dei criteri impiegati per operare la scelta, e delle inferenze che dalle premesse conducono razionalmene alla formulazione della scelta fra più conclusioni possibili. Può infine essere*

entre justificação interna (vinculações lógicas ou formais uma vez fixadas as premissas) e justificação externa (justificação das próprias premissas), tem a virtude de desnudar as insuficiências da lógica formal e de enfatizar a indispensabilidade de um discurso axiológico. Entretanto, nem sempre será tarefa fácil definir, com exatidão, a linha divisória entre os dois campos justificatórios (interno e externo)⁴⁰⁶.

No controle de semelhante raciocínio, consentido pela motivação, o ponto de partida é a aferição da correspondência entre as razões justificativas e os elementos efetivamente incrustados no processo. O controle envolve não propriamente as elucubrações mentais do juiz ou o *iter* psicológico percorrido até o desabrochar de sua conclusão final, senão que incide sobre a racionalidade das razões por ele exteriorizadas para justificá-la.

A controlabilidade assenta sobre a validade dos motivos formulados, a conduzir ou não à sua aceitabilidade (interna e externa). Num período: um dos vetores de correção do discurso justificativo judicial está em que, na formulação do raciocínio, devem ser somente estimados os dados fáticos e de direito existentes nos autos. Porque assim é, o juiz não pode, por exemplo, desconhecer ou recusar a existência de fato claramente provado nos autos ou, ao revés, afiançar fato inexistente, bem como ainda tomar máxima de experiência infensa ao senso comum ou assentar uma premissa normativa escancaradamente errônea.

Noutro dizer, a justificação interna tem por fito a validade das inferências entre as premissas e a conclusão final. A justificação externa é a justificativa de pressupostos, a justificação das normas aceitas, bem como a validade dos raciocínios⁴⁰⁷. A decisão estará externamente justificada quando brotar a bondade das razões aportadas em suas premissas.

necessaria anche la c. d. giustificazione esterna, ossia la giustificazione delle premesse e dei criteri impiegati per convalidare una scelta. Può infatti accadere che essa non sia indispensabile, quando la scelta è fondata su premesse e criteri che sono generalmente accettati in un dato contesto (ad es. quando si tratta dell'interpretazione consolidata di una norma, o di una massima d'esperienza che corrisponde chiaramente al senso comune): in questi casi è infatti sufficiente la giustificazione interna. È invece necessaria anche la giustificazione esterna quando la scelta del giudice si fonda su premesse e criteri non generalmente accettati, come ad es. l'interpretazione minoritaria o innovativa di un principio costituzionale, o un criterio valutativo non convalidato dal senso comune. In questi casi non vi è mera assunzione di una premessa in sé (relativamente) valida, ma si verifica la scelta di una premessa non ovvia, individuata come valida tra più alternative possibili: di conseguenza, anche la scelta della premessa va a sua volta giustificata."

⁴⁰⁶ VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento justificatorio judicial. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), núm. 21, v. 2, 1998. p. 483-499, esp. 497.

⁴⁰⁷ PERAZZOLI, Fernando David. Justificação interna e justificação externa da decisão judicial: um aporte garantista. **Revista da ESMESC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), Florianópolis, v. 14, n. 20, 2007. p. 175-191, esp. p. 183: "Enquanto a justificação interna analisa a coerência entre as premissas e a própria decisão, a justificação externa não vincula os significantes iniciais entre si no escopo de formar uma conclusão. Em sede de justificação externa, o que importa mesmo é a razão de aceitação de cada premissa, individualmente."

Nesta sede, os critérios para a qualificação de uma decisão como justa são independentes do sujeito que pronuncia a decisão. São as informações do observador, suas estimativas e regras de inferência que determinam a justificação. É especificamente através da justificação de sua decisão que o juiz constrói a credibilidade na qual repousa a confiança que os cidadãos depositam nele. Semelhante confiança se robustecerá na medida em que os cidadãos tenham a possibilidade de sempre conhecer as razões que conformaram a solução do conflito intersubjetivo.

A racionalidade há de presidir tanto a justificação interna quanto a externa. A ausência de incoerências no encadeamento de proposições e na estruturação de premissas fático-jurídicas é um dos fatores determinantes de validade das múltiplas conclusões parciais e final. A correção das inferências também é condição *sine qua non* de validação da decisão judicial.

Nessa moldura, a motivação suficiente, adequada, séria e congruente permite controlabilidade racional interna sobre a validade das inferências feitas pelo juiz entre os enunciados e a conclusão, e, externamente, acerca da legitimidade dos pressupostos, normas e raciocínios abonados pelo órgão julgador. É apenas através das razões justificativas ministradas pelo juiz que se pode aferir se (e em que medida) a racionalidade da decisão prevaleceu sobre o poder. O processo ético, democrático e justo não abre mão dessa premissa nevrálgica.

O sistema jurídico racional, como ponto de partida, não é outro senão aquele que, em linha sistemática, sem arbitrariedade e autoritarismo, exhibe aptidão para produzir decisões judiciárias havidas intrinsecamente como racionais.

Merecem exame específico as maneiras (critérios) de controlar semelhante racionalidade. Primeiramente, as chamadas decisões particularistas, com a maximização das singularidades do caso concreto particular (*v. g.*, a capacidade econômico-financeira das partes envolvidas no conflito), embora possam aparentemente ser mais justas do que as decisões fundadas estritamente no direito posto e alicerçadas sobre normas jurídicas, carecem de parâmetros gerais de decisão e de valoração externa, para além dos muros do caso específico. Em casos que tais, avultam a subjetividade e a discricionariedade do juiz, a traduzir a irracionalidade do próprio *decisum*. Diferentemente, decisões fundadas em normas não são refratárias a um modelo teórico racional, nem a *standards* uniformes e extraprocessuais de *check-up* e de validade racional sobre os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz na formulação do discurso justificativo de sua deliberação. Isso não significa que uma norma justa não possa conduzir a uma decisão injusta, mesmo

quando aplicada de forma racional, por descurar as especificações do caso concreto e compelir o juiz a também fazê-lo. Seja como for, isso não impede em se pensar que a decisão judiciária alicerçada em normas tenda a consentir maior coeficiente de controlabilidade racional (interna e externa).

Em segundo lugar, como bem se compreende, tanto na seara da interpretação e aplicação das normas, especialmente naquelas que hospedem cláusulas gerais ou conceitos juridicamente indeterminados, quanto no espaço do acertamento da verdade dos fatos, como quando se trate de definir a credibilidade de uma testemunha e nos variegados encadeamentos do raciocínio probatório, o juiz estima, apreça e formula múltiplos juízos de valor, alguns encartados em máximas de experiência, abonadas pelo senso comum de determinado lugar e momento histórico-cultural. A bondade dos critérios de tais valorações articuladas pelo juiz há de ser passível de justificação racional. Encoraja a esculpir a hipótese de que, em um contexto jurídico, ao órgão julgador cumpre exteriorizar o critério de valoração e sua concreta utilização, quer no âmbito de justificação interna, quer externa (v. g., quando as premissas valorativas empregadas pelo juiz não sejam pacíficas ou quando adote interpretação de norma notoriamente minoritária).

Há, dentre outras, três maneiras de aferir a racionalidade da decisão judiciária⁴⁰⁸. A primeira modalidade toca à sua estrutura lógica, cuja validade dos enunciados fático-jurídicos do discurso justificativo seja suscetível de controlabilidade, à luz de critérios lógicos. Todavia, a estrutura lógica da decisão não ostenta a virtude de esgotar a análise da racionalidade da decisão. Com efeito, o modelo do silogismo judicial (ou de cadeias de silogismo) difundiu a ideia de que uma dedução mecanicista das premissas pudesse forrar a decisão contra a discricionariedade e o arbítrio do juiz. Foi uma aposta na resolução do problema de vinculação do juiz a critérios racionais de decisão, mediante normas e regras válidas e aceitáveis de raciocínio. No diagrama silogístico, simplificadamente, a premissa maior é a norma, enquanto a premissa menor são os fatos, os quais àquela são subsumidos. Pelo fenômeno da dedução é, então, extraída uma conclusão final, *i. e.*, a solução formulada para o conflito. Nesse esquema, a norma geral e abstrata seria aplicada ao caso concreto particular de modo racional. No momento culminante da decisão saltaria uma noção de dedução silogística. Por assim ser, não se pode dar crédito à teoria do silogismo judicial caso se lhe pretenda atribuir o condão de exaurir integralmente a complexa teia do raciocínio

⁴⁰⁸ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario (a cura di). **L'attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 139-153.

decisório. A decisão não deriva tão somente ou completamente de uma configuração lógica conformada por dedução silogística⁴⁰⁹.

A racionalidade da decisão judicial, malgrado teorias em contrário (v. g., *facts skepticism* do realismo norte-americano, *storytelling*), abraça a motivação sobre o juízo de fato, a qual se submete também a critérios racionais, seja no que concerne ao accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, seja no atinente à controlabilidade (interna e externa) de validade lógica, de coerência e de aceitação⁴¹⁰. Por exemplo: a argumentação e a narração coerentes de um fato podem-se constituir em vetor de escolha entre versões fácticas legitimamente derivadas do resultado das provas.

A segunda maneira de perscrutar-se a racionalidade da decisão judicial diz respeito à retórica não como persuasão, mas representada pelo emprego de argumentos racionais. A função primária do juiz não é a de persuadir retoricamente as partes ou a sociedade, expressada na opinião pública⁴¹¹, embora reflexamente fosse bom que assim se desse. O seu papel é o de justificar, na motivação, sua decisão mediante o uso de argumentos sólidos, válidos⁴¹², identificáveis e racionais. Avultam as argumentações racionais no âmbito das

⁴⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. Giustizia e politica: sentenza e sentimento. In: **Processo e democrazia**. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954. p. 43-67, esp. p. 61: “*La verità è che il giudice no è un meccanismo: non è una machina calcolatrice. È un uomo vivo: e quella funzione di specificare la legge e di applicarla nel caso concreto, che in vitro si può rappresentare come un sillogismo, è in realtà una operazione di sintesi, che si compie a caldo, misteriosamente, nel crogiuolo sigillato dello spirito, ove la mediazione e la saldatura tra la legge astratta e il fatto concreto ha bisogno, per compiersi, della intuizione e del sentimento acceso in una coscienza operosa.*”

⁴¹⁰ TARUFFO, Michele. *Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica*, op. cit., p. 145: “*Esistono tuttavia vari orientamenti favorevoli all’elaborazione di razionali del giudizio di fatto, principalmente attraverso del ragionamento probatorio e delle ingerenze in cui esso si articola. Si parla così di una “logica del giudizio di fatto” alludendo modelli logici elaborati al fine di razionalizzare la valutazione delle prove e gli argomenti che fondano giudizi attendibili di verità o agli enunciati fattuali. Una tendenza storicamente risalente di utilizzare schemi tratti dalla teoria della probabilità per razionalizzare le decisioni, come quelle sui fatti, in situazioni di incertezza. Paiono tuttavia inapplicabili i calcoli della probabilità statistica, sicché un orientamento più quello che muove dalla concezione della probabilità logica come conferma di ipotesi sulla base delle conoscenze di volta disponibile. Essenziale diventa poi l’analisi delle forme di inferenza delle relative concatenazioni, che rappresentano il fondamento della validità logica del giudizio di fatto. I modelli che ne derivano strumenti di razionalizzazione del ragionamento probatorio e quindi anche strumenti di controllo dell’attendibilità delle ipotesi di fatto che vengono assunte come “vere” ai fini della decisione.*”

⁴¹¹ Averte-se a posição contrária de PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice, essai de synthèse. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 415-426, esp. p. 425.

⁴¹² COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19, 21: “*Note-se que o argumento não é verdadeiro ou falso. A veracidade ou falsidade são atributos das proposições, enquanto o argumento apenas pode ser válido ou inválido. (...) Sólido é o argumento válido composto apenas de proposições verdadeiras.*” (Grifos no original).

decisões judiciais, conquanto excluam a possibilidade de que possam descender de raciocínio dedutivo-silogístico ou demonstrativo⁴¹³ (v. g., tópica jurídica viehwegiana). O que mais importa é que a racionalidade dos argumentos possa, com suficiência, garantir a controlabilidade das razões que justificam a decisão judicial.

O terceiro critério de sindicarem-se a racionalidade da decisão judicial pertine à interação dialética no processo. Fruto do princípio político da participação democrática, as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa salpicam, como sua condição essencial, dialeticidade na dinâmica do procedimento. Há processo tão somente onde houver contraditório. Disso resultam duas realidades dialéticas básicas: (i) constante e ininterrupto diálogo entre as partes, em simétrica paridade, em contraditório; (ii) influência concreta e eficaz na formação intelectual da convicção do juiz, especialmente na relação entre fato e norma, e, em certa medida, na determinação de sua decisão.

A aberta contraposição dialética das partes, cada qual sustentando argumentativamente suas posições jurídicas, o entrelaço articulado entre tese e antítese, fornecerá o material contudístico da decisão judicial⁴¹⁴. Melhor e mais democrático método não há, do que o juiz levar em consideração, estimar, as alegações fáctico-jurídicas relevantes dos contendores. Como é intuitivo, o grau de probabilidade de correção, de qualidade técnica, de efetividade, de justeza e de aceitabilidade da decisão será tanto maior quanto for a capacidade de o juiz fazer observar e (ele próprio) de observar o pleno contraditório das partes, seja mediante isonômica participação, seja assegurando-se igualitárias oportunidades de fazerem valer suas razões no âmbito de procedimento racional, seja, ao fim e ao cabo, tendo em conta o material oriundo da atividade processual dos litigantes. A motivação da decisão judicial é que permite aferir se o juiz, de verdade, considerou o material fáctico-jurídico usinado pelas partes em contraditório. A metáfora da melhor decisão judicial, estreme de dúvida, é aquela diretamente proporcional aos desígnios dialético-participativos dos contendores no procedimento, a condicionar o raciocínio decisório. Agregue-se, por inspirar elevado ideário

⁴¹³ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 147.

⁴¹⁴ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 157-175, esp. p. 164: “*Non è un per caso, infatti, che proprio nell’idea fondamentale di contraddittorio si vada ravvisando, da parte dei giuristi, il nucleo necessario ed inderogabile di ciò che va propriamente definito come “processo”, distinguendone per differentiam specificam gli altri procedimenti nei quali non esiste questo fondamentale nucleo dialettico. (...) Si tratta soprattutto di capire che la struttura basilare del processo si fonda sulla contrapposizione di due o più ipotesi relative alla situazione di fatto e di diritto che sta alla base della controversia. Ocorre - appunto - comprendere che il processo è anzitutto controversia, e che la controversia nasce dal conflitto tra posizioni contrapposte.*”

de democracia procedimental, que o instrumento operacional do contraditório, para além da concepção franciscana da pura dedução silogística, é um dos fatores medulares de legitimação do concreto exercício do poder jurisdicional.

O acerto esperável da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa bem ainda a conexão fato-norma que o juiz descortina para formular sua decisão, com a (re)qualificação jurídica dos fatos, dentro de um conjunto normativo, são aspectos vitais de verificação da validade racional do *decisum*⁴¹⁵.

A racionalidade da decisão judiciária há de ser objeto de aceitável controle. Para tanto, a decisão deve estar adequadamente motivada e conter razões justificativas satisfatórias (de fato e de direito), a corroborar a bondade dos critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz. As boas razões empregadas pelo órgão julgador, como bem se compreende, transportam a aceitabilidade do pronunciamento jurisdicional.

Para rematar este tópico uma última observação ainda é pertinente e diz respeito à relação entre decisão e motivação: formular uma decisão é fenômeno diverso daquele de justificação racional do julgado ou da exteriorização de razões tendentes a considerá-lo como boa hipótese ou melhor solução para o conflito⁴¹⁶. Uma das funções da motivação é a de justificar os critérios de escolha ou de valoração do juiz, sem que haja indispensável correspondência entre o raciocínio decisório (contexto de descoberta) e motivação (contexto de justificação). Daí decorre que uma decisão turbinada pela intuição (e, portanto, irracional) pode, ao depois, ser justificada com argumentos racionais impecavelmente convincentes, ou vice-versa⁴¹⁷.

⁴¹⁵ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 149: *“Da questo punto di vista il fatto determina l’interpretazione della norma, e la norma determina il giudizio sui fatti. Tutto ciò si verifica attraverso un procedimento dialettico di trial and error che implica il confronto, la verifica e il controllo di ipotesi. Questo procedimento è tanto più lungo e complesso quanto maggiori sono le difficoltà che il giudice incontra nell’interpretazione della norma e nell’individuazione dei fatti ai quali la norma si riferisce. Esso può essere configurato in vari modi, ma proprio il suo essere “procedimento”, e la sua complessità, inducono a pensare che esso sia analizzabile in termini di sequenze razionali e di criterio de validità logica.”*

⁴¹⁶ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 150: *“Formulare una decisione ed esporre le ragioni per cui essa dovrebbe essere da altri considerata una buona decisione sono attività diverse. Anche ipotizzando che entrambe vengano poste in essere secondo criteri razionali, decision-making e motivazione non si identificano. Benché discussa da taluno, la distinzione tra contesto di scoperta e contesto di giustificazione esprime in modo abbastanza efficace la differenza tra ciò che il giudice fa quando si impegna nel ragionamento decisório (anche considerando che esso si svolge con modalità complesse anche nel corso del processo) e ciò che egli fa quando, essendo ormai formulata la decisione, si tratta di giustificarla redigendo la motivazione.”*

⁴¹⁷ CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964. p. 176: *“E quindi, s’è visto, obbedendo non già le cose alle parole ma le parole alle cose, la verità di una qualsiasi struttura che si dica “logica” non è che la verità della concreta esperienza, che le sue parole*

Nada obstante esses dois aspectos do raciocínio judicial, há notória relação entre decisão e motivação⁴¹⁸, posto que a função da segunda é justamente a de explicitar razões que possam validamente justificar a primeira. A conexão fica mais evidente quando se considera que o juiz deve expender argumentos racionais que justifiquem não apenas a hipótese fático-jurídica por ele abraçada, senão que, sob o influxo da completude, também há de indicar as razões justificativas da refutação da hipótese de decisão derrotada. A motivação, enquanto discurso que justifica racionalmente a decisão, é a única via para que, no caso particular, o órgão julgador possa, endo e extraprocessualmente, exteriorizar boas razões, derivantes de processo argumentativo adequadamente estruturado, e, por isso mesmo, aceitáveis, no sentido de revelar que adotou a melhor solução para o conflito. A motivação ótima, por dizê-lo assim, é aquela que assenta a decisão sobre argumentos racionais, sólidos, válidos e controláveis. A concepção de decisão justificada oscilará em consonância com as múltiplas culturas jurídicas e dentro de cada momento histórico⁴¹⁹.

riescono a significare. Si possono enunciare in forme perfettamente sillogistiche le più palmari sciocchezze e assurdità, e in forme assolutamente asillogistiche le verità più evidenti e profonde, la scelta dei mezzi semantici restando con ciò unicamente subordinata al gusto linguistico e all'abilità suasória del parlante, e quindi non essendo naturalmente escluso neppure l'uso degli strumenti sillogistici, quando essi possano, per l'abitudine mentale della persona o dell'ambiente a cui il discorso si rivolge, apparire più efficacemente persuasivi."

⁴¹⁸ Sobre a relação entre motivação e julgado, inclusive com perfis peculiares no juízo administrativo, vide ANDREANI, Antonio. La motivazione della sentenza amministrativa. In: **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 439-453, esp. p. 449-450: “Al contrario, nel giudizio amministrativo – e specialmente nella sua forma tipica che è la giurisdizione generale di legittimità – il contenuto della decisione non può essere definito solo dalla pronuncia formale di annullamento, ma deve essere ricavato dalla ratio logica di valutazione dell'esercizio del potere amministrativo che si esterna necessariamente nella c. d. motivazione. (...) L'effettivo contenuto decisorio della sentenza (e cioè il dispositivo in senso sostanziale e non solo in senso documentale) può essere desunto dalle ragioni di fatto e di diritto che hanno portato il giudice a decidere appunto per l'annullamento dell'atto impugnato, non tanto come elemento di giustificazione razionale della decisione, ma come elemento di qualificazione e giudizio sull'esercizio del potere amministrativo.”

⁴¹⁹ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 153: “Non vi è nulla di sorprendente, d'altronde, nel fatto che la cultura giuridica rappresenti lo sfondo di riferimento necessario per le argomentazioni giustificative dei giudici, e quindi nel fatto che le sue variazioni si riflettano su ciò che i giudici fanno, e sui criteri per controllare l'accettabilità di ciò che essi fanno e dicono. Sotto questo profilo è chiaro che nella decisione giudiziaria si riflette l'intero sistema del diritto con le sue regole, i suoi valori, le sue contraddizioni, le sue lacune e le sue trasformazioni.”

4 ENTRELAÇAMENTO DA MOTIVAÇÃO COM OUTRAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO JUSTO

4.1 Acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva

No horizonte das garantias individuais do processo desponta o acesso à Justiça⁴²⁰. No Estado Constitucional Democrático de Direito, a eficácia dos demais direitos fundamentais solenemente proclamados na ordem constitucional e a concretude das posições jurídicas de vantagem asseguradas em nível infraconstitucional (individuais e coletivas), na hipótese de vulneração, seja em relações intersubjetivas privadas, seja no tocante ao Poder Público, dependem do direito do acesso à Justiça e da tutelabilidade jurisdicional⁴²¹ (inibitória ou ressarcitória) justa e efetiva. A ser diferente, titulares de direitos e de posições de vantagem estariam à míngua da proteção processual do Estado-juiz⁴²². Definitivamente, direito algum pode ser levado a sério se estiver ao relento da respectiva tutela jurisdicional efetiva⁴²³.

⁴²⁰ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”. É evidente que o destinatário deste preceito constitucional não é apenas o legislador, senão também o administrador e o juiz. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.” A propósito da garantia do acesso à Justiça, a Constituição italiana, de 1947, em seu art. 24, preceitua: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*”

⁴²¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12: “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

⁴²² GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308, esp. p. 274-275: “No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. (...) A tutela jurisdicional efetiva é, portanto, não apenas uma garantia, mas, ela própria, também um direito fundamental, cuja ampla eficácia é preciso assegurar.”

⁴²³ Supremo Tribunal Federal brasileiro (Tribunal Pleno), Rcl 6534 AgR / MA – Maranhão. Ag.Reg. Na Reclamação - Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 25/09/2008: “A regra inscrita no art. 5º, inciso XXXV, da Lei Fundamental, garantidora do direito ao processo e à tutela jurisdicional, constitui o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, onde inexistir a possibilidade do amparo judicial, haverá, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou dos excessos de particulares, quando transgridam, injustamente, os direitos de qualquer pessoa.” Tribunal de Justiça da União Europeia - Processo

Dito de outra maneira, o acesso à Justiça possibilita exigir do Estado-juiz uma prestação jurisdicional adequada, célere, efetiva, justa. É a garantia primária e indispensável à eficácia prática de todos os outros direitos, fundamentais ou não. Encoraja a pensar que os direitos fundamentais, máxime os chamados novos direitos proclamados, de caráter socioeconômico, só podem ser considerados efetivos se e quando acessíveis a todos⁴²⁴. Daí descende que o pleno gozo de direitos por seus titulares conexas-se necessariamente com o direito fundamental de inafastabilidade do controle jurisdicional. Portanto, o acesso à Justiça é a chave que abre a porta do desfrute real de todos os direitos, a par de exibir dupla feição: é garantia e também direito fundamental. Nessa perspectiva, não se pode coonestar com barreiras (econômicas, jurídicas, institucionais) que possam frustrar ou dificultar o acesso à tutela jurisdicional efetiva⁴²⁵.

Parece bem, nesse passo, reafirmar que o presente trabalho se situa numa quarta fase metodológica do processo, que se poderia denominar de *instrumentalismo valorativo* ou *constitucionalizado*, pois centrado na realização dos direitos fundamentais e atento à sua intensa permeabilidade moral num sistema aberto, plural e dialético. Nessa moldura, o acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva encontra ninho de legitimação no seguinte tripé axiológico: (i) proscricção da autotutela e *a fortiori* do exercício arbitrário das próprias razões,

C-279/09 (22/12/2010) DEB Deutsche Energiehandels - und Beratungsgesellschaft mbH contra Bundesrepublik Deutschland (pedido de decisão prejudicial apresentado pela Kammergericht): “O princípio da protecção jurisdicional efectiva constitui um princípio geral do direito da União, que decorre das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e foi consagrado nos artigos 6.º e 13.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.” Corte Europeia de Direitos Humanos - Caso Assunção Chaves x Portugal – Queixa nº 61226/08 – Acórdão de 31/01/2012 Corte (2ª Seção): “O art. 6º, nº 1 da Convenção garante a todos o direito a que um tribunal conheça da contestação que incida sobre os seus direitos e obrigações de natureza civil. Este “direito a um tribunal”, do qual o direito de acesso representa apenas um aspecto, pode ser invocado por qualquer pessoa que possua razões sérias para acreditar ser ilícita uma ingerência no exercício de um dos seus direitos de carácter civil e que se queixe de não ter tido a oportunidade de submeter esta questão a um tribunal conforme às exigências do artigo 6º, nº 1 (...), sendo que estas garantias devem ser asseguradas perante todas as jurisdições, sejam elas de primeira instância, de recurso em segunda ou última instância(...).”

⁴²⁴ Constituição italiana, de 1947, art. 3º, § 2º: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.”

⁴²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, op. cit., p. 15-29. Sobre o princípio da acessibilidade (nas vertentes do direito à informação, desempenho e legitimação adequada e custos), informador do acesso à Justiça, vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 57-61.

como sucedâneo da vingança privada e marco de civilidade⁴²⁶; (ii) dignidade da pessoa humana, como centro de gravidade do ordenamento jurídico-constitucional⁴²⁷; e (iii) vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. Um dos pilares de sustentação do acesso à tutela jurisdicional ou da reserva da função jurisdicional é constituído pelos direitos fundamentais das partes (v. g., igualdade, pleno contraditório, especialmente com a participação igualitária na formação da decisão judicial, adequadamente motivada, ampla defesa, ante um juiz natural, direito à impugnação).

A concepção de tutela jurisdicional justa depende de, pelo menos, três critérios necessariamente cumulativos: (i) correta escolha e interpretação aceitável da norma jurídica aplicável ao caso concreto submetido à apreciação judicial; (ii) adequada reconstrução dos fatos em juízo, com o reconhecimento aceitável da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa; e (iii) procedimento válido e justo⁴²⁸. Não se trata de observações *a priori*, mas de configuração teórica mínima, variável, em contínua expansão para acesso à ordem jurídica justa ou ascensão à justiça social, ao modo de recepcionar outros critérios que decorram das especificidades do caso particular. Nessa silhueta, como bem se compreende, a viabilização prática dos três valores básicos de conformação mínima essencial do processo justo⁴²⁹ dependem visceralmente das razões justificativas externadas na motivação da sentença, como grito mais forte contra o voluntarismo e o arbítrio judiciais.

No quadrante de um sistema orgânico de garantias fundamentais do processo universalmente reconhecidas, sobressai a tutela jurisdicional efetiva (do processo de cognição

⁴²⁶ FUX, Luiz. Processo e Constituição. In: _____ (Coord.) **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-44, esp. p. 15.

⁴²⁷ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 6º: “Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”

⁴²⁸ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: _____. **Sui Confini**: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 219-234, esp. p. 224.

⁴²⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 133-183, out./dez. 2002, esp. p. 156-158: “Accanto ai principi integrativi che, con particolare riguardo all’effettività dei mezzi di judicial review e delle forme di tutela giurisdizionale, sono stati ripetutamente affermati anche dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, i trends giurisprudenziali hanno così sintetizzato e descritto le componenti minime essenziali di quel processo “équo”: a) il diritto ad un ricorso giurisdizionale effettivo ovvero il diritto di accesso alle corti ed ai tribunali, come tale sottratto a irragionevoli discriminazioni o a limitazioni eccessive, per la tutela dei diritti e delle obbligazioni civili; b) il diritto ad un’effettiva difesa in giudizio, nella sua più ampia articolazione; c) il contraddittorio fra le parti, su basi paritarie, in ossequio al principio di “eguaglianza delle armi”; d) il diritto alla prova ed alla controprova, nel bilanciamento dialettico delle fonti probatorie acquisibili; d) la pubblicità delle udienze e delle decisioni giurisdizionali; f) l’indipendenza e l’imparzialità del giudice; g) la durata ragionevole dei giudizi.”

à efetivação do julgado, com a entrega ao autor do bem da vida pleiteado),⁴³⁰ que decorre não apenas da justeza do procedimento e da decisão nele formulada, mas também de critérios de adequação e de efetividade⁴³¹ da prestação jurisdicional às inópias do direito material e de duração razoável do processo. Como é intuitivo, a morosidade excessiva do sistema de justiça equivale à sua própria negação (“*Iustitia dilatio est quaedam negatio*”), a par de transformar o acesso à tutela jurisdicional efetiva em mera garantia formal. É dizer: a garantia da tutela jurisdicional efetiva acolhe, entre seus componentes garantísticos, não apenas o anseio de um processo justo, público e célere, mas também o direito fundamental a uma execução efetiva do comando da sentença, *v. g.*, condenatória. O direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva somente poderá se satisfazer (concretizar) em uma sentença juridicamente motivada⁴³², comprometida com a efetividade qualitativa do julgado, mediante os meios idôneos de atuação executiva, coativa ou forçada, preordenados no ordenamento jurídico-processual.

Força é convir que a garantia do acesso à Justiça, entendida como direito à jurisdição ou direito ao processo justo, não se adstringe e tampouco se exaure na provocação da máquina jurisdicional, com a distribuição da petição inicial da demanda (princípio da demanda ou da inércia judicial: *ne procedat iudex ex officio*)⁴³³; antes, abrange o direito de defesa do réu⁴³⁴, por condicionar a marcha ordenada do procedimento, de ser ouvido, de produzir provas e

⁴³⁰ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral da lide, incluída a atividade satisfativa.”

⁴³¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, esp. p. 103, 111, 128-137.

⁴³² PASCUA, José Antonio Ramos. Derechos humanos y proceso justo. **Dikaiosyne** (Revista semestral de filosofía práctica), Bogotá, n. 19, p. 79-91, jul./dec. 2007, esp. p. 87: “*Otro aspecto o implicación del derecho a la tutela judicial efectiva es el derecho a obtener una resolución motivada, congruente y fundada en el orden jurídico. La motivación de la sentencia supone que debe contener una justificación razonada del fallo, para que todos puedan controlar su corrección. La congruencia supone que el fallo debe corresponderse con lo solicitado por las partes litigantes. En los procesos penales esto implica que debe haber una correlación estricta entre el fallo y la acusación. Finalmente, la sentencia debe fundarse en el Derecho, porque las personas tienen derecho a que se les aplique el orden jurídico vigente, el sistema de fuentes establecido, y no un Derecho nuevo, creado o improvisado por el juez para resolver el caso.*”

⁴³³ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, art. 2º: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 2º: “O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.” Codice di Procedura Civile italiano, de 1940, art. 99: “*Chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente.*”

⁴³⁴ MARTINS, Sandro Gilbert. Princípio da inafastabilidade (CF/1988, art. 5º, XXXV) e a classificação das sentenças. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 577-586, esp. p. 580.

contraprovas (direito de defender-se, provando), de influir concreta e eficazmente sobre o desenvolvimento da atividade processual e na formação intelectual da convicção do juiz e, em grande medida, no conteúdo dos pronunciamentos jurisdicionais. Na perspectiva do *instrumentalismo valorativo* ou *constitucionalizado*, em pé de simétrica paridade de armas entre os litigantes (poderes, faculdades, deveres), com análogas possibilidades de agir e de reagir, o resultado da atividade jurisdicional pode tanto ser favorável ou adverso a quem concreta e originalmente acessou a Justiça. Numa linha: o direito à jurisdição tem como escopo uma resposta justa do Estado-juiz, quer acolhendo a pretensão de direito substancial deduzida em juízo quer rejeitando-a quando o autor não tiver razão à luz do direito material. Numa e noutra hipótese, sob o prisma do princípio da inafastabilidade, restou garantido o direito à adequada tutela jurisdicional.

A garantia do acesso à Justiça hospeda duas dimensões medulares: (i) direito fundamental de provocar a jurisdição, e (ii) direito a uma adequada prestação jurisdicional em sentido amplo ou tutela jurisdicional *stricto sensu*, tendentes à plena satisfação do direito material, em consonância com suas necessidades e as especificidades do caso concreto (v. g., técnica processual adequada à tutela dos direitos fundamentais e idôneas também à efetiva tutela de quaisquer direitos, procedimento adequado, decisões, meios de efetivação, executórios e providências práticas).

Na ordinaryidade dos casos, o titular da pretensão de direito material exhibe legitimidade ativa *ad causam* para deduzi-la em juízo. Contudo, há hipóteses nas quais a lei estende a legitimidade a pessoas ou entidades que não são titulares da relação de direito material em crise, no escopo de facilitação do acesso à tutela jurisdicional, delineando-se, pois, o fenômeno da substituição processual ou legitimação extraordinária⁴³⁵ (v. g., na ação popular, na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo). Tem o sabor do óbvio que semelhante extensão para agir não possa estorvar que o titular do direito material, em nome próprio, ingresse em juízo para defender sua pretensão jurídica⁴³⁶. A legitimação, em casos que tais, é disjuntiva, não exclusiva.

⁴³⁵ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, art. 6º: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 18: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial.”

⁴³⁶ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: Giappichelli, 1990. p. 51.

No palco da jurisdição entra em cena o modelo constitucional do processo civil, consistente em regras mínimas, universalmente asseguradas, em maior ou menor grau, tendentes a configurar procedimento justo: igualdade, como valor supremo, independência e imparcialidade do juiz (tuteladas pelo juiz natural), contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, publicidade, devido processo legal.

Sob outro prisma, a obrigatoriedade de motivação (nos juízos de fato e de direito) das decisões judiciais assenta-se na ideia primária de que todas as demais garantias fundamentais do processo esvair-se-iam sem substância se não houvesse a universalização do dever de motivar. É a exigência de motivação que, em cada caso concreto, consente aos litigantes *in specie*, e à comunidade em geral, verificar a observância do conjunto de garantias fundamentais intrínsecas ao exercício da função jurisdicional e à economia do processo. Num período: a motivação, calcada em critérios de objetiva racionalidade, cumpre a função de tornar efetivo tudo o quanto, na órbita puramente abstrata, falece efetividade prática, ou - o que é o mesmo - a aplicação do preceito da motivação configura uma condição de efetividade das demais garantias fundamentais do processo no campo da concreta administração da justiça⁴³⁷.

Não por acaso, em nova inteligência jurídica, é de abonar-se à motivação a peculiaríssima função instrumental de *garantia do garantismo*. Tem-se em mira primordialmente a efetividade dos direitos e garantias fundamentais (mas não apenas) constitucionalmente assegurados. Por dialogar diuturnamente com as demais garantias fundamentais do processo judicial, a motivação permite, em cada caso concreto, sindicá-las, aclamadas, *in abstracto*, na constituição e em convenções e pactos internacionais, foram efetivamente observadas no mundo de carne e osso. Nesse entroncamento, na esfera da concreta administração da justiça e de sua concepção democrática, a motivação constitui inestimável fator de efetividade das demais garantias fundamentais conformadoras do processo justo. É a única via que consente aferir se, e em que medida, houve concreta incidência das garantias fundamentais na economia do processo referido a um caso particular. Significa asseverar que, sem a motivação, o processo seria tão vulnerável e indefeso quanto uma rosa em meio à chuva forte.

⁴³⁷ Sobre o perfil funcional da motivação, vide ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. p. 171: “*Per quanto riguarda il primo (fondamentale) aspetto, va subito rilevato che, mentre solitamente si è concordi nel riconoscere il carattere sussidiario (o strumentale) della regola suddetta rispetto ad altri principi costituzionali inerenti alla giurisdizione, “nel senso che la sua applicazione costituisce una condizione di effettività di tali altri principi sul piano della concreta attuazione della giustizia.”*”

Agora bem, o direito à jurisdição sobre uma pretensão de direito material, o acesso à ordem jurídica justa, pressupõe a inviolabilidade do direito fundamental, reconhecido a todos (pessoas naturais e jurídicas, enquanto sujeitos de direito), sem restrições de condições socioeconômicas e culturais, não apenas de demandar, senão também, e sobretudo, de obter dos órgãos jurisdicionais, na hipótese de reconhecer-se que a demanda judicial é fundada, a tutela efetiva dos direitos substanciais afirmados em juízo⁴³⁸. Porque assim é, a motivação assegura a efetividade do direito de ação, permitindo às partes e à sociedade em geral, pelo exame de seu conteúdo, estimar, exemplificativamente, a juridicidade do julgado e a justiça substancial nele radicada.

Há conexão iniludível e direta entre o dever geral de motivação e os direitos fundamentais de ação e de defesa⁴³⁹. O direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa tem como contrapartida essencialmente uma resposta do Estado-juiz. No plano dinâmico, a infusão do direito de ação com o dever de o juiz pronunciar sentenças congruamente motivadas⁴⁴⁰ está em que a motivação erige-se em único meio de que o jurisdicionado dispõe para verificar a qualidade material daquela resposta, especialmente sob a ótica de aplicação dos valores, regras, princípios, postulados, consagrados no ordenamento constitucional e infraconstitucional. Assim vistas as coisas, a exigência de motivar as decisões judiciais guarda forte conexão com o direito fundamental de acesso à Justiça, o qual franqueia a todos pleitear e obter tutela judicial efetiva de seus direitos. Somente decisão judicial estribada na juridicidade e no Direito, apreçada mediante motivação racional, adequada e suficiente, exhibe o condão de assegurar sua efetividade. Por admirável que seja, o acesso à Justiça, destituído da exigência de motivação das decisões judiciais, seria uma catedral construída em terreno movediço: com sacrifício de tempo, energia, dinheiro, qualidade e efetividade.

⁴³⁸ Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu art. VIII: “Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.”

⁴³⁹ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano, op. cit., p. 462-463.

⁴⁴⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti latinoamericani. Roma e America Diritto Romano Comune. **Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 17, 2004. p. 224.

4.2 Independência e Imparcialidade (tuteladas pelo juiz natural)

A viga-mestra da função jurisdicional e de suas garantias é sustentada pelo pilar do juiz natural competente e pré-constituído, dotado de independência institucional, como princípio comum a todas as jurisdições. A independência da magistratura⁴⁴¹ (pessoal, coletiva, funcional, interna, externa), diante do poder político, para além dos textos normativos⁴⁴², é um fenômeno cultural: em países nos quais o juiz seja eleito e tenha mandato pode adotar um padrão de judicatura mais independente do que em países em que o juiz goze da garantia de vitaliciedade. Seja como for, há critérios mínimos e objetivos de valoração da independência institucional do juiz, como, por exemplo, o modo de designação, duração do mandato, existência de garantias contra pressões externas⁴⁴³. De todo modo, a jurisdição exercida por juízes independentes e imparciais é um dos traços característicos do Estado Constitucional Democrático de Direito e representa o oxigênio da combustão da produção de energia vital ao funcionamento das instituições republicanas.

A independência judicial, máxime em seu viés de responsabilidade⁴⁴⁴ (a fim de que o poder jurisdicional não seja expressão de autoritarismo ou fruto de arbitrariedade), erige-se

⁴⁴¹ Símbolo de independência da Justiça. Episódio, que teria ocorrido em 1745, imortalizado e descrito em versos pelo escritor François Andriex (1759-1833) no conto “O Moleiro de Sans-Souci.” Frederico II, “o Grande”, rei da Prússia, resolveu construir um palácio de verão em Potsdam, próximo a Berlim. O rei filósofo, déspota esclarecido, escolheu a encosta de uma colina, onde já havia um moinho de vento: o Moinho de Sans-Souci. Alguns anos depois, o rei resolveu expandir seu castelo. Porém, o moinho impedia a ampliação de uma ala. Decidiu, então, comprá-lo, mas o moleiro Arnolde rechaçou a proposta real, sob o argumento de que não poderia vender sua casa, onde seu pai havia falecido e seus filhos haveriam de nascer. O rei insistiu, asseverando que, se assim o quisesse, poderia simplesmente lhe confiscar a propriedade. Nesse ensejo, o moleiro teria pronunciado a celeberrima frase: “*Oui, si nous n'avions pas de juges à Berlin.*” Para o moleiro, a Justiça decerto seria infensa às diferenças sociais e não o distinguiria do Rei, ainda que no âmbito de um regime monárquico. Sua corajosa resposta e o recuo respeitoso do Rei passaram a ser lembrados para demonstrar situações de independência e de imparcialidade do Poder Judiciário. É gérmen do Estado de Direito, cujo aspecto mais arguto consiste na autovinculação do poder político à lei. Até hoje o moinho existe e sempre que um juiz corajoso se posiciona com independência e justiça, ouvem-se os ecos: “ainda há juízes em Berlim”.

⁴⁴² A Constituição Federal brasileira, de 1988, em seu art. 95, incisos I, II e III, estabelece que os juízes gozam das garantias de vitaliciedade, de inamovibilidade e de irredutibilidade de subsídio. Em última análise, semelhantes garantias dos juízes tendem a salvaguardar a própria sociedade.

⁴⁴³ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 12 jul. 2013. p. 17.

⁴⁴⁴ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 59: “Os princípios basilares, radicais, aqueles em torno de que se agrupa toda a experiência acerca da função e da incumbência do juiz, eu me permiti reduzi-los a três ordens necessárias: a de *independência*, a de *autoridade* e a de *responsabilidade*. A de *independência*, para que suas decisões não sejam uma consequência da fome ou do medo; a de *autoridade*, para que suas decisões não sejam simples conselhos,

em condição objetiva de imparcialidade do juiz⁴⁴⁵, além de anabolizar, juntamente com sua qualificação e adequada estruturação do procedimento em reverência às garantias fundamentais universalmente chanceladas, os padrões de qualidade do mecanismo da justiça civil. A existência de juiz independente e imparcial, de suma importância também na formação de órgãos judicantes colegiados, é condição essencial de indispensável objetividade do julgamento⁴⁴⁶. A imparcialidade, pensada em sentido subjetivo (foro íntimo) e em acepção objetiva e funcional, tutelada pela garantia do juiz natural⁴⁴⁷ e por imposição do devido processo legal, enquanto requisito de confiança no juiz⁴⁴⁸, é um dos princípios processuais caríssimos ao Estado Constitucional Democrático de Direito. É penhor básico das partes no processo judicial e constitui o núcleo tradicional da jurisdição, a par de guardar estreita relação com a regra de vinculação do juiz à lei e ao Direito. É condição essencial do legítimo exercício da função jurisdicional. De fato, em sua consciência, a ninguém ocorreria

divagações acadêmicas, que o Poder Executivo possa desatender segundo seu capricho; e a de *responsabilidade*, para que a sentença não seja um ímpeto da ambição, do orgulho ou da soberba, e sim da consciência vigilante do homem frente ao próprio destino.” (Grifos no original).

⁴⁴⁵ No Brasil, a imparcialidade do juiz constitui amostra eloquente de princípio constitucional implícito, vale dizer, ante a inexistência de expressa previsão na Constituição Federal, de 1988, não há formal garantia de que o juiz seja imparcial. Diversamente, na Itália, a imparcialidade do juiz é garantia formal e expressa, como, de resto, se inculca da Constituição de 1947, art. 111, § 2º: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*”

⁴⁴⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia - Processo C-308/07 P (19/02/2009) - Koldo Gorostiaga Atxalandabaso contra Parlamento Europeu: “O direito a um processo equitativo tal como decorre, nomeadamente, do artigo 6º, n. 1, da Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais constitui um direito fundamental que a União Europeia respeita enquanto princípio geral, por força do artigo 6º, n. 2, UE. Esse direito implica necessariamente que qualquer pessoa tenha acesso a um tribunal independente e imparcial. Por isso, a existência de garantias em matéria de composição do tribunal representa a pedra angular do direito a um processo equitativo, cujo respeito o juiz comunitário deve verificar quando se invoque uma violação deste direito e a alegação nesta matéria não se afigura numa primeira análise manifestamente desprovida de seriedade.” Corte Europeia de Direitos Humanos - Caso Panasenkov x Portugal – Queixa nº 10418/03 – Acórdão de 22/10/2008 – 2ª Seção: “O Tribunal considera, desde logo, que dos comentários em questão só o proferido imediatamente após o encerramento da audiência poderia suscitar uma questão sob o ângulo da imparcialidade do tribunal. Recordando a este propósito a importância fundamental de, numa sociedade democrática, os tribunais inspirarem confiança aos cidadãos, a começar, em matéria penal, aos arguidos. Com esse fim, o Tribunal sublinhando inúmeras vezes que um tribunal, incluindo o de júri, deve ser imparcial, tanto no plano subjectivo como no objetivo.”

⁴⁴⁷ CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Princípio do juiz natural. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 155-172, esp. p. 165.

⁴⁴⁸ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 2001. p. 181: “*El primer requisito de esta confianza es la confianza en la imparcialidad de juez, que significa que el juez no se ha inclinado de antemano por ninguna de las partes y que se sitúa frente a ambas partes sin ninguna predisposición, dispuesto a no perjudicar ni favorecer a ninguna de ellas, tratando a “todos con el mismo rasero y sin acepción de personas”. Un juez que contraviene estas reglas contradice la imagen que todos tenemos del “juez justo”.*”

voluntariamente submeter-se a um processo em cujo itinerário se soubesse, adredemente, que o juiz fosse parcial (*iudex inabilis*) e, com favorecimento pessoal, tendesse para uma das partes, brindando-a, por exemplo, com maiores possibilidades de fazer valer suas razões em juízo e de produzir provas de suas alegações fáticas.

Ademais, se o juiz for parcial não é assegurada a correta interpretação e aplicação das normas jurídicas. O direito fundamental de acesso à Justiça, no entanto, consubstancia direito a julgamento da causa por juiz imparcial, não envolvido direta ou indiretamente no conflito, sem interesse próprio em que o desfecho da causa incline-se a este sentido ou àqueloutra direção. Trata-se, em suma, de exigência geral de civilidade inerente à transcendentalidade da igualdade humana (moral e jurídica), como valor universal, destinada ao tratamento paritário das partes no processo⁴⁴⁹. Independência jurídico-política da magistratura, imparcialidade do juiz, igualdade entre os litigantes, dialogam e interagem e, qual órbita elíptica, uma a implicar outra, em afagos recíprocos. Soa trivial que a exigência de imparcialidade do juiz é diretamente proporcional à confiança do jurisdicionado e da sociedade no mecanismo da justiça civil estatal. Não por acaso, na pauta da credibilidade, juízes e tribunais hão de desenvolver, no meio social, a fidúcia em sua acessibilidade, justeza e controlabilidade. Na jurisdição não estatal, como na arbitragem, ao árbitro também se aplica, dentre outras, a garantia processual da imparcialidade⁴⁵⁰, sob pena de destroçar-se condição necessária (mas não a única) ao devido processo arbitral justo.

Os ordenamentos processuais modernos comumente colocam à disposição das partes mecanismos de controle do dever de imparcialidade do juiz, catalogando casos caracterizadores de impedimento⁴⁵¹ (v. g., vedação de o juiz exercer suas funções no processo de que for parte - *nemo iudex in causa propria*) e de suspeição⁴⁵² (v. g., revela-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes). Os motivos de impedimento e de suspeição incidem sobre todos os juízes de

⁴⁴⁹ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973: “art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório”.

⁴⁵⁰ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 131.

⁴⁵¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 134, incisos I-VI. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 144, incisos I-VII.

⁴⁵² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 135, incisos I-V. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 145, incisos I-IV.

quaisquer tribunais, sendo que, no ordenamento brasileiro, tal regra não é perfurada por exceção alguma⁴⁵³. Para a recusa do juiz não é necessário que ele esteja efetivamente implicado, antes basta a ocorrência de uma causa legal necessária e suficiente para justificar a desconfiança da parte sobre sua imparcialidade no caso particular. O que, ao fim e ao cabo, se busca tutelar é a confiança na Justiça. Os casos de impedimento, alicerçados em fatos objetivamente aferíveis, impõem ao juiz, feita abstração de sua competência, interdição absoluta de exercício funcional em determinados processos, por acolher verdadeira presunção *iuris et de iure* de parcialidade. A atuação do juiz impedido contamina irremediavelmente o resultado do julgamento de mérito, mesmo após seu trânsito em julgado, de sorte a configurar hipótese autorizativa de propositura de ação autônoma de impugnação (v. g., ação rescisória)⁴⁵⁴.

Questão assaz interessante concerne à imbricação da imparcialidade do juiz com casos de “contaminações psicológicas”⁴⁵⁵. O dia a dia forense é pródigo em produzir amostras nas quais situações ou decisões pretéritas podem corromper decisões futuras, seja atraindo simpatia e afinidade do julgador, seja acenando sua antipatia e hostilidade: (i) o juiz que tenha tido conhecimento de prova inconstitucionalmente adquirida e, ao depois, determine seu desentranhamento dos autos do processo; (ii) o juiz que tenha participado anteriormente na esfera administrativa; (iii) o juiz que haja participado da formação de acórdão impugnado mediante recurso extraordinário e/ou recurso especial e tenha que fazer o respectivo juízo de admissibilidade; (iv) na ação rescisória, o juiz que haja participado do julgamento do acórdão rescindendo; (v) no mandado de segurança, os juízes prolores do *decisum* objeto da

⁴⁵³ Mencione-se, à guisa de ilustração, com forte denotação cultural, que na *Supreme Court* norte-americana a decisão de participar ou não em determinado julgamento gravita na exclusiva órbita do juízo discricionário de cada juiz, sem que se precisem indicar razões justificativas de participação ou de abstenção de participar.

⁴⁵⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 485, II. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 978, II.

⁴⁵⁵ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo**: O Processo Justo, op. cit., p. 6: “A imparcialidade deve também ser examinada nos casos das chamadas *contaminações psicológicas*: o juiz que desentranha prova ilícita da qual já tomou conhecimento; o juiz que julgou o autor carecedor da ação e teve a sua decisão reformada, sendo obrigado a julgar o mérito contra a sua convicção; o juiz que concedeu medida cautelar e fica vinculado para julgar a ação principal; o juiz que julga a ação de reparação civil depois de ter julgado a ação criminal; o juiz que julgou os mesmos fatos em causa conexa; o juiz que em tribunal colegiado decidiu recurso contra o recebimento inicial da acusação e que, posteriormente, no mesmo colegiado, julga recurso contra a sentença final; nos países que têm juizado de instrução, o juiz que investigou o crime não deve julgá-lo. Não parece que, salvo no último caso, em que a incompatibilidade decorre de que os atos do investigador serão objeto do julgamento, nos demais se possa considerar o juiz suspeito ou impedido, embora se encontrem decisões até de tribunais internacionais que em determinados casos decidiram pela suspeição.” (Grifos no original).

impetração. Porém, tais hipóteses não configuram impedimento do juiz e, portanto, sua imparcialidade permanece, em regra, escorreita e hígida.

Na dimensão pública do processo judicial, não se pode censurar de parcial o juiz ativo, escrupuloso, comprometido com a jurisdição e com a justiça material da decisão, por haver determinado *ex officio* a produção de determinada prova de fato controverso, pertinente e relevante para o julgamento do conflito (v. g., realização de perícia). Ou mesmo requisição de autos de procedimento administrativo em repartição pública, formulação de perguntas às testemunhas e partes em depoimentos orais e bem ainda inspeção pessoal de pessoas e coisas. Abstraindo-se de faculdades mediúnicas, não se pode antecipadamente saber se o resultado de tais iniciativas probatórias do juiz, no exercício de seus poderes instrutórios, aproveitará ao autor ou favorecerá ao réu. O endereço do beneficiário é desinfluyente. Não ao absentismo judicial, a pretexto de, a partir daí, extrair a imparcialidade do órgão judicante. Ironicamente, há casos em que, no chamado *adversary system*, a passividade do juiz durante o processo é que poderá comprometer sua imparcialidade. Ao juiz cumpre, com a maior exatidão possível na prática, o acertamento da verdade dos enunciados fáticos da demanda, seja por iniciativa própria, seja, em regra, por empreendimento das partes. A não ser assim, no cotidiano forense, a inércia do juiz, no campo probatório (por preguiça, sobrecarga de trabalho, ou temor de receber o epíteto de “favorecer um dos litigantes”), pode mascarar o juízo de reconstrução dos fatos relevantes da causa e, por isso mesmo, redundar em ignominiosas injustiças, que não poderão consolar sua consciência. Nesse panorama, o processo configuraria metáfora de uma jurisdição de duvidosíssima legitimidade.

O mito da neutralidade axiológica do juiz. Cumpre notar-se, entretanto, que imparcialidade do juiz, integrante da tutela constitucional do processo, não se confunde com sua neutralidade. São conceitos irreconciliáveis entre si. O juiz pode (*rectius*: deve), na empresa de descoberta da verdade dos fatos relevantes subjacentes ao litígio, intervir mediante determinação de ofício de produção de provas. É cediço que se as provas necessárias não vêm adquiridas torna-se errôneo e inatendível o juízo sobre os fatos. O que há de ser ponderado é se o distanciamento do juiz (neutralidade?) em relação ao litígio possa arrostar graves riscos à correta e aceitável reconstrução póstuma daqueles fatos. Encoraja a apostar todas as fichas no modelo de juiz consentâneo com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito que efetivamente governe o processo e tenha suas redes em mãos, o qual há de servir às partes, à sociedade e ao ideário de justiça substancial da decisão. Deveras, o juiz responsável e diligente, comprometido com o resultado intrinsecamente justo do

processo, almejará naturalmente que saia vitoriosa a parte que tenha razão, à luz da juridicidade e do Direito⁴⁵⁶. Mil vezes não ao juiz Pilatos, que lave suas mãos nas águas da indiferença da produção de resultado justo para a lide. Configuraria grave desvio de perspectiva supor que o juiz possa refrigerar sua alma e dar-se por jubiloso em julgar o conflito em detrimento da parte (autor ou réu, pouco importa) que ostente o melhor direito.

Além de preservar o princípio da legalidade, no escopo de assegurar a independência no exercício da função jurisdicional, o juiz natural assegura a igualdade de acesso à Justiça, bem como a igualdade de tratamento em toda superfície da atividade processual, a eficácia da prestação jurisdicional e a preservação da imparcialidade do julgamento. Pois bem, nessa moldura, no que concerne à independência e à imparcialidade, só por meio da motivação das decisões judiciais, como discurso justificativo, é que se pode constatar se aquele juízo que, de início, se pressupora imparcial, realmente, no curso de todo o itinerário procedimental, assegurou, *in concreto*, equânime tratamento (“*fairness*”) das partes no processo. Se houve concreta paridade de armas e equalização de oportunidades de fazer valer em juízo suas próprias razões e de sucesso afinal na causa. Não seria despropositado pensar que o dever de motivar, a par de fluir do âmago da transcendentalidade da igualdade humana (moral e jurídica), como valor universal, é desdobramento implícito da garantia do juiz natural, como sendo o direito fundamental que todos têm ao julgamento de sua causa por um juiz abstratamente instituído como competente pela lei, *ex ante* à ocorrência dos fatos, nos quais se funda a demanda judicial. Para evitar-se a manipulação na concreta administração da justiça, a civilidade jurídica não pode condescender com a criação *ex post facto* de juiz ou tribunal especial, de exceção ou *ad hoc*⁴⁵⁷, constituído para contingências singulares⁴⁵⁸,

⁴⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 274-275: “O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*.”

⁴⁵⁷ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, XXXVII (“Não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”). Significa dizer que, sob o prisma do alcance dos preceitos do juiz natural, ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional. Assim, MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. Campinas: Millennium, 1999, v. 1. p. 176.

⁴⁵⁸ Constituição italiana, de 1947, art. 102, § 2º: “*Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie (...)*.” Assim também, no tocante à proibição de tribunais extraordinários, a Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), de 1949, art. 101 [*Verbot von Ausnahmegerichten*]: (1) *Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.* (2).”

especificamente para julgar determinada causa, tampouco com a possibilidade de escolha do juiz que irá julgá-la⁴⁵⁹.

Significa dizer que, aleatoriamente, uma decisão imotivada tanto é suscetível de implicar parcialidade quanto imparcialidade. Contudo, na economia do processo justo, apenas através (i) da submissão de toda atividade do juiz ao crivo do princípio do contraditório, e (ii) das razões justificativas dos enunciados de fato e de direito, racionalmente expressas na motivação, se pode esconjurar o fantasma da parcialidade⁴⁶⁰ e conseqüentemente fortalecer as pautas da imparcialidade. Impedem-se escolhas arbitrárias e ilegítimas resultantes de contingentes pressões externas a rondar a independência da inteligência do juiz. Nessa perspectiva, o princípio da impessoalidade (no sentido de objetividade, vedação de desvio de finalidade e de abuso de poder) identifica-se com certo aspecto da garantia da imparcialidade do juiz. Daí descende que, como requisito indispensável ao adequado funcionamento da administração da justiça e da correta entrega da prestação jurisdicional, o Poder Judiciário há de considerar paritariamente todas as pessoas, naturais e jurídicas, guardando-se de tratamentos privilegiados ou de ter em conta critérios pessoais, de simpatias ou de antipatias, tendentes à concessão de vantagens ou a perseguições.

Com sua autoridade de órgão do Estado, o juiz, para além de ser independente e imparcial, na concreta administração da justiça, deve agir como tal, a fim de que se possa cogitar verdadeiramente de acesso à Justiça e de direito de defesa⁴⁶¹, sob a ótica da equalização das partes ao longo de todo *iter* procedimental. O problema assume contornos mais perspicazes, quando se desvia o olhar para o endereçado de sujeito socioeconomicamente mais fraco, protegido, não raro, pelo legislador, por intermédio de normas jurídicas substanciais (v. g., um trabalhador, um menor, um idoso, um consumidor, uma pessoa inválida), no confronto com a contraparte mais forte. Tal não significa, contudo,

⁴⁵⁹ No ordenamento jurídico brasileiro, há, por exemplo, hipótese de escolha pelo autor nas causas que podem ser propostas nos Juizados Especiais Cíveis. Tem-se procurado atenuar esse problema mediante o argumento de que, nesta sede, a tutela jurisdicional é diferenciada, orientada pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º, da Lei federal n. 9.099, de 26.09.1995) e, por isso mesmo, com garantias mitigadas.

⁴⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, abr./jun. 1984. p. 178-184, esp. p. 181.

⁴⁶¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970. p. 238: "(...); e perciò presupposti essenziali delle garanzie di azione e difesa sono l'indipendenza e l'autonomia, con cui la Costituzione intende assicurare l'imparzialità degli organi che tale funzione esercitano. Solo in un giudizio che si svolga dinanzi ad un organo tale da amministrare la giustizia con imparzialità e indipendenza ha senso compiuto parlare di "possibilità di agire" o di "inviolabilità" della difesa."

que, ultrapassando as raias da equalização concreta das partes, o juiz possa assistencialmente atribuir posição de vantagem ao litigante processualmente mais anêmico, como quando, no juízo de direito, rende-se à tentação de interpretar a lei escolhendo como único critério valorativo a atonia da parte. É certo que nem sempre há ligação entre fragilidade na atuação no âmbito do processo (fraqueza processual) e debilidade social. Porém, é certo também que, em muitos casos, a debilidade socioeconômica e cultural de um dos litigantes deixa entrever sua fraqueza processual. Ao juiz cumpre, então, reequilibrar as partes no processo, sem que tal acarrete desequilíbrio ao litigante originalmente mais robusto. Um exemplo é suficiente para ilustrar o raciocínio: no juízo de fato, o juiz não pode valorar as provas e utilizar deduções ou induções condicionado pelo aspecto de debilidade social e processual de uma das partes, para conscientemente favorecê-la. Se porventura o fizer, estará trucidando a essência da função jurisdicional, mais ainda do que a própria exigência de imparcialidade⁴⁶². Releva notar-se que a própria utilização concreta dos poderes instrutórios do juiz *ex officio* não pode ser institucionalmente orientada a favor de uma ou de outra parte, em via de mão única, e, assim, em prol do litigante social e processualmente mais frágil. Pode ocorrer que, eventualmente, a parte mais fraca venha a ser afinal beneficiada pelo resultado do meio de prova determinado de ofício pelo juiz, mas, nesta hipótese, sua imparcialidade não é posta em xeque, pois não se afigura possível saber de antemão qual a parte que ocasionalmente será beneficiada⁴⁶³.

Um juízo *a priori* imparcial, posto que assentado em consonância com a garantia do juiz natural, não é, só por isso, um juízo que, por exemplo, possibilitará efetivo contraditório a ambas as partes e formulará solução justa da lide no caso concreto. Noutros termos, o exercício imparcial da função jurisdicional (*v. g.*, de direção e decisão do processo) somente

⁴⁶² FAZZALARI, Elio. La imparzialità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 27(2), n. 2, p. 193-203, 1972, esp. p. 200-201.

⁴⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 17, p. 9-28, jan./mar. 2004, esp. p. 14-15: “A postura conservadora que praticamente anula a iniciativa do juiz no domínio da prova parte de uma visão equivocada que não distingue entre *meios de prova* e *prova* propriamente dita. Vê-se na decisão que ordena a produção de um elemento de prova o compromisso do juiz com o resultado de tal diligência como se ele tivesse que ser antevisto como necessariamente benéfico a uma parte predeterminada. Quando se ordena a ouvida de certa testemunha, a requisição de algum documento público ou privado, a coleta de um depoimento pessoal, a vistoria ou inspeção de algum objeto, ou a perícia sobre um documento ou uma coisa, nada pode de antemão assegurar que o convencimento final sobre o quadro fático virá favorecer a esta ou àquela parte.” (Grifos no original).

pode ser eficazmente alcançado caso a caso, *a posteriori*, mediante a análise do comportamento concretamente adotado pelo juiz⁴⁶⁴.

A decisão não é imparcial em si mesma, senão quando demonstre sê-lo⁴⁶⁵. Aplica-se, como uma luva, a paráfrase atinente a Pompeia, mulher do Imperador *Gaius Iulius Caesar*: “ao juiz não basta ser imparcial, deve parecer imparcial”⁴⁶⁶. Para dizê-lo de outra maneira: não basta que a decisão seja justa, senão que é indispensável, também, que o pareça⁴⁶⁷. A garantia de motivação obrigatória e pública, portanto, é a única via para se verificar se o juiz obrou ou não com independência e imparcialidade,⁴⁶⁸ bem ainda a sua sujeição ou não à juridicidade e ao Direito. De fato, a motivação fornece subsídios para a verificação, *in concreto*, da imparcialidade do juiz, através de aferição entre os motivos expressamente declarados nas razões justificativas e os “motivos reais” que não figuram na paisagem da justificação pintada. Demais disso, consente prospectar a bússola subjetiva que, na esfera das diferentes alternativas possíveis do juiz, condicionou-lhe os critérios de escolha ou de valoração. Semelhante hipótese não diminui o peso da importância da motivação, posto que,

⁴⁶⁴ VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 100: “Il controllo della parzialità è anzitutto possibile solo in occasione dell’esercizio concreto del potere, della manifestazione della volontà parziale, col risultato che le nozioni stesse di indipendenza ed imparzialità tendono nelle sentenze a sfumarsi e a confondersi l’una nell’altra.”

⁴⁶⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 399-400: “In sostanza, non solo il giudice deve essere imparziale, ma occorre che l’imparzialità possa essere verificata in ogni concreta decisione: la decisione non è imparziale in sé, ma in quanto dimostri di essere tale. Allora, il collegamento con l’obbligo di motivazione è intuitivo: se la decisione non motivata può indifferentemente essere parziale o imparziale, è soltanto attraverso la motivazione che può essere rilevata la parzialità, e quindi garantita l’imparzialità. Il principio dell’indipendenza istituzionale del giudice e il principio di obbligatorietà della motivazione sono dunque connessi, in quanto diretti entrambi, per vie diverse, a garantire il risultato dell’indipendenza del giudizio. L’indipendenza del giudice ne è una condizione necessaria (anche se non sufficiente), in quanto vale la presunzione che il giudice non indipendente non sia neppure imparziale; l’obbligo di motivazione è diretto a porre in essere una condizione necessaria per la verificabilità dell’indipendenza del giudice, in ordine alla singola controversia decisa.”

⁴⁶⁶ Após a morte de Cornélia, *Gaius Iulius Caesar* casara com a bela Pompeia Sula. Como mulher do *pontifex maximus*, Pompeia organizava, em Dezembro, os ritos sagrados da *Bona Dea* (Boa Deusa), reservado às mulheres. Porém, durante as celebrações, o audacioso *Publius Clodius Pulcher* conseguiu entrar na casa disfarçado de mulher. Em reação a semelhante sacrilégio, do qual não foi provavelmente culpada, Pompeia recebeu uma ordem de divórcio. César admitira publicamente que não a considerava responsável, mas justificara a sua ação com a seguinte frase: “*Minha esposa não deve estar nem sob suspeita.*” Daí descende a celeberrima máxima: “*À mulher de César não basta ser honesta, deve parecer honesta.*”

⁴⁶⁷ FLORES GARCIA, Fernando. Comentarios acerca del “conocimiento privado del juez” en el derecho procesal mexicano. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Mexico-DF, v. 61, n. 255, p. 161-198, 2011, esp. p. 176.

⁴⁶⁸ TOMMASEO, Ferruccio. **Appunti di diritto processuale civile: nozione introduttive**. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. p. 135: “Infatti, la motivazione può essere considerata come uno strumento del controllo popolare sull’imparzialità del giudice, per verificare se la sua decisione è stata frutto di scelte arbitrarie e non invece della sua necessaria soggezione ai precetti normativi.”

por exemplo, a obscuridade ou contradição do juiz, assente na justificação de suas opções valorativas, soem revelar contingente parcialidade⁴⁶⁹. A imparcialidade, caracterizada pela incerteza concernente ao resultado do julgamento, é, a um só tempo, fator efetivo de validade e legitimidade da decisão e de legitimação do procedimento. O conteúdo da motivação comumente denuncia promessas, dissimulações e preferências pessoais do juiz eivadas de suspeição e de arbitrariedade, pondo, assim, a calvo sua parcialidade. Inversamente, a exteriorização das razões de decidir, além de revelar o ângulo de mirada pelo qual o juiz interpretou o preceito normativo e promoveu o acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da controvérsia, deixa-o transparecer como *tertius super partes*⁴⁷⁰, no tocante ao conteúdo da controvérsia, a denotar, de conseguinte, existência de verdadeira e legítima função jurisdicional. Muito para dizer que a independência e a imparcialidade do juiz exigem algo mais do que sinceridade e este *plus* atende pelo nome e sobrenome de justificação jurídica e racional das decisões judiciais, como meio de pavimentar a lisura do acesso à ordem jurídica justa.

4.3 Contraditório e ampla defesa: derradeira manifestação

O contraditório entre partes, em situações dialógicas igualmente simétrica, entre partes e juiz e entre juiz e partes⁴⁷¹, como método dialético de apuração da verdade dos fatos e de correta aplicação da lei e do Direito e de sua aceitável interpretação, descende da

⁴⁶⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 99-100: “A fundamentação apresentada para cada uma das opções realizadas constitui, assim, um ponto de observação privilegiado para a verificação do critério que as presidiu concretamente. Ainda que muitas vezes a real atitude do julgador possa estar dissimulada pela apresentação de motivos diversos daqueles que efetivamente levaram a uma determinada opção, isso não diminui a importância da motivação para o objetivo apontado, até porque a própria obscuridade ou incoerência reveladas na descrição do processo intelectual que conduziu à decisão também podem ser indicações reveladoras de uma eventual *parcialidade*. Em síntese, é a motivação e a forma como ela é apresentada que permitem saber se a independência e a imparcialidade foram respeitadas no caso concreto” (Grifos no original).

⁴⁷⁰ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da Fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, p. 194-213, jul./set. 1992, esp. p. 201-203.

⁴⁷¹ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, LIV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Constituição italiana, de 1947, art. 111, § 2º: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità (...)*”

imparcialidade do órgão judicante, valendo notar que a adequada audiência bilateral tem como supedâneo o paritário tratamento das partes ao longo de todo o procedimento judicial⁴⁷².

O conceito moderno de contraditório perpassa pela mudança de paradigma por ele experimentada. De regra técnica e princípio foi olímpicamente alçado à garantia fundamental do processo justo, tendo como mola propulsora o valor dignidade da pessoa humana, a eficácia concreta dos direitos fundamentais, o diálogo judicial, a colaboração e a cooperação das partes, o dever judicial de consulta, a boa-fé e a lealdade processuais. O contraditório, colocado sob nova luz, implica participação intensa do juiz também, desbordando, assim, do âmbito exclusivo das partes. Some-se o princípio político da participação democrática das partes, em simétrica paridade, pois que o contraditório assegura às partes o direito de influir concreta e eficazmente na concepção intelectual da convicção do juiz⁴⁷³ e, em certa medida, no conteúdo de sua decisão. Significa dizer que, em contraditório, as partes colaboram com o juiz fornindo-o dialeticamente com as premissas fático-jurídicas necessárias à formulação de decisão conforme a lei (ou melhor: a juridicidade) e, sobretudo, à produção de decisão intrinsecamente justa do conflito. Conducente dizer que, sob o prisma procedimental, será justo o processo que se desenvolver em obséquio aos parâmetros advindos dos valores sociais constitucionalmente consagrados.

O contraditório implica limitação aos poderes do juiz⁴⁷⁴, no sentido de que o desenvolvimento das próprias razões de defesa pelas partes haverá de anteceder o exercício dos poderes do juiz: não se trata de mera faculdade discricionária do magistrado, mas de verdadeiro dever imposto ao órgão judicante, censurável, caso descurado, como vício *in procedendo*, de sonegar o prévio contraditório, como direito fundamental processual de cada parte, mesmo em relação às questões de fato e de direito que possa conhecer de ofício,

⁴⁷² Desenganadamente, a observância, por exemplo, das garantias de imparcialidade e do contraditório são, igualmente, de rigor nos assim chamados meios alternativos de resolução de conflitos (arbitragem, conciliação, mediação), os quais, a partir do século 20, na realidade norte-americana, emergiram com uma profusão extraordinária. Em verdade, a tutela de direitos e as garantias do procedimento andam indissociavelmente juntas. A respeito da crise da justiça civil estatal e, no influxo da terceira onda do movimento de renovação do Direito Processual, do estímulo à adoção dos métodos alternativos de resolução de controvérsias, consultem-se, por todos, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, op. cit., p. 67-73.

⁴⁷³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1. p. 449.

⁴⁷⁴ GRASSO, Eduardo. **La pronuncia d'ufficio**. Milano: Giuffrè, 1967, p. 121: “*A tutela del diritto può (e, a nostro avviso, deve) concepirsi il dovere del giudice di proporre alle parti, prima della decisione, la norma o le norme alle quali ritenga di poter riferire il caso concreto, suscitando una discussione sull'applicabilità delle medesime. È questa un'espressione di quella collaborazione fra le parti e l'ufficio, che si risolve in un concorso di attività e (di comuni attribuzioni) per il migliore svolgimento del processo (e quindi per la formazione della giusta decisione) ponendosi tutti i soggetti, pubblici e privati, sullo stesso piano.*”

evitando-se decisões “a surpresa”, sob pena de invalidade. A decisão judicial somente pode se basear em fatos e provas e questões e pontos de direito sobre os quais às partes foram abertas possibilidades de prévio debate. E, mais, o juiz há de conhecer e sopesar as alegações fáticas e jurídicas produzidas em contraditório pelas partes ao longo de todo e qualquer procedimento. Semelhante exigência repousa notadamente na igualdade das partes e na leal colaboração entre elas e o juiz. Todas as questões fáticas e de direito relevantes do processo hão de passar necessariamente pelo filtro purificador do contraditório das partes (sejam elas quais forem)⁴⁷⁵. As estruturas dialéticas, nas quais se materializam as exigências próprias do contraditório, encerram uma das condições medulares do processo, na visão mais dilatada de procedimento. Daí resulta que sem contraditório não há processo.⁴⁷⁶ No Estado Constitucional Democrático de Direito, o contraditório exhibe a mesma transcendência do que, por exemplo, o direito fundamental de acesso à Justiça e a garantia do juiz natural, sem o quê processo racional e justo não pode haver.

A refletir em si os progressos da moderna doutrina constitucional-processual, o núcleo essencial do contraditório hospeda, pelo menos, *nove elementos*. Numa visão de conjunto, em prol da máxima clareza e para evitar-se a fluidez da dispersão, passemos-los em revista.

Primeiro: como consectário do princípio político da participação democrática, a bilateralidade da audiência das partes (*audiatur et altera pars*) estabelece que se ofereçam às partes as mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa (paridade de armas), com adequada e tempestiva ciência ao réu do ajuizamento da demanda judicial, comunicação hábil dos atos processuais, através de citações-intimações,

⁴⁷⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia - Processo C-197/09 RX-II (17/12/2009) M contra Agência Europeia dos Medicamentos (EMA): “Os direitos de defesa incluem o princípio do contraditório, o qual se aplica a todos os procedimentos susceptíveis de conduzir a decisões de instituições comunitárias que afectem de forma sensível os interesses de uma pessoa. Este princípio implica, em geral, o direito das partes num processo a terem a possibilidade de tomar posição sobre os factos e os documentos em que será fundada uma decisão judicial e discutir as provas e as observações apresentadas ao tribunal e os fundamentos jurídicos invocados oficiosamente pelo tribunal e com os quais este tenciona fundamentar a sua decisão. Com efeito, para cumprir os requisitos de um processo equitativo, é necessário que as partes possam debater de modo contraditório os elementos de facto e de direito que são decisivos para o resultado do processo. Os órgãos jurisdicionais comunitários asseguram o respeito e respeitam eles próprios o princípio do contraditório. Todas as partes num processo submetido ao juiz comunitário, independentemente da sua qualificação jurídica, devem beneficiar deste princípio. As instituições comunitárias, por conseguinte, também podem invocá-lo quando sejam partes num tal processo.”

⁴⁷⁶ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1986. p. 78: “C’è, insomma, “processo” quando in una o più fasi dell’iter di formazione di un atto è contemplata la partecipazione non solo - ed ovviamente- del suo autore, ma anche dei destinatari dei suoi effetti, in contraddittorio, in modo che costoro possano svolgere attività di cui l’autore dell’atto deve tener conto, i cui risultati, cioè, egli può disattendere, ma non ignorare. (...) Occorre, dunque, per individuare il processo, che vi siano serie di norme (e posizioni ed atti) che risalgano ai destinatari degli effetti del provvedimento, realizzando fra loro un contraddittorio paritetico.”

possibilidades concretas de objetar e de contrastar atos do *ex adverso*, pertinentemente às questões (de direito e de fato) acendidas no processo judicial ou procedimento administrativo. A atividade defensiva das partes reclama, naturalmente, além de correção e de solidariedade entre os sujeitos processuais, com a prevalência da ideia de cooperação intersubjetiva sobre a de jogo adversarial, a conjuração dos riscos de eventuais surpresas no processo. Em situações excepcionais, envolvendo tutela de urgência (cautelar ou satisfativa), admite-se o chamado contraditório não inicial, mas diferido ou postergado, no sentido de que o juiz pode legitimamente proferir decisão *inaudita altera parte*⁴⁷⁷.

O órgão judicial deve relevar as alegações proeminentes das partes e bem ainda as questões (em sentido técnico, a cujo respeito pese controvérsia) salientes que foram oportunamente por elas suscitadas. Não lhe é lícito deixá-las na penumbra ao ensejo da indicação das razões justificativas expressas na motivação que serve de base à conclusão final. As questões releváveis de ofício, que o juiz pretenda adotar como fundamento da decisão, impõem-lhe o *dever* (não mera faculdade) de submetê-las, previamente, ao crivo do contraditório das partes, sob pena de invalidade.⁴⁷⁸ A proibição de julgamento a surpresa (“sentença a surpresa” ou juízos da “terceira via”) deve entender-se no sentido de abranger não apenas as questões de direito, senão também as de fato, e bem ainda pontos de direito e/ou fáticos.

Segundo: direito à informação (*Recht auf Benachrichtigung*) e à reação (*Recht auf Äusserung*), que também se expressa no binômio “ciência e resistência”, em cujo espectro subjaz a necessidade de que as partes tenham conhecimento dos atos praticados por cada uma delas e pelo juiz, no escopo de efetivar-se o contraditório, preferencialmente real e não meramente eventual, potencial. Na perspectiva do adequado desempenho no processo, os atos processuais haverão de ser cientificados através de citação, de intimação e de notificação. O intérprete deve persuadir-se de que, na latitude da garantia de ciência-reação, a informação é essencial, real, concreta, enquanto que a reação é acidental, contingente, eventual, ocasional (é dizer, meramente possibilitada nos casos de direitos disponíveis). Inobstante, o contraditório consente outros aplicativos no teatro do processo, decorrentes de sua

⁴⁷⁷ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 9º: “Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito.”

⁴⁷⁸ Assim, por exemplo, o art. 101, § 2º, do Codice di Procedura Civile italiano, de 1940, com maior ênfase após a reforma em sua legislação processual patrocinada pela Lei nº 69, de 18.06.2009. Vide, ao propósito, MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. Terza edizione. Torino: Giappichelli, 1999, v. 1. p. 187.

reconfiguração teórica também como duplo dever: para o juiz, de instauração e participação de amplo diálogo com as partes; para estas, de colaboração e de cooperação éticas na formação da decisão, tudo no desígnio de aperfeiçoar a qualidade técnica, a justeza e a efetividade da prestação jurisdicional, a implicar consideração de adequação dos meios aos fins reconhecidos ao processo. As partes, destinatárias da atuação do Estado-juiz, haverão de amplamente participar, colaborando e cooperando, também no plano do processo, donde a legitimação pelo contraditório, pela ampla defesa e pelo devido processo legal e justo: o pronunciamento judicial será tanto mais legítimo quanto maior a possibilidade de participação influenciadora das partes. De sorte que os atos do procedimento processual haverão de ser de tal modo (co)ordenados que permitam a concretização do processo equo e justo. Todavia, tratando-se de direitos disponíveis, com fulcro no valor liberdade no processo, as partes podem optar, por vontade livre e consciente, entre atuar ou omitir-se, segundo suas estratégias de defesa (*Unusquisque est rerum suarum moderator et arbiter*).

Terceiro: direito à prova e à contraprova, como uma das preciosas expressões do direito de ação e de defesa, mediante apropriada participação das partes no processo, franqueando-se lhes apresentar alegações e requerer todas as provas pertinentes e relevantes, lícitas e morais, tendentes à descoberta da mais exata possível verdade material⁴⁷⁹, através da correta reconstrução histórica dos fatos em Juízo, que favoreçam suas posições jurídicas, sob pena de lesão ao contraditório, por cerceamento de defesa, e, assim, de esfacelamento da efetividade do processo. Na delicada demarcação das questões e dos pontos de fato controvertidos e, conseqüentemente, na fixação do *thema probandum* e dos respectivos meios de prova, o juiz deve abrir ensanchas à manifestação das partes, em reverência ao contraditório e à ampla defesa e aos princípios da colaboração e da efetividade⁴⁸⁰. Inserem-se no espectro do direito à prova as seguintes atividades básicas: impugnação da pertinência e da

⁴⁷⁹ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 269: “*Sin embargo, así como en el plano filosófico y epistemológico general se va recuperando el valor ético-político y científico de la verdad, hay razones válidas para considerar que la verdad es también un valor procesal, en el sentido de que si el proceso debe estar dirigido a la obtención de decisiones justas y correctas, es necesario que entre sus finalidades se comprenda también la determinación verdadera de los hechos de la causa.*”

⁴⁸⁰ LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elizabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 241-253, esp. p. 249: “A fixação dos pontos controversos e a definição das provas pertinentes têm importância vital para o bom desenvolvimento da instrução e a solução adequada da lide. Ao cumprir essa tarefa, o juiz não poderá deixar de ouvir as partes sobre o *thema probandum*, presente o princípio da colaboração, prestigiado pela doutrina contemporânea.”

relevância da prova requerida pela parte contrária ou determinada *ex officio* pelo juiz; participar de sua aquisição; deduzir contraprovas; debater a eficácia dos resultados das provas previamente às decisões. A apreciação das provas pelo juiz, embora livre, há de ser necessariamente justificada, mediante critérios de juízo e de inferência racionais e controláveis. No campo da livre convicção, o juiz tem sua liberdade “vigiada” pela motivação obrigatória e pública: deverá expressamente apontar, na sentença, em complexas e múltiplas operações lógicas, os motivos que condicionaram sua convicção. Não por acaso, as razões justificativas, adequadamente formuladas, assumem invulgar papel de racionalização dos elementos de convicção do juiz. A livre convicção do juiz encontra no dever de justificar-se racionalmente o seu pedágio garantístico. A inadimplência quanto ao pagamento implica inexistência de legítima jurisdição e lamentável desprestígio para a Justiça.

Não se pode abandonar a metodologia dialética de busca cooperativa da verdade (lógica dialógica do procedimento judicial) em troca de um contraditório mecânico e meramente formal de entrecoque de teses, quase uma queda de braços. O contraditório, como atividade de alegações, deduções, argumentações, requerimentos de prova e de contraprova, tem em mira aperfeiçoar tecnicamente o *decisum*. Nesse aspecto, decisões de inversão do ônus da prova ou de aplicação da carga dinâmica não de ser precedidas de contraditório entre as partes, pois que não podem gerar surpresa para o sujeito atingido pela anástrofe.

O contraditório é um instrumento operativo para melhor se alcançar a verdade: quanto maior for o diálogo judicial aberto, mais amplas as oportunidades de dizer e de contradizer, tanto maior será a possibilidade de apropriado acerto da verdade dos fatos. O monólogo jamais conduzirá à verdade. O escopo magno do contraditório é permitir o mais correto exercício da atividade jurisdicional, além de pintá-la com as tintas da legitimidade. Ademais, as partes têm a faculdade de participar de todas as etapas da realização das provas requeridas, por si e pelo *ex adverso*⁴⁸¹. Os direitos à prova e à contraprova integram o cerne do

⁴⁸¹ No Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, vejam-se, exemplificativamente, na realização da prova pericial (art. 420): as partes podem indicar assistentes técnicos, formular quesitos (art. 421, §1º, I e II), postular a destituição do perito (art. 424, I e II), apresentar quesitos suplementares (art. 425), impugnar laudo do perito do juízo, requerer esclarecimentos do perito em audiência (art. 435). Na mesma rota: na inspeção judicial (art. 440), as partes e seus advogados têm a faculdade de estarem presentes na diligência do juiz. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 472. § 1º: “Incumbe às partes, dentro de quinze dias contados da intimação do despacho de nomeação do perito: I – indicar o assistente técnico; II – apresentar quesitos. Art. 475. O perito pode ser substituído quando: I – faltar-lhe conhecimento técnico ou científico; II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado. Art. 476. As partes poderão apresentar quesitos suplementares durante a diligência, que poderão ser respondidos pelo perito previamente ou na audiência de instrução e julgamento. Art. 484, §3º Se ainda houver necessidade de esclarecimentos, a parte requererá ao juiz que mande intimar o perito ou o assistente técnico a comparecer à

contraditório⁴⁸²: a parte exibe o direito de defender-se (ou demandar) provando. Toma corpo - sob auspícios garantísticos da onda de humanização do processo, da solidariedade dialógica, do princípio da colaboração e na visão cooperativa do processo - a figura do juiz complacente com o contraditório⁴⁸³, tolerante com o direito de defesa, indulgente com o direito probatório e implacável na busca da verdade. Seria ocioso lembrar que o viés de condescendência do juiz, nos moldes aqui preconizados, não se confunde obviamente com tibieza na necessária direção do processo ou com atonia na repressão às condutas ilícitas, antiéticas ou imorais das partes (e do próprio juiz). Não é renão. O processo civil moderno, de forte fragrância publicística, preocupado com o prestígio do valor Justiça, a credibilidade do Poder Judiciário, a autoridade de suas decisões e a confiança da sociedade no exercício da jurisdição estatal, tende a investir o juiz do poder-dever também de iniciativas sancionadoras, as quais, no entanto, não podem ser exercidas com autoritarismo ou arbítrio, senão que nos limites demarcados pela legalidade estrita.

Quarto: direito de influir (contraditório como direito de influência - *Einwirkungsmöglichkeit*) concreta e eficazmente no desenvolvimento intelectual da convicção do juiz e, desse modo, no conteúdo das decisões judiciais. As potencialidades do contraditório não se circunscrevem à possibilidade de as partes poderem apresentar alegações orais e escritas, processuais ou referentes ao mérito da causa, propor e produzir provas e contraprovas e participar da produção das provas requeridas pelo *ex adverso* ou das provas determinadas de ofício pelo órgão julgante, comparecer às audiências, afirmar fatos principais ou jurídicos e fatos secundários ou simples, pleitear providências em prol de sua posição jurídica⁴⁸⁴. A impugnação quanto mais imediata é tanto mais eficaz. Este conjunto de prerrogativas também

audiência de instrução e julgamento, formulando, desde logo, as perguntas, sob forma de quesitos. Art. 491. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.”

⁴⁸² GRECO, Leonardo, op. cit., p. 450: “Essa nova perspectiva do princípio do contraditório exige que a prova seja um dos componentes do direito de defesa, ou seja, que às partes seja garantido o direito de defender-se provando, que não se exaure no direito de propor a produção das provas, compreendendo também o direito de efetivamente produzir todas as provas que potencialmente tenham alguma relevância para o êxito da sua postulação ou defesa.”

⁴⁸³ FAZZALARI, Elio, op. cit., p. 81: “*La qualità di contraddittorio, ove ricorra per l'autore dell'altro, importa, peraltro, un'essenziale conseguenza: quand'anche sia un organo pubblico, munito d'imperio quale autore è posto, durante la fase preparatoria dell'atto (e salva quindi la sua preminenza nella successiva fase della emanazione del provvedimento), sul piede di simmetrica parità rispetto all'altro o agli altri contraddittori.*”

⁴⁸⁴ No atinente aos multifários atos processuais próprios da parte, consulte-se, por todos, CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. p. 967-977.

está dentro do campo da garantia da ampla defesa⁴⁸⁵. As partes, em contraditório no procedimento (tese e antítese), participam da própria formulação da sentença (síntese), quando se tem em linha de consideração que o juiz deva levar em conta a atividade processual por elas desenvolvida. De sorte que, a par de o processo tutelar direitos e realizar valores constitucionais, tal furor participativo, proporcionado pelo instrumento operativo da exigência democrática do contraditório, se afigura como garantia do correto exercício do poder e inestimável fator legitimação da jurisdição. Daí resulta o dever de o juiz estimar o material produzido pelas partes, quer para acolhê-lo, quer para rejeitá-lo, indicando, em qualquer caso, expressamente, as razões justificativas de seus critérios de escolha ou de valoração. Nesse aspecto, deve haver perfeito acoplamento entre a superfície do diálogo desenvolvido pelas partes no procedimento e o conteúdo da sentença. Tal congruidade, que não prescinde de expressa e adequada demonstração pelo juiz na motivação da conclusão final, é de peremptório rigor, para que se possa haver como efetiva a influência do exercício da garantia do contraditório na conformação da convicção do órgão judicante⁴⁸⁶. A ser diferente, não teria naturalmente sentido prático algum assegurar à parte o direito de ação-defesa (v. g., informação-reação-alegação-argumentação-produção de provas-contraprovas) se ao juiz fosse consentida a possibilidade de pura e simplesmente ignorar o material proveniente da mão de obra qualificada das partes⁴⁸⁷. Aliás, seria tão incompreensível quanto um funeral no qual se ignorasse solenemente o *de cuius*.

⁴⁸⁵ CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 22-23: “Infatti, il diritto di impugnare, che si vorrebbe del tutto estraneo al diritto alla difesa, sembra a me una componente essenziale e non sopprimibile del diritto alla difesa, non potendosi negare che, se non ci fosse la possibilità di impugnare, le parti sarebbero alla merce del giudice: prova ne è che la Corte costituzionale ha ammesso l’impugnabilità per revocazione delle sentenze della Cassazione proprio per evitare che il diritto alla difesa fosse “gravemente offeso.”

⁴⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 53-65, fev. 2009, esp. p. 55: “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 essa influência decorre da análise da motivação da sentença ou do acórdão.” (Grifos no original).

⁴⁸⁷ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano, op. cit., p. 448 ss., 510 ss. Assim também, TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 402: “È chiaro, d’altra parte, che poco varrebbe garantire alle parti la possibilità d’impiego dei mezzi di difesa, se poi si consentisse al giudice, di fatto, il potere di non tener conto, in sede di decisione, di quanto le parti stesse hanno apportato al “materiale di giudizio”, in fatto e in diritto; non a caso, infatti, si individua nell’ambito della garanzia generale della difesa un diritto delle parti di influire sulla decisione, nel quale rientrano il diritto alla prova, il diritto ad interloquire sulle questioni rilevanti per la decisione, e così via.”

Quinto: flexibilização e congruência dos prazos, no justo calibre das necessidades de defesa da parte, de acordo com as especificações do caso concreto e do direito material, com abstração de ocasional fato impeditivo para a realização do ato processual⁴⁸⁸.

Sexto: igualdade material das partes, conformadora do dever de imparcialidade do juiz, que impõe tratamento paritário e isonômico das partes, mediante equânimes e reais oportunidades no processo, para fazer valer suas próprias razões, quer sob a ótica do acesso à Justiça, quer sob o prisma do exercício do direito de defesa⁴⁸⁹. Haverá processo quando no itinerário de formação da decisão houver contraditório em linha de simétricas e recíprocas igualdades (“*parità delle armi*”). O invulgar papel do contraditório é o de instrumento de garantia e de atuação do direito fundamental de defesa.

Sétimo: contraditório prévio de questões de direito e de fato cognoscíveis *ex officio* pelo juiz ou não, de ordem pública ou não (também decisões da “terceira via”, para evitar “sentença a surpresa⁴⁹⁰”, que é um dos maiores flagelos da jurisdição). Vale elencar alguns ordenamentos jurídicos que expressamente disciplinam a matéria: Código de Processo Civil italiano, art. 183 § 2º (antes da reforma de 2009, depois da reforma do § 2º do art. 101); Código português, art. 207; § 139 da ZPO alemã (*Zivilprozessordnung*); § 182 da ZPO austríaca; com uma fragmentada atuação desta regra o art. 171 do *Code de procédure civile* francês, sobre declaração de incompetência de ofício, art. 172, no tocante ao pronunciamento da litispendência e da conexão, e, agora com contornos de regra geral, os arts. 16⁴⁹¹ (renovada

⁴⁸⁸ Em atividade interpretativa nitidamente abrogante do art. 183, § 1º, do Código de Processo Civil brasileiro, de 1973.

⁴⁸⁹ No que concerne ao equânime tratamento das partes no processo pelo juiz, leia-se CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 82-83: “Outrossim, impõe-se-lhe uma *atitude processual de imparcialidade, neutralidade e distanciamento*, no sentido de que deve estar em posição de superioridade e neutralidade em relação às partes, impedido de decidir uma controvérsia em que esteja envolvido o seu próprio interesse. Ele é levado, enfim, a um comportamento de *equânime tratamento* (“*fairness*”) das partes no processo, no sentido de que deve garantir a todas elas adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões.” (Grifos no original).

⁴⁹⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano, op. cit., p. 667-658: “*Egli ritiene in sostanza che il giudice debba informare le parti del proprio orientamento prima dell’emanazione della pronuncia, per metterle in grado di incidere validamente sulla formazione del provvedimento decisivo. Solo in tal modo si riuscirebbe ad evitare che gli interessati siano costretti a muoversi nell’incertezza e a dibattere su questioni comunque irrilevanti, per poi vedersi “sorpresi” da una sentenza del tutto inattesa. Il diritto di influire sullo svolgimento della controversia e sul contenuto della decisione resterebbe inevitabilmente compresso, se gli interessati non avessero l’opportunità di seguire e di esaminare previamente le considerazioni giuridiche dell’organo giudicante.*”

⁴⁹¹ Sobre a necessidade de prévio contraditório entre as partes para a adoção de questões de direito não encartadas na petição inicial, mesmo as de ordem pública, vejam-se, na doutrina francesa, CONTE, Philippe; LARGUIER, Jean. **Procédure civile – Droit judiciaire prive**, 17. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 86: “*S’il soulève d’office un moyen même de droit, ou mélangé de droit, même d’ordre public, il doit au préalable inviter les parties à présenter leurs observations.*”

dicção) e 82; exigência semelhante pode ser encontrada nos *Principles of Transnational Civil Procedure*, especialmente no princípio nº 22; projeto de Código de Processo Civil brasileiro, no *caput* art. 10: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício”.

Oitavo: o contraditório reclama que todos os contra-interessados (=terceiros que possam sofrer efeitos em suas esferas jurídicas por força de decisão proferida em processo *inter alios*) tenham o direito de intervir no processo, com o exercício das prerrogativas concernentes ao direito de defesa, preservando-se o direito de discussão dos efeitos da sentença proferida sem a cabal participação.

Nono: o princípio da colaboração entre partes e juiz e vice-versa, se ilumina de novos significados do processo como *actus trium personarum* (Búlgaro)⁴⁹², onde todos estão no mesmo patamar e cooperando para a busca da verdade real e da justiça substancial. Ora, se tal acontece, não é já porque a invocação da visão de processo como duelo adversarial (à semelhança de certame desportivo com supremacia do mais forte), fruto da ideologia liberal-individualista, em si, seja agora imperante, senão porque das partes houve a exigência de intensa colaboração e sincera cooperação, iluminadas por uma lógica dialética, com o órgão judicante, nos confins da ética e da boa-fé processual.

Nessa moldura, o processo experimenta densa mutação de função: de instrumento de composição de conflitos e reflexamente mecenas da paz social, se transmuda em ferramenta de persecução de justiça material, através da descoberta, a mais exata possível, da verdade material. No novel panorama da judicialização, ganha terreno o fortalecimento dos poderes do juiz, com indispensável mudança de sua mentalidade, principalmente no campo das iniciativas probatórias *ex officio*. Os ventos cambiantes também transformaram a acepção do contraditório, pois que condicionaram empresas, empreendimentos e decisões judiciais à prévia informação das partes, as quais, de regra, passaram a deduzir suas alegações, com produção de provas e de contraprovas, antes que o juiz possa decidir. A transformação acabará por conformar o próprio “estilo” gerencial das defesas pelas partes, mercê do imperativo de desempenho probó, leal, de boa-fé dos sujeitos do processo.

⁴⁹² *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei.*

Sob outro prisma, a ampla defesa⁴⁹³, como defesa completa e abrangente (não porém ilimitada ou indiscriminada) dos direitos *lato sensu*, garante às partes o direito de deduzir em juízo suas próprias razões, apresentar alegações, propor e produzir todas as provas tendentes ao acolhimento ou à rejeição da pretensão formulada na petição inicial ou em sede de reconvenção ou pedido contraposto deduzido em contestação. É tentador pensar que a ampla defesa conxiona-se intimamente com a exigência de tratamento paritário das partes ao longo de todo e qualquer procedimento. A ampla defesa, por ser expressão mais abrangente, açambarca o contraditório e logicamente não se adstringe a ele. Portanto, expressões diversas para fenômenos distintos. A ampla defesa materializa-se, por exemplo, quando o juiz defere a produção de todas as provas pleiteadas pelo autor e réu de fatos controversos, pertinentes e relevantes tendentes à busca da verdade das respectivas hipóteses fáticas. Inversamente, a ampla defesa é vilipendiada quando o juiz desacolhe, por exemplo, requerimento do autor, a propósito de admissão de prova pertinente e relevante do fato constitutivo da pretensão formulada em juízo, ou rechaça requerimento do réu no que toca à admissão de provas relevantes (e, portanto, pertinentes) da existência de fato impeditivo (v. g., ser o réu menor, à época da contratação com o autor), modificativo (v. g., novação) ou extintivo (v. g., pagamento) da pretensão do autor. O direito à prova restou maltratado, com erosão da plenitude da defesa, pois que a parte foi impedida de carrear para os autos os meios justificativos ou demonstrativos de suas próprias alegações ou em contraposição àquelas formuladas pelo *ex adverso*. O direito à prova adequada e pertinente está umbilicalmente ligado às garantias do contraditório e da ampla defesa⁴⁹⁴. O cerceamento de defesa (qualificada de ampla justamente com o propósito de evitá-lo), nesses casos, é palmar e pode ser censurado pelos meios de impugnação previstos no ordenamento jurídico positivo.

Na garantia do acesso à Justiça, envolvendo o poder de ação e o direito de defesa, as ideias de processo justo e de legitimidade da jurisdição não prescindem do direito fundamental de ser ouvido e julgado por juiz independente e imparcial blindado contra o “conhecimento privado”, destituído de “informações privadas”. Daí resulta que o juiz deva decidir a causa exclusivamente com base na valoração das provas ensartadas nos autos do processo admitidas em contraditório processual entre as partes.

⁴⁹³ Evangelho do apóstolo João, 7, 51: “Porventura, condena a nossa lei um homem sem primeiro o ouvir e ter conhecimento do que faz?”

⁴⁹⁴ LOPES, João Batista. Princípio da ampla defesa. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**, op. cit., p. 119-135, esp. p. 126-127.

O problema da revelia do réu, que regularmente citado deixa de apresentar contestação, não implica eliminação ou atenuação de seu direito de defesa. Na realidade, o réu ostenta a faculdade e ônus de defender-se, mas não o dever jurídico de efetivamente assim o fazer. Tratando-se de direitos materiais disponíveis a estratégia de defender-se ou não gravita na órbita exclusiva de liberdade das partes. O que mais importa é que sejam oportunizadas concretas possibilidades de defesa, mediante chances paritárias para dizer e desdizer no curso do procedimento. Significa afirmar que, em modelo teórico e prático, o processo justo poderá perfeitamente dar o ar de sua graça sem a colaboração efetiva de ambas as partes.

Dizer que não se coaduna com o garantismo processual constranger o direito de defesa é dizer que, por exemplo, são inidôneos quaisquer obstáculos ilegítimamente opostos à efetiva admissão de provas no processo concernentes a fatos principais/jurídicos e secundários/simples controversos, pertinentes e relevantes para o julgamento da lide, sob pena de cerceamento do direito de defesa. A ampla defesa, arraigada no aforismo *nemo inauditus damnari postest*, repercute concretamente nas demais garantias fundamentais do processo judicial, desde o acesso à tutela jurisdicional qualificada, efetiva e justa, passando pela igualdade e contraditório, duplo grau de jurisdição, publicidade, até o devido processo legal.

Agora bem, o ponto de confluência entre contraditório, ampla defesa e motivação é precisamente o seguinte: os fundamentos da sentença não de espelhar os argumentos fático-jurídicos articulados pelas partes. O discurso justificativo judicial deve acolher o direito de defesa, assente na garantia do contraditório, e a motivação da sentença. As partes são colocadas concretamente em condições de compreender as razões objetivas da decisão. Há conexão funcional entre contraditório e justificação prática⁴⁹⁵ do julgado, de sorte que a motivação acolhe a derradeira manifestação daquela garantia e representa seu epítome

⁴⁹⁵ COMANDUCCI, Paolo. Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto. **Diritto e questioni pubbliche**, Palermo, n. 10, 2010. p. 121-134, esp. p. 121-122: “Una giustificazione può essere definita come un procedimento argomentativo mediante il quale si offrono ragioni in favore di una conclusione. Se la conclusione è un enunciato descrittivo o teorico, la giustificazione ha natura teorica, e offre ragioni per affermare che la conclusione è vera (o probabile). Le ragioni che giustificano una conclusione descrittiva sono a loro volta enunciati descrittivi (proposizioni). Se la conclusione, invece, è un enunciato prescrittivo o valutativo (che prescrive il compimento di un’azione o valuta un’azione o una situazione), la giustificazione ha natura pratica, e offre ragioni per affermare che la conclusione è giusta (o buona, o corretta, o valida). Le ragioni (necessariamente almeno alcune) che giustificano una conclusione prescrittiva o valutativa sono a loro volta enunciati prescrittivi o valutativi (norme o valutazioni). Secondo questa schematica definizione, la motivazione giudiziale, dato che offre ragioni in favore di una conclusione che è costituita da una norma (espressa dalla decisione finale del giudice), appartiene, in ultima istanza, alla classe delle giustificazioni pratiche. Anche se, all’interno della motivazione, possono esservi dei passaggi giustificativi teorici, dato che alcuni degli elementi della motivazione sostanziale sono enunciati descrittivi che devono a loro volta essere giustificati.”

final⁴⁹⁶, porquanto o dever de indicar os fundamentos significa para o juiz necessariamente ter em conta as alegações fático-jurídicas e provas-contraprovas concretamente produzidas pelos litigantes ao longo de todo o *iter* procedimental. Ao juiz incumbe demonstrar, por imperativo do contraditório e da ampla defesa, que a concepção intelectual de sua convicção resulta essencialmente da qualificada participação das partes das estruturas dialéticas do procedimento⁴⁹⁷. Releve-se o truísmo: tais garantias seriam puramente cênicas e quiméricas se o juiz, no momento culminante de julgar a causa, pudesse desprezar a transpiração das atividades materialmente realizadas pelas partes até então⁴⁹⁸.

Por outras palavras, a motivação da sentença, como exteriorização do raciocínio decisório, permite verificar o efetivo respeito à garantia do contraditório, em cuja dimensão o juiz também se coloca: (i) se e em que medida a participação das partes animou concreta e eficazmente a formação intelectual da convicção do juiz; (ii) se suas alegações, provas e contraprovas foram, de verdade, esquadrihadas, valoradas e levadas em conta nas inúmeras escolhas feitas no curso do itinerário lógico seguido pelo juiz até a sentença; ou inversamente (iii) se ocorreu o esvaziamento do contraditório e do direito de defesa, como quando o juiz adote solução de “*terza via*”, isto é, preferindo hipótese de resolução do conflito não submetida previamente ao pente-fino do contraditório das partes, mantendo-se, assim, longínqua do debate processual produzido.

Em reverência às garantias do contraditório e da ampla defesa e através do diálogo cooperativo, o juiz tem o dever de levar em consideração, na fundamentação da decisão, todas as alegações das partes concretamente produzidas. A não ser assim, jamais se poderá aferir se efetivamente o órgão judicante conferiu concretude ao contraditório das partes e ao direito de

⁴⁹⁶ COLESANTI, Vittorio. *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*. **Rivista di Diritto Processuale**, 30(2), 1975. p. 577-619, esp. p. 612-613: “*In breve, è lecito dire che la garanzia della motivazione rappresenta l’ultima manifestazione del contraddittorio, per ciò solo che l’obbligo posto al giudice di enunciare i motivi del suo provvedimento si traduce nell’obbligo di tener conto dei risultati del contraddittorio, e al tempo stesso di render conto che l’iter formativo del provvedimento medesimo s’è svolto all’insegna della (possibile) partecipazione degli interessati. (...) In questo senso la garanzia della motivazione, seppur rivolta alla soddisfazione di un interesse sociale, riassume anche la tutela dell’interesse individuale alla piena esplicazione del contraddittorio, di cui rappresenta (per così dire) la sintesi finale. (...) E cioè: da una parte, l’obbligo di motivare vale a riprova della essenzialità del contraddittorio nel procedimento (quale che ne sia la struttura) di formazione dell’atto, e proprio perché il giudice, nell’enunciare i motivi del suo provvedimento, deve render conto delle risultanze del contraddittorio.*”

⁴⁹⁷ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567-576, esp. p. 572-573.

⁴⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 100.

defesa: se, de verdade, todas as teses relevantes, provas e contraprovas dos sujeitos do processo, uma a uma, foram consideradas na formação da convicção do juiz, com a indicação dos respectivos critérios de valoração de tudo quanto tenha estimado importante como cerne de sua motivação⁴⁹⁹. Do vaivém do virtuosismo dialético⁵⁰⁰ das partes, com interesses contrapostos no processo, mas com colaboração e cooperação, que, no filão da racionalidade procedimental resultante da dinâmica do contraditório, o juiz há de garimpar o material jurídico-probatório imprescindível à formulação da sentença mais adequada, efetiva e justa. Como imperativo jurídico-político relevantíssimo à boa administração da justiça, a motivação há de exibir a virtude de justificar a decisão, porém no cotejo com as linhas argumentativas (de fato e de direito) das defesas produzidas pelas partes: se o juiz efetivamente considerou toda a atividade desenvolvida pelas partes para influir em sua convicção e, por conseguinte, na decisão. Somente a motivação consente sindicatar se o juiz examinou concretamente as alegações fático-jurídicas das partes produzidas em contraditório. No caso de não observância do contraditório, resta inviabilizada a completa formulação das hipóteses de decisão, haja vista que as partes não puderam fazer valer as próprias razões em supedâneo das respectivas hipóteses que reclamam decisão, massacrando valores fundamentais do processo devido e justo, bem como a efetividade da cognição judicial⁵⁰¹. De fato, não há legitimamente cognição judicial que possa desdenhar da análise e valoração das alegações e provas produzidas em contraditório pelas partes. Não à encenação. Sem conhecer o manancial fático-jurídico trazido pelas partes para os autos do processo não há como possa o juiz formular decisão materialmente justa.

Nessa peculiar perspectiva, a falta de motivação (gráfica ou ideológica) compromete uma de suas funções instrumentais, no âmbito endoprocessual, que é a de consentir, à luz das especificações do caso concreto, a aferição das garantias do contraditório e da ampla defesa

⁴⁹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 150-151: “Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático. Mais: denota a necessidade de todo e qualquer elemento constante da decisão ter sido previamente debatido entre todos aqueles que participam do processo.”

⁵⁰⁰ VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**: parte generale. 6. ed. Napoli: Jovene. 2002. p. 106.

⁵⁰¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, jul/ago. 2004. p. 110: “*il diritto di agire e di difendersi, da esso garantito, va inteso come possibilità effettiva (e non meramente teorica) di svolgere nel giudizio un minimo di attività processuale, che consenta a tutte le parti coinvolte una concreta e paritaria opportunità di partecipazione al contraddittorio per far valere le rispettive ragioni.*”

em sentido amplo, e denunciar o esvaziamento da participação das partes em simétrica paridade e do debate por elas travado no processo. Legitimamente, jurisdição não há quando o juiz deserta de seu dever de motivar a sentença, dispensando-se de gerar base argumentativa de seus critérios de escolha ou de valoração atinentes aos fatos e ao direito, objeto de debate no caso particular. Um exemplo é suficiente para ilustrar o raciocínio: o juiz poderá, no exercício de seu livre convencimento, abonar maior valor ao depoimento da testemunha A, indicada pelo réu, em detrimento dos depoimentos das testemunhas B, C e D, arroladas pelo autor, mas, como tal opção colide com máxima de experiência, deverá expor suficientes razões justificativas pelas quais a versão de uma única testemunha exhibe maior credibilidade e, por isso mesmo, prevalece sobre número mais elevado de testemunhas.

Fosse pouco, ante a falta de motivação gráfica ou ideológica, também a exigência de legalidade (*rectius*, de juridicidade) das decisões judiciais seria reduzida a pó, adversando-se o Estado Constitucional Democrático de Direito. Em outras palavras, para se constatar, no caso concreto, se o juiz consona ou não com a ordem jurídica posta e se é aceitável ou não a aplicação da norma jurídica e sua interpretação de certo modo, mister se faz perscrutar as razões justificativas expressas na motivação colocada à base da conclusão final. A exigência de motivação é tanto mais intensa quanto maior forem as margens de discricionariedade do juiz, em suas pautas de valores ou opções valorativas⁵⁰², exemplificativamente: aplicar cláusulas gerais (v. g., cláusula do devido processo legal, em especial como deve ser sua feição no processo eletrônico)⁵⁰³ e conceitos juridicamente indeterminados (v. g., interesse público, bem comum, bons costumes, pudor, fins sociais da lei, exercício regular de direito, boa-fé, atividade de risco, vícios ocultos, perigo iminente, divisão cômoda, *fumus boni iuris*, *periculum in mora*, probidade, atividade jurídica); colmatar lacunas mediante raciocínios integrativos e analógicos, e até na chamada jurisdição voluntária, na qual predominam valorações e julgamentos por equidade, como medida do justo para o caso concreto⁵⁰⁴. A decisão há de consentir controlabilidade racional sobre a validade da demonstração dos critérios de juridicidade, nos juízos de fato e de direito, utilizados pelo juiz.

⁵⁰² PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 114.

⁵⁰³ Sobre a elaboração da decisão judiciária com a utilização de computador, vide PESCATORE, Pierre. L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements. **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 413-416, esp. P. 414-415: "*Il faut, tout d'abord, que le concept soit explicite; l'ordinateur n'enregistre pas ce qui est seulement implicite. L'ordinateur ne repère pas les sous entendus, l'ordinateur n'est pas capable de lire, comme on dit, entre les lignes. Et ainsi l'utilisation de l'ordinateur crée une pression en vue de la révélation explicite de vrais motifs de décision.*"

⁵⁰⁴ SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso moderno de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

4.4 Transcendentalidade da igualdade moral e jurídica

No tratamento das pessoas como iguais descansam preeminentes teorias da justiça, em algum nível fundamental de suas perspectivas⁵⁰⁵. Na igualdade substancial está ínsita a ideia de justiça: afeiçoa-se o tratamento igualitário com o tratamento justo, atento à democratização das estruturas processuais mediante as quais a justiça é concretamente administrada⁵⁰⁶. A igualdade condiciona os raciocínios nos quais não de ser prospectados os princípios de Justiça, seus elementos, além de determinar seus respectivos mecanismos de funcionamento. Sob o enfoque moral, os seres humanos são iguais (mundo do *ser*) e, na dimensão jurídica, devem ontologicamente ser tratados igualmente (mundo do *dever ser*), no que se igualam (enquanto se mantêm iguais) e se desigalam (enquanto se mantêm desiguais). O justo representa tratar todos igualmente no que são iguais, e de modo diferente, mas proporcional⁵⁰⁷, no que são diferentes⁵⁰⁸.

Leva-se a sério o argumento sobre se supor, no cerne de sociedade complexa, a transcendência de uma ordem de valores, fulgurando o supremo valor igualdade,⁵⁰⁹ de estatura universal, como fundamento, medida e finalidade de qualquer sistema de criação e de

⁵⁰⁵ SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 328.

⁵⁰⁶ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. **Ius et Praxis:** Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, año 2, n. 2, p. 235-267, 1997, esp. p. 239: “*De esta manera, la igualdad se constituye en una condición general de validez de las leyes y en un derecho subjetivo público de las personas; base necesaria sobre la cual puede concretarse luego el principio de protección, que está diseñado con el objeto de lograr una igualdad positiva, a través de acciones positivas que desarrollan la igualdad de oportunidades y la remoción de los obstáculos que se oponen a ella.*”

⁵⁰⁷ GÓMEZ, María Isabel Garrido. El valor de los precedentes judiciales en materia de igualdad. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Alcalá, n. 4, p. 27-48, 2011, esp. p. 17: “*En la dimensión objetiva de los derechos, juega, así, el principio de proporcionalidad que no se puede emplear directamente para controlar el cumplimiento de un deber del legislador. Este principio se conecta con la igualdad, como presupuesto de tratos proporcionalmente diferentes al ser plausible buscar el medio que se considere menos perjudicial sin que se demuestre que la medida adoptada.*”

⁵⁰⁸ Corte Europeia de Direitos Humanos - Caso Salgueiro da Silva Mouta x Portugal. Queixa nº 33290/96. Corte (4ª Seção). Acórdão de 21/12/1999: “29. Segundo a jurisprudência dos órgãos da Convenção, uma diferença de tratamento é discriminatória nos termos do artigo 14.º da Convenção se não se basear numa justificação objectiva e razoável, isto é se não prosseguir um objectivo legítimo e se não houver uma relação de razoável proporcionalidade entre os meios empregues e o fim visado (ver Acórdão Karlheinz Schmidt c. Alemanha de 18 de Julho de 1994, Série A n.º291, pág. 32, n.º24).”

⁵⁰⁹ Constituição espanhola, de 1978, art. 1.1: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*”

aplicação do Direito⁵¹⁰, atento à sua própria legitimidade e aceitabilidade social. A igualdade é o mais eminente dos princípios, aquele que vem em primeiro lugar no rol dos direitos e garantias fundamentais do processo. É dizer: o princípio da igualdade é o grande maestro que rege a orquestra de todos os direitos e garantias fundamentais que, no texto constitucional, são, ao depois, a ele catalogados.⁵¹¹

A igualdade material das partes, no espaço público do processo, é condição essencial do processo equo e justo. Não por acaso, o juiz tem o dever de, ao longo de todo o *iter* do procedimento, assegurar às partes igualdade de tratamento⁵¹² (“*parità nelle armi*”). Significa dizer que não de desfrutar das mesmas chances, à luz das especificações do caso particular, sem atribuição de posição de vantagem, seja ao acolhimento da pretensão, seja à sua rejeição. Uma parte não pode, por exemplo, usufruir de maiores possibilidades de fazer valer suas razões em juízo e de provar suas alegações. Nesse aspecto, as oportunidades não de ser distribuídas a ambas as partes de modo equalizado, uniforme, equilibrado. O pacto sinalagmático entre igualdade e justiça implica oferecer, por juízes e tribunais, um devido processo legal e uma proteção legal equânime a todos os jurisdicionados, inclusive como um dos critérios de mensuração da qualidade substancial da prestação jurisdicional.

Nessa moldura, o escrutínio crítico acerca do tratamento paritário tocante ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres, à análise das alegações fáticas e jurídicas de ambas as partes e do resultado das provas e contraprovas por elas produzidas faz-se mediante interação com a motivação das decisões judiciais. Um exemplo frisante, envolvendo a carga dinâmica da prova, é oportuno: a inversão do ônus da prova deve ser adequada e suficientemente fundamentada pelo juiz, ou seja, a decisão há de

⁵¹⁰ Perceba-se que a ideia de igualdade humana fundamental é placitada em vários passos do texto da Constituição Federal brasileira, de 1988, enfatizando, a mais não poder, a peculiaríssima relevância desse valor na consciência constitucional de uma sociedade democrática, fraterna, solidária e plural (v. g., Preâmbulo, art. 4º, IV, art. 5º, *caput*, e I).

⁵¹¹ BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 29-33, 1996, esp. p. 30: “Pois bem: na região dos princípios constitucionais observa-se essa hierarquia também entre as normas-princípios. Porque não é aleatoriamente que o art. 5º, *caput*, da CF de 1988 enuncia a isonomia *antes* da discriminação dos direitos e garantias fundamentais que ele próprio institui. Dessa posição “topograficamente” eminente da isonomia resulta uma proeminência substancial desse princípio: ele penetra, como uma linfa, os demais direitos e garantias constitucionais, perpassando-lhes o conteúdo normativo: “rege todos os direitos em seguida a ele enunciados”, na lição de Francisco Campos.” (Grifos no original).

⁵¹² Código de Processo Civil brasileiro, de 1973: “art. 125: O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I: assegurar às partes igualdade de tratamento.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.”

indicar, às expensas, o porquê da anástrofe; apontar a razão pela qual uma parte ostenta melhores condições objetivas para produzir determinada prova do que o *ex adverso*. O momento processual mais adequado para o juiz proferir decisão de inversão do ônus da prova é aquele imediatamente após o decurso do prazo para oferecimento de resposta pelo réu (com ou sem ela) e antes da instauração da fase instrutória do procedimento, de molde a possibilitar a justa distribuição do ônus da prova. A não ser assim, as garantias da igualdade, o direito de defesa, o contraditório e o devido processo legal restariam aniquilados. Tais garantias são também vulneradas quando o juiz, a pretexto de aplicar “regra de julgamento”, procede à inversão do *onus probandi* apenas no corpo da sentença (com ou sem motivação, pouco importa), pois não se afigura juridicamente possível que, também fazendo tábua rasa da segurança jurídica, da boa-fé objetiva, da confiança legítima, o órgão julgante possa infligir tamanha surpresa a uma das partes: uma espécie de cavalo de Troia processual.

4.5 Duplo grau de jurisdição

No sistema de justiça civil romano, a ideia de recorribilidade, na época pós-clássica da *cognitio extra ordinem*, remonta à *appellatio*, recurso dotado de efeito suspensivo, como instrumento de impugnação da sentença definitiva, dirigido ao Imperador, autoridade superior ao juiz, com poderes para reexaminá-la e reformá-la. O novo regime que se seguiu à Revolução francesa de 1789 consagrou o princípio do duplo grau de jurisdição, consistente em admitir-se, como regra, o sucessivo exame e julgamento da causa por dois órgãos jurisdicionais, o segundo hierarquicamente superior ao primeiro, conexas com o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, extraído implicitamente do sistema estrutural de prestação jurisdicional⁵¹³, como derivativo do princípio dispositivo, ligando pedido e sucumbência como requisito de admissibilidade recursal, e do chamado efeito devolutivo do recurso, a par da aplicação, em sede recursal, do princípio da correlação ou da congruência entre o pedido deduzido na petição de impugnação e a decisão judicial, com vedação de julgamento *extra* ou *ultra petita*.

⁵¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. p. 571.

No Brasil, o princípio do duplo grau de jurisdição foi expressamente consagrado na Constituição do Império, de 1824, cujo artigo 158 dispunha: “Para julgar as Causas em segunda, e última instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos.” Nada obstante incandescente divergência doutrinária, sobre ser ou não ser⁵¹⁴ o duplo grau de jurisdição uma garantia fundamental do processo civil, vale notar que autorizadas vozes reconhecem nele um princípio estrutural do processo civil⁵¹⁵, ínsito ao sistema constitucional brasileiro⁵¹⁶ ou como um dos elementos formadores do postulado do devido processo legal. Outra vertente de pensamento considera o direito ao recurso, como garantia fundamental absoluta, apenas do processo penal (com fulcro no art. 8º, n. 2, alínea *h*⁵¹⁷, Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário)⁵¹⁸, não do processo civil⁵¹⁹, em cuja sede o princípio do duplo grau constituiria preceito infraconstitucional⁵²⁰, que o legislador ordinário, ao influxo de seu humor, poderia abraçá-lo ou não, bem como atenuar seu conteúdo e extensão.

⁵¹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 239-240: “Não há definição universalmente válida do princípio do duplo grau: cabe ao intérprete extrair dos textos do *ius positum* os dados necessários à sua caracterização, num determinado ordenamento. Vale observar que, embora parte considerável da doutrina, desde a época anterior ao advento da atual Carta da República, tenda a considerá-lo ínsito em nosso sistema constitucional, nem o texto da Constituição anterior nem o da vigente ministra, no particular, conceito que se imponha ao legislador ordinário; nenhum dos dois alude sequer, *expressis verbis*, ao princípio.”

⁵¹⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto), op. cit., p. 115: “in primo luogo, la garanzia del doppio grado di giurisdizione (di merito), profondamente radicata nelle tradizioni europee occidentali, ma non certamente ignota o sconosciuta nei sistemi di common law, la quale esige che, nei confronti delle decisioni pronunziate dai giudici inferiori di prima istanza, sia costantemente assicurata un’opportunità di revisione e di riesame in un nuovo giudizio, mediante un’impugnazione proposta ad un giudice superiore.”

⁵¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

⁵¹⁷ Cujá dicção é a seguinte: “artigo 8º - Garantias judiciais 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.” Em sentido diametralmente oposto à aplicação geral do princípio do duplo grau de jurisdição, com ênfase no campo penal, vide MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB). p. 220-223.

⁵¹⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). p. 214.

⁵¹⁹ Constituição portuguesa de 1976, com a reforma de 1982, Art. 32, 1: “O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.”

⁵²⁰ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1. p. 126.

O fato de a Constituição Federal brasileira, de 1988, em qualquer de seus preceitos, não utilizar a expressão “duplo grau de jurisdição”, por si só, não autoriza necessariamente a conclusão de que se absteve de consagrar a garantia em tela e, menos ainda, a respectiva inferência de que, no modelo de processo equo e justo, o duplo grau seria elemento não essencial, mas acidental. Não parece ser melhor escolha hermenêutica analisar textos ou dispositivos normativos isoladamente, desgarrados do contexto jurídico mais abrangente nos quais se situem; antes terão preferência, na exegese constitucional, os métodos de hermenêutica sistemático e teleológico. Também há de resistir-se em prestigiar retrocesso no tocante à Constituição Imperial brasileira, de 1824. Ademais, consoante conhecida regra de hermenêutica, não se presumem na lei (e, com maior densidade de razões, na Constituição) palavras inúteis ou expressões supérfluas. Deveras, se a Constituição, de 1988, previu, com minuciosa estruturação, órgãos judiciários e tribunais superiores, encoraja a pensar que foi justamente para assegurar o duplo grau de jurisdição. Semelhante estrutura judiciária existe precisamente para que, incrementando a garantia de justiça, o litigante possa ter acesso efetivo ao juízo do recurso, mediante interposição dos recursos jurídicos cabíveis.

Não é despidendo enfatizar que o direito ao recurso, e portanto ao duplo grau de jurisdição de mérito, é inerente ao devido processo justo, e suplementar das garantias anexas ao devido processo legal no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. A não ser assim, haveria, no Brasil, profunda incoerência, pois o conjunto de garantias constitucionais do processo (civil, penal) acolhido generosamente pela porta teria sua efetividade garantística expulsa pela janela. Para assegurar-se uma efetiva oportunidade de revisão em um novo e superior juízo, propugna-se, *de lege ferenda*, a proclamação expressa⁵²¹ daquilo que implicitamente exala do texto da Constituição Federal brasileira como garantia do duplo grau de jurisdição de mérito no processo (civil, penal), no Título concernente aos direitos e garantias fundamentais, com a seguinte formulação: “*aos litigantes em todos os processos judiciais e aos acusados em geral são assegurados o direito ao recurso, mediante a garantia do duplo grau de jurisdição de mérito.*” Seria ocioso dizer que semelhante proposta não alvitra impugnação continuada e permanente. Não e renão. Com a única ressalva das causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal, consagradas no próprio texto

⁵²¹ Reafirme-se que a Constituição Federal brasileira, de 1988, naturalmente configura competência de segundo grau ou de grau superior para os órgãos jurisdicionais de cúpula (v. g., arts. 102, II, 105, II, 108, II). É digno de nota que o Superior Tribunal de Justiça funciona como verdadeiro segundo grau de jurisdição, ao julgar recurso ordinário interposto contra sentença de primeiro grau, na hipótese contemplada no art. 105, II, c (“as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País;”)

constitucional, a proposição é no sentido de que, correspondendo à sua eficácia instrumental, no mérito do *thema decidendum* haja, no mínimo, por provocação da parte vencida, do terceiro prejudicado e do Ministério Público, um reexame da causa, através de órgão judiciário de hierarquia superior, cuja decisão haverá juridicamente de prevalecer, sobre aquela da instância inferior⁵²². Exames e reexames contínuos e constantes, ilimitadamente, adversariam a necessidade de segurança jurídica, como valor da ordem constitucional, decorrente da coisa julgada material, qual elemento característico do Estado Constitucional Democrático de Direito⁵²³.

Comumente, setor da doutrina (de reduzida ressonância no momento de hodierno) erige os seguintes óbices ao duplo grau⁵²⁴: (i) erro e injustiça não seriam apanágios do juízo da causa, senão que o juízo do recurso também poderia cometê-los no julgamento e reformar decisão do juízo *a quo* juridicamente correta e justa⁵²⁵; (ii) a atividade do juízo do recurso seria improfícua, quando placitasse decisão do juízo da causa; (iii) a decisão do juízo do recurso reformadora da decisão do juízo da causa, por apontar dissídio hermenêutico, renderia ensejo a incertezas no atinente à correta aplicação do direito, a par de colaborar para o desprestígio da função jurisdicional. Tais objeções ao direito de recorrer, no entanto, são menos sérias do que aparentam ser. A uma, porque, no campo das probabilidades, causas submetidas a exames sucessivos, mediante segunda reflexão, com análise mais objetiva dos pontos nodais da causa, por colegiados compostos, em regra, de juízes mais experientes, já por si, provavelmente, estarão mais próximas de uma solução correta e justa do que um epílogo incorreto e injusto⁵²⁶. A duas, porque da confirmação produzida pelo juízo do recurso,

⁵²² COLOMER, José Francisco Castelló. El doble grado de jurisdicción y la doble sentencia conforme. **Revista Española de Derecho Canónico**, Salamanca, v. 62, n. 159, p. 459-500, 2005, esp. p. 464: “*Cuando se habla de doble grado o de doble instancia, en sentido jurídico estricto, se hace referencia a un sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen dos sucesivos exámenes y decisiones sobre el tema de fondo planteado, por obra de dos órganos jurisdiccionales distintos, de modo que el segundo debe prevalecer sobre el primero.*”

⁵²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 229-241, mar./abr. 2006, esp. p. 235: “Ademais, cuida-se o instituto da coisa julgada de uma concretização do próprio acesso à justiça e de uma exigência do Estado de Direito.”

⁵²⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 80-81.

⁵²⁵ MORTARA, Lodovico, 1855-1936. **Commentario del codice e delle leggi di procedura civile**. 2. ed. Milano: Vallardi, 1905, v. 2. p. 13.

⁵²⁶ TEIXEIRA, Patrícia Gomes. **A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais**. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 733-745, esp. p. 742.

ao contrário de inutilidade, pode-se, antes, extrair maior grau de probabilidade no que toca à correção e à justeza da decisão interlocutória ou da solução final do conflito, aparelhando-a, pois, de maior prestígio. A três, porque mostrar, no juízo do recurso, antagonismo com o juízo da causa quanto ao accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da lide, ou divergência de aplicação de norma jurídica ou de sua interpretação, longe de gerar incertezas nas relações jurídicas e desprestígio do Poder Judiciário, demonstra compromisso com os escopos do processo justo, além de dar arras ao aprimoramento qualitativo da prestação jurisdicional e contribuir sobremodo para fortalecer a legitimação do exercício da jurisdição e a confiança dos jurisdicionados e da sociedade em geral no seu sistema de Justiça. As eventuais desvantagens que esse sistema possa apresentar são suplantadas por inequívoca plataforma de vantajosidade⁵²⁷.

De mais a mais, com intensa conotação política, no Estado Constitucional Democrático de Direito, ato estatal algum está imune à controlabilidade e, *a fortiori*, sobre a juridicidade e a justiça material das decisões judiciais, ainda que interna ou endoprocessualmente, no que pertine ao binômio recorribilidade-duplo grau de jurisdição. A motivação obrigatória e pública, em seu jaez garantístico e político, permite também o controle externo ou extraprocessual sobre a “obra” do juiz e acerca dos modos como a justiça é concretamente administrada, seja por qualquer cidadão do povo, seja pela sociedade, expressada na opinião pública, em geral.

A não ser assim, estar-se-ia, *mutatis mutandis*, ressuscitando posição de civilistas e de canonistas medievais a sustentar que a motivação da decisão impactaria negativamente a autoridade do julgado, expondo-o a impugnação por fundar-se em causa falsa ou errônea, a proporcionar sua nulidade, a par de estorvar o funcionamento da máquina da justiça civil. É o estratagema de esconder divergências, em sessões secretas do tribunal, como no exercício da judicatura sob o *Ancien Régime*, comprometendo-se seus integrantes a nunca revelar eventual cizânia de votos. Daí deriva que todos os membros do colegiado deveriam subscrever a sentença, mesmo quem houvera eventualmente discrepado de seu conteúdo. Semelhante artifício fazia com que colegiado e unanimidade fossem fenômenos sinônimos. Solução e verdade unânimes espelhavam a unidade do poder real e a infalibilidade divinal. Contudo, bem pesadas as coisas, camuflar divergências entre órgãos judicantes não consola o ideário de certeza moral e, menos ainda, conforta a reputação do Poder Judiciário. Escamotear a falta de educação do homem não o torna intrinsecamente mais cordial.

⁵²⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. p. 86.

Some-se, em prol do duplo grau de jurisdição, uma razão prática nada desprezível: elementar regra de experiência insinua que, ao ângulo psicológico, o juiz da causa adota reflexão mais acurada no julgamento quando de antemão não ignora que sua decisão poderá ser impugnada e, de conseguinte, anulada ou reformada pela instância jurisdicional hierarquicamente superior⁵²⁸. O sentido político do duplo grau de jurisdição reside no controle burocrático, verticalizado, de instâncias superiores sobre decisões de instâncias inferiores, além de viabilizar a uniformização de interpretação e de aplicação da lei e do Direito. Daí dizer-se que os países da *civil law* podem dispensar a ideia de força vinculante da jurisprudência, pois que já deriva da índole hierárquica da estrutura orgânica entre tribunais superiores e juízes inferiores⁵²⁹.

Não seria despropositado dizer que, para além de mera garantia implícita - pois, por exemplo, a Constituição brasileira, de 1988⁵³⁰, estruturou os órgãos jurisdicionais comuns e especiais e tribunais, deferindo-lhes funções (de revisão da decisão, uniformizadora da jurisprudência, política de controle) e competências para julgar recursos - o segundo julgamento por um tribunal de hierarquia superior⁵³¹ deva também ser assegurado no processo civil, como garantia fundamental exurgente do acesso à ordem jurídica efetiva e justa, do contraditório e da ampla defesa (com os *recursos* que lhes são inerentes) e do devido processo

⁵²⁸ Averbe-se, contudo, em sentido contrário, MARINONI, Luiz Guilherme. **El doble grado de jurisdicción**. Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 18 jun. 2013. p. 1-15, esp. p. 1-2: “*En relación a las ventajas, se acostumbra hablar (...) iv) de la influencia psicológica positiva que es ejercida sobre el juez que sabe que su decisión será revisada por el órgano superior. (...) Respecto de la influencia psicológica del doble grado sobre el juez de primer grado, lo cierto es que el juez responsable no debe estar muy preocupado con el hecho que su decisión sea revisada por un órgano jurisdiccional superior. El juez consciente de su responsabilidad ejerce sus funciones con celo y capacidad, independientemente de la existencia de una segunda instancia. En contrapartida, al juez irresponsable le es muy cómodo el doble grado, pues si es la decisión de segunda instancia la que prevalece e interfiere en la vida de las personas, no hay razón para tener mucho cuidado al momento de la decisión de primer grado.*”

⁵²⁹ Firme em Mirjan R. Damaska, vide GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual, op. cit., p. 283.

⁵³⁰ Por exemplo: artigos 92, III a VII, 93, III, 98, I, 102, II, 105, II, 108, II. De mais a mais, o art. 5º, LV, estabelece: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e *recursos* a ela inerentes;” (Reforços gráficos nossos). Placitando este último aspecto, vide PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 85.

⁵³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 36: “Não basta, porém, assegurar o direito de recurso, se outro órgão não se encarregasse da revisão do decisório impugnado. Assim, para completar o princípio da *recorribilidade* existe, também, o princípio da dualidade de instâncias ou do *duplo grau de jurisdição*. Isto quer dizer que, como regra geral, a parte tem direito a que sua pretensão seja conhecida e julgada por dois juízos distintos, mediante recurso, caso não se conforme com a primeira decisão. Desse princípio decorre a necessidade de órgãos judiciais de competência hierárquica diferente: os de primeiro grau (juízes singulares) e os de segundo grau (Tribunais Superiores). Os primeiros são os *juízos da causa* e os segundos, os *juízos dos recursos*.” (Reforços gráficos no original).

legal⁵³². O princípio da recorribilidade está a meio caminho entre a garantia de segurança jurídica e a garantia de entrega da prestação jurisdicional efetiva em lapso temporal razoável. Entrementes, a recorribilidade nem sempre implica prévia existência de dualidade de instâncias. Razões de política legislativa podem excepcionalmente recomendar que o recurso venha a ser julgado pelo próprio órgão prolator da decisão impugnada⁵³³ ou por órgão recursal sucessivo ensartado ainda no mesmo grau em que fora prolatada a decisão impugnada (v. g., as chamadas Turmas Recursais, em sede de Juizados Especiais Cíveis, compostas de juízes de primeiro grau de jurisdição)⁵³⁴. Demais disso, a atenuar o princípio do duplo grau de jurisdição (mas sem desnaturá-lo), o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro prevê, por exemplo, que, em causas de sua competência originária, o Plenário do Supremo Tribunal Federal faça julgamentos em instância única (e, portanto, logicamente irrecorríveis, posto que órgão de cúpula do Poder Judiciário)⁵³⁵.

O sistema recursal brasileiro, no campo do processo civil, hospeda recursos de corte constitucional⁵³⁶ (recurso ordinário, recurso extraordinário e recurso especial) e de cariz

⁵³² Sobre os princípios relativos aos recursos, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 597: “a) princípio do duplo grau de jurisdição: por força desse princípio, qualquer decisão judicial da qual possa resultar prejuízo jurídico a alguém admite revisão judicial por órgão jurisdicional hierarquicamente superior. O princípio, embora não garantido expressamente na Constituição, consiste em garantia processual oriunda do princípio do devido processo legal; este, sim, previsto em sede constitucional.”

⁵³³ No ordenamento jurídico brasileiro, exemplos clássicos são os recursos de embargos de declaração, previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, cabíveis contra quaisquer pronunciamentos jurisdicionais, e embargos infringentes, estabelecido na Lei federal n. 6.830, de 22.09.1980, em seu art. 34, nos procedimentos de execuções fiscais. Neste último caso, por opção política, o legislador levou em conta o pequeno valor da causa.

⁵³⁴ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;” Nessa rota, Lei federal n. 9.099, de 26.09.1995, art. 41, § 1º: “Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado. § 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.”

⁵³⁵ Assim, a própria Constituição federal, de 1988, excepciona a regra do duplo grau, como: (i) art. 5º, XXXVIII, c, em causas provenientes do Tribunal do Júri, nas quais o órgão ad quem, em regra, não pode alterar o mérito da decisão, *ex vi* do princípio da soberania dos veredictos; e (ii) art. 102, I, em causas de competência originária do Supremo Tribunal Federal. No plano do direito federal infraconstitucional, nesta última hipótese, vejam-se, exemplificativamente: Lei federal nº 9.868, de 10.11.1999, art. 26: “A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.” Lei federal nº 9.882, de 3.12.1999, art. 12: “A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.”

⁵³⁶ Constituição Federal, de 1988, art. 102, II e III, e art. 105, II e III).

infraconstitucional⁵³⁷ (apelação, agravo - retido e de instrumento -, embargos infringentes, embargos de declaração, embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário). A legitimidade para recorrer, em regra, é deferida à parte vencida, ainda que parcialmente, e, por exceção, ao terceiro prejudicado. O Ministério Público também ostenta legitimidade recursal tanto no processo no qual figure como parte, quanto naqueles em que atue como *custos legis*⁵³⁸.

Problema de singular importância relaciona-se com a hipótese de extinção do procedimento sem julgamento do mérito, por juízo competente, já se tendo energizado o contraditório e a possibilidade de o tribunal, em sede de apelação, julgar, de logo, o cerne do conflito, se a causa abordar questão exclusivamente de direito e o processo estiver maduro para julgamento⁵³⁹ (e também de fato, por analogia às hipóteses de julgamento antecipado da lide, desde que a instrução probatória seja suficiente no momento da interposição do recurso). A problematização, assim delineada, encerraria violação ao princípio do duplo grau de jurisdição? A resposta negativa se impõe⁵⁴⁰, por três ordens de raciocínio: (i) o duplo grau, como garantia constitucional, não é um princípio amplo; (ii) não há realmente o que justifique prejuízo ao duplo grau, mesmo a admiti-lo como garantia no caso da apelação, pois o juízo *a quo* já terá tido oportunidade de se manifestar e a causa estará sendo julgada exatamente pelo juízo de segundo grau; (iii) há casos em que a economia processual comprime ou atenua o contraditório, mas absolutamente não se está diante de um desses casos (*v. g.*, recurso interposto contra indeferimento da petição inicial não pode ser apreciado pelo mérito da lide, porquanto não se cumpriu ainda o contraditório); realizam-se celeridade e economia sem

⁵³⁷ Código de Processo Civil, de 1973, art. 496. Agregue-se que, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a Lei federal n. 9.099, de 26.09.1995, em seu art. 41, contra a sentença, prevê o recurso inominado.

⁵³⁸ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, art. 499, §§ 1º e 2º. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1009: “O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, seja como parte ou fiscal da ordem jurídica. Parágrafo único. Cumpre ao terceiro demonstrar a possibilidade de a decisão sobre a relação jurídica submetida à apreciação judicial atingir direito de que seja titular.”

⁵³⁹ Permissivo constante do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1026: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. 3º Se a causa estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando: I – reformar sentença fundada no art. 495; II – decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III – constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-los; IV – decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.”

⁵⁴⁰ NOGUEIRA, José Maurício. Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 542-552, esp. p. 545-546.

prejuízo algum ao devido processo legal. Nessa moldura, faz-se mister pensar em um reforço de motivação, principalmente quando a demanda judicial versar também sobre questão fática. O tribunal deve indicar as razões justificativas dos critérios de acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa de determinada maneira.

No tocante ao duplo grau de jurisdição, sob o ângulo de mirada interno (endoprocessual), como *locus* de explicitação do raciocínio decisório, a motivação, ao prestar contas dos critérios de escolha ou de valoração, através de explicitação de razões justificativas nas quais o juiz ancorou logicamente seu comando final⁵⁴¹, desempenha o papel de ponte, técnico-instrumental, entre decisão e sua impugnação. Consente, racionalmente, de logo: (i) apreçar a conveniência de lançar-se mão de impugnação e estimar as respectivas chances de êxito, mediante o confronto das razões da decisão e aquelas comumente utilizadas, em casos análogos, pela instância superior; (ii) melhor estruturação dos argumentos de eventuais recursos, permitindo à parte recorrente identificar as impressões digitais dos vícios das decisões judiciais impugnadas, máxime nos recursos tatuados como de fundamentação vinculada, nos quais é de rigor a indicação de um erro-hipótese suscetível de acoplamento ao figurino desenhado pelo ordenamento jurídico-constitucional, inclusive com a exigência de prequestionamento explícito, vale dizer, de motivação expressa tocante ao ponto suscetível de ensejar interposição, no sistema processual brasileiro, do recurso extraordinário, do recurso especial, do recurso de revista, este no âmbito trabalhista; (iii) controle sobre a concreta administração da justiça; (iv) supressão do cunho voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional; (v) acesso à racionalidade e à coerência argumentativa do juiz; (vi) facilitação das tarefas dos juízes revisores, pela chave de acesso ao raciocínio utilizado pelo juiz para alcançar o porto de suas conclusões parciais e final, haja vista que a motivação oferece o cardinal parâmetro a ser meditado quando da análise das razões articuladas na peça de impugnação; (vii) maior racionalização da atividade jurisdicional e eficiência de controle sobre a “obra” do juiz, pois seis olhos (no juízo do recurso) veem provavelmente mais do que

⁵⁴¹ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27, op. cit., p. 159: “(...)il giudice deve pronunciare secondo le norme di diritto, interpretando queste “secondo coscienza” e lasciandosi guidare dal suo prudente apprezzamento nel caso in esame, ma libertà e pienezza di valutazione non lo esimono dall’obbligo di esporre gli elementi di fatto e di diritto che costituiscono il fondamento logico della decisione. Il giudice non si contenta più di comandare, non si limita più al sic volo sic iubeo pronunciato dall’alto del soglio ma scende al livello del giudicabile e, mentre comanda, cerca di spiegargli la ragionevolezza di quel comando.”

dois (no juízo da causa); (viii) aprimoramento qualitativo⁵⁴² das decisões judiciais e maior nível de justiça e de efetividade da própria tutela jurisdicional, também sob o aspecto de otimização dos resultados do processo, no tocante ao direito subjetivo material vulnerado ou ameaçado de vulneração.

A exigência de motivação das decisões judiciais pressupõe logicamente que, em julgamento sucessivo, instância superior tenha poder de revisão sobre as mesmas. O princípio da recorribilidade vê-se massacrado pela decisão destituída de motivação (gráfica ou ideológica). Deveras, dá-se o enfraquecimento da garantia do recurso na dimensão do duplo grau de jurisdição, pois a falta de motivação no juízo de fato e/ou de direito implica ausência de conhecimento do litigante vencido sobre o que recorrer, além de embarçar a tarefa do órgão *ad quem* no que tange à cognição do objeto a ser (re)examinado. Tal estado de coisas, estreme de dúvida, vulnera o amplo direito de defesa⁵⁴³.

A irresignação com decisão única é inerente ao ser humano. Esse inconformismo deriva naturalmente da falibilidade de julgamentos humanos (por ignorância, temor, corrupção)⁵⁴⁴. A possibilidade de revisão dos pronunciamentos jurisdicionais, no sistema de duplo exame⁵⁴⁵, consente probabilisticamente maior grau de acerto do julgado, pois o juiz

⁵⁴² SORMANI, Alexandre. Princípio do duplo grau de jurisdição. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**, op. cit., p. 215-239, esp. p. 237.

⁵⁴³ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**, op. cit., p. 61.

⁵⁴⁴ BERMUDES, Sergio. **Curso de direito processual civil** (recursos). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 11.

⁵⁴⁵ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973, art. 475: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 507: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público; II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública; III – que, proferida contra os entes elencados no inciso I, não puder indicar, desde logo, o valor da condenação.” O reexame necessário ou duplo grau obrigatório de jurisdição, embora criticado por autorizadas vozes doutrinárias, beneficia a sociedade e a proteção do patrimônio público. A derrota do Poder Público em juízo não representa apenas o triunfo do particular, mas a derrocada da pessoa jurídica de direito público que representa a coletividade ou encarna o interesse público. Daí a conveniência de maior meditação sobre a causa, que será implementada em segundo instância superior. Portanto, o fator de diferenciação é justificável e legítimo. O reexame necessário não é recurso, mas condição de eficácia da sentença. Há, porém, exceções, nas quais, em situações específicas, coexistem a imediata eficácia da sentença e o reexame. Dois exemplos são suficientes para ilustrar o raciocínio: (i) no mandado de segurança, a sentença tem eficácia automática, nos termos do art. 14, § 3º, da Lei nº 12.016, de 7.08.2009: “A sentença que conceder o mandado de segurança pode ser executada provisoriamente, salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar.”; e (ii) na ação civil pública, em que a suspensividade é deferida caso a caso, nos termos do art. 14, da Lei nº 7.347, 24.07.1985: “O juiz poderá conferir efeito suspensivo aos recursos, para evitar dano

revisor terá, no exercício do controle, todo o material decantado a seu dispor, esquadrinhado e submetido às partes em contraditório no juízo *a quo*. É provável, então, que, por maior meditação de aspectos relevantes da causa ou mesmo enfoque através de ângulo distinto, o juízo *ad quem* possa formular decisão mais justa à composição da lide. Escopo de purificação. A impugnação da decisão, pelas vias recursais, tem por fito escoimá-la de eventuais erros que a infirmem. O recurso jurídico, sob certo ponto de vista, é um voto de confiança na sinceridade do Estado-juiz, possibilitando-lhe corrigir erros, escoimar vícios, acertar e, ao fim, melhorar qualitativamente a prestação jurisdicional.

A motivação da decisão judicial guarda laço estreito com o duplo grau de jurisdição. No terreno endoprocessual (interno), a motivação, por sua natureza técnico-instrumental, é o passaporte entre decisão e sua impugnação. Consente, em essência, primeiramente, melhor estruturação dos argumentos articulados na peça recursal e, ao depois, permite adequada controlabilidade do pronunciamento jurisdicional decisório pela instância hierarquicamente superior.

4.6 Publicidade processual em suas vertentes interna e externa: viabilização do controle de efetividade das demais garantias do processo

A publicidade em geral e a dos atos processuais em especial exprime uma das mais elevadas garantias inerentes ao Estado Constitucional Democrático de Direito. De efeito, tanto a irrenunciável publicidade quanto a motivação obrigatória das decisões judiciais⁵⁴⁶, com intensas influências recíprocas, são elementos de sua organização e de seu funcionamento.

irreparável à parte”. Com a posição de que o reexame necessário tem por fito resguardar o interesse público, vide PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 136. Na mesma direção, CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 203.

⁵⁴⁶ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, inciso LX: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;” e art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei 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;” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Vale notar que neste último enunciado normativo, com protuberante significado, a publicidade figura junto à motivação. Conexionam-se como instrumento eficaz de controle democrático sobre o exercício do poder estatal.

Prestigiosa doutrina qualifica a publicidade e a motivação de *garantias das garantias*⁵⁴⁷, porque desempenham, interna e externamente, a função de permitir a aferição, *in concreto*, do grau de efetividade de todas as demais garantias fundamentais do processo (v. g., acesso à ordem jurídica justa, igualdade, ampla defesa, contraditório, imparcialidade do juiz, devido processo legal).

A publicidade e a motivação derivam do imperativo de tutela jurisdicional efetiva, adequada, célere e justa. É dizer: mergulham raízes na necessidade de proteção jurisdicional efetiva. Nessa ordem de ideias, a efetividade do processo, enquanto instrumento eficiente de realização do direito material, imbrica-se com as garantias fundamentais que nele se concretizam. Uma excitante nuance da efetividade repousa na abertura de controle racional às partes e, democrática e difusamente, à sociedade sobre a atividade judicial, a validade dos critérios de escolha ou de valoração utilizados pelo juiz, o esperável acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, a correta eleição da norma jurídica aplicável e sua aceitável interpretação, a racionalidade da decisão e, em suma, o modo pelo qual o juiz administra a justiça. Não por acaso, a publicidade e a motivação são freios, com sistema ABS, ao arbítrio judicial. A ser diferente, a constitucionalização do processo e o correspondente feixe de garantias seriam puramente quiméricos, simbólicos, desprovidos da mais tênue utilidade prática.

A clandestinidade arrosta graves riscos aos valores igualdade, liberdade e justiça, pois a penumbra corrompe a hipótese de a atividade processual restringir-se exclusivamente a critérios jurídicos⁵⁴⁸. Daí por que, através da publicidade-motivação, o juiz instaura diálogo com a cidadania, em respeito ao princípio político da participação democrática no processo. É um corredor de caráter dialógico entre Poder Público e sociedade, com cores de legitimação

⁵⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 616.

⁵⁴⁸ FRANZ KAFKA, na obra clássica intitulada “O Processo”, narra um procedimento obscuro no qual garantia alguma é respeitada. É a negação do Estado Constitucional Democrático de Direito. Deparando-se com uma atmosfera de infundáveis surpresas surreais, geradas por uma lei maior e inacessível, Josef K., atônito, ao ser informado que contra ele havia um processo judicial (ao qual ele jamais terá acesso e fundado numa acusação que ele jamais conhecerá), percorre as vielas da burocracia estatal, cumpre ritos inexplicáveis, comparece a tribunais estapafúrdios, submete-se a ordens desconexas e se vê enredado numa situação ilógica. Confuso pesadelo. Ao declarar sua inocência, K. é perguntado “*inocente de quê?*”. É o retrato do autoritarismo de uma face sombria da Justiça que se vê com o poder nas mãos para condenar alguém, sem lhe oferecer meios de defesa, ou ao menos conhecimento das razões da punição. As circunstâncias são grotescas, bizarras, ninguém conhece a lei e a corte permanece anônima. Obstina-se, mas sem sucesso, ele se esfalha em lutar contra o crescente absurdo, ignora todo aviso de resistência, sendo, a final, executado um ano depois nos portões da cidade.

do concreto exercício da função jurisdicional⁵⁴⁹. Caso ao juiz fosse dada a possibilidade de não motivar suas decisões, o complexo de garantias do processo judicial não teria serventia alguma, por chacinar a hipótese de controlabilidade racional sobre a atividade jurisdicional. Daí descende que, em perspectiva teórica, a motivação radica o valor de *garantia do garantismo*, por permitir a aferição do coeficiente de efetividade de todas as demais garantias fundamentais do processo judicial.

Sob a ótica instrumental, publicidade implica motivação e vice-versa. Porque assim é, em visão pragmática, a função garantística da publicidade tocante à sentença supõe que ela esteja suficientemente motivada⁵⁵⁰. A não ser assim, a publicidade seria tão inútil quanto ligar um ventilador em meio a uma tempestade. Sob outro ângulo de mirada, à motivação seria subtraída a função de permitir o controle, endo e extraprocessual, da atividade jurisdicional, sem que se pudesse expô-la, através de publicidade geral (em regra), imediata e mediata, ao crivo crítico das partes, dos jurisdicionados e da sociedade. Não aos julgamentos a portas fechadas, em sessões secretas. A publicidade é o melhor detergente para limpar a pecha da parcialidade, a nódoa do arbítrio judicial e o laivo de culturas jurídicas autoritárias.

A publicidade e a motivação obrigatória das decisões judiciais constituem condições essenciais de desempenho satisfatório da justiça e de legitimação do exercício da jurisdição⁵⁵¹. As funções endo e extraprocessuais da motivação seriam reduzidas a pó não fosse a garantia fundamental da publicidade. A motivação é um instrumento da publicidade: somente poder-se-á conhecer o que ocorre no processo se o juiz motivar suas decisões. Ademais, a equação motivação-publicidade é que irá consentir controle de efetividade, em cada caso concreto, das demais garantias fundamentais do processo. A sindicância das partes, o olhar indagador da crítica social e o controle da opinião pública têm como condição essencial a demonstração do

⁵⁴⁹ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., p. 684-706, esp. p. 692-694.

⁵⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Princípios informativos e a técnica de julgar no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 268, p. 103-109, 1979, esp. p. 106: “Na verdade, o princípio da publicidade obrigatória do processo pode ser resumido no direito à discussão ampla das provas, na obrigatoriedade de motivação da sentença, bem como na faculdade de intervenção das partes e seus advogados em todas as fases do processo.”

⁵⁵¹ GARBOSSA, Daniella D’Arco. Princípio da Publicidade no Direito Processual. **Revista FMU Direito** (Faculdades Metropolitanas Unidas), São Paulo, ano 25, n. 36, p. 29-45, 2011, esp. p. 35: “Se à motivação cumpre demonstrar a razão do julgamento, bem como sua conformidade ao direito material e ao direito processual, observando-se a feição deontológica sistemática extraída das garantias globais do processo, à publicidade cabe a tarefa de deixar transparecer, revelando, interna e externamente, a lisura do ato e do julgamento, cumprindo o ideal democrático.”

raciocínio judicial e a exteriorização das razões justificativas consubstanciadas na motivação colocada na base da conclusão final, como prestimosa expressão da concepção democrática do Poder Judiciário. Fosse pouco, tanto a motivação quanto a publicidade reforçam o sentimento de corresponsabilidade dos cidadãos, da sociedade e do Estado na concreta administração da justiça civil.

Merece menção à parte o problema da publicidade processual na Europa. Com efeito, ao contrário do que ocorre no Brasil, no continente europeu, sob a inspiração da proteção da privacidade das partes e para fomentar a independência dos juízes, somente a audiência oral e a sentença são públicas, mas, em geral, as decisões são deliberadas em “câmara de conselho”⁵⁵², sem a presença do público. Vale dizer: os juízes pronunciam seus votos longe do olhar perscrutador do povo. Ademais, apenas as partes têm acesso aos documentos anexados aos autos do processo⁵⁵³.

Entrementes, a necessidade de motivação completa e analítica, em si, independe do coeficiente de publicidade dos atos processuais, maior ou menor. Todavia, como bem se compreende, o controle sobre a motivação, endo e extraprocessual, pressupõe adequada publicidade. Ante a falta de publicidade, ou de sua redução, a legitimidade da motivação e do próprio processo decairá. Do ponto de vista de opção política e de cultura é óbvio que mitigações desproporcionais à publicidade podem indiciar ou evidenciar, por exemplo, problemas em sede de controle extraprocessual, democrático e difuso, sobre a motivação.

⁵⁵² Codice di Procedura Civile italiano, v. g., art. 197 (*Assistenza all'udienza e audizione in camera di consiglio*), art. 276, § 1º (*Deliberazione*), art. 308, § 2º (*Comunicazione e impugnabilità dell'ordinanza*), art. 373, § 2º (*Sospensione dell'esecuzione, nel giudizio di Cassazione*), art. 375 (*pronuncia in camera di consiglio*), art. 380 (*Deliberazione della sentenza*), art. 380 bis (*Procedimento per la decisione sull'inammissibilità del ricorso e per la decisione in camera di consiglio*), art. 401 (*Sospensione dell'esecuzione, nel giudizio di revocazione*), art. 407 (*Sospensione dell'esecuzione, nel giudizio di opposizione di terzo*), art. 630, § 3º (*Inattività delle parti*), art. 710 (*Modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione dei coniugi*), art. 711, § 4º (*Separazione consensuale*), arts. 737-742 bis (*Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio*), art. 749, § 3º (*Procedimento per la fissazione dei termini*), art. 779, § 3º (*Istanza di liquidazione proposta dai creditori e legatari*), art. 783, § 2 (*Vendita di beni ereditari*).

⁵⁵³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1. p. 463-464.

4.7 Devido processo legal

Conteudisticamente, a garantia fundamental do devido processo legal⁵⁵⁴, como eixo democrático de limitação de exercício de poder⁵⁵⁵, implica intangibilidade de pessoas e de patrimônios sem a observância dos direitos que a ordem jurídico-constitucional afiança e a implementação de um processo efetivo e adequado. As tutelas de urgência de natureza satisfativa não infirmam o devido processo legal, antes o confirmam⁵⁵⁶, justamente por não preferirem a satisfação do bem da vida objeto de direito à evidência, oriundo de fatos líquidos e certos. Assim vistas as coisas, não se trata de cognição sumária, mas sim de cognição exauriente imediata, conducente ao acerto de fatos relevantes para o julgamento da causa, demonstráveis a um relance d'olhos e de plano (*prima facie evidence*). Originalmente moldado para relações de cariz individualista, o devido processo legal há de ser, no âmbito das sociedades de massa, globalizadas, repensado e reestruturado à luz das necessidades concretas das demandas coletivas.

⁵⁵⁴ Em acepção meramente formal, vide a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei John Lackland, art. 39: “*No free men shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.*” No panorama da questão constitucional na base do *Bill of Rights*, concernente à Constituição americana de 1787, vide Emenda 5 - *Trial and Punishment, Compensation for Takings* *No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.* No cenário do pós-guerra civil, no escopo de tutelar a liberdade e a igualdade, vide Emenda 14 - *Citizenship Rights* *1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*“ Na 5ª Emenda subsiste caráter formal, ao passo que na 14ª Emenda fala-se em igual proteção da lei – “*equal protection of the laws*”. Desse modo, respeita-se a igualdade em face da lei e a igualdade dentro da lei.

⁵⁵⁵ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, inc. LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”. Constituição portuguesa de 1976, com a reforma de 1982, art. 20, 4. “*Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.*” Constituição espanhola de 1978, art. 24, 2. “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*”

⁵⁵⁶ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 253.

O devido processo legal revela dupla dimensão (processual e substantiva)⁵⁵⁷. Far-se-á a inversão da ordem cronológica de nascimento de tais feições, inicialmente no procedimento e, ao depois, referenciado a um ato legislativo ou administrativo. Primeiro conceito – conteúdo substantivo: de princípio matriz, de textura aberta (*open texture*) e flexível, verificável concretamente caso a caso, com fragmentação em subespécies espargidas, para além das fronteiras do processo judicial, em todos os ramos da ciência jurídica, como *substantive due process* (por exemplo: legalidade estrita nas esferas penal, tributária, administrativa e parâmetro de razoabilidade e de proporcionalidade das leis em geral). Uma lei na área econômica, por exemplo, tem a seu favor a presunção de constitucionalidade, a menos que se comprove ser arbitrária e irracional (não razoável, desconforme à razão). Não apenas o juiz, mas também o legislador e o administrador estão sob o pálio das exigências da cláusula *due process of law*, de modo que não podem contrariar valores fundamentais forjados na consciência constitucional da sociedade (v. g., a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade)⁵⁵⁸. A lei, por exemplo, deve andar de mãos dadas com tais valores e não hostilizá-los, donde a proibição de atos legislativos antagônicos aos direitos fundamentais assegurados na Constituição.

Segundo conceito - procedimental: de princípio que se concretiza através de outras garantias fundamentais do processo, com o fito de, refutando a autotutela, preordenar o procedimento de naípe racional, discursivo e valorativo de promoção de justiça material, e esconjurar os riscos de ingerências indevidas nos bens tutelados, como *procedural due process*, de modo que, ajuizada demanda judicial, como ato deflagrador do acesso à Justiça, o itinerário procedimental não pode abolir as garantias processuais fundamentais (v. g., juiz natural, igualdade de possibilidades e paridade de armas, imparcialidade do juiz, contraditório, como bilateralidade da audiência das partes, direito à prova e à contraprova, proibição de provas inconstitucionalmente obtidas, e ampla defesa, publicidade, segurança jurídica e confiança legítima, duplo grau de jurisdição, motivação das decisões jurisdicionais, duração razoável do processo, sem dilações indevidas)⁵⁵⁹. A cláusula do devido processo

⁵⁵⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 81-84.

⁵⁵⁸ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 5º, *caput*.

⁵⁵⁹ DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**, op. cit., p. 25-46, esp. p. 36-37.

legal, em sua acepção procedimental, descortina possibilidade efetiva de acesso à Justiça, quer deduzindo pretensão, quer defendendo-se largamente (*his day in Court*). O direito fundamental à tutela jurisdicional justa e efetiva reclama, como bem se compreende, que tanto os procedimentos quanto as técnicas processuais sejam conformados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e de acordo com as especificações do caso particular.

Não se pode olvidar que o direito ao processo justo, como pavimentação do acesso à Justiça, também configura exemplo típico de direito fundamental, na perspectiva da tutela constitucional do processo. Semelhante acessibilidade é pontilhada de momentos, cuja etapa final e culminante abrange a realização, através da decisão, do direito material violado ou ameaçado de lesão, assegurado em uma ordem jurídica justa. Num período: lei justa e processo judicial justo (*substantive due process of law e judicial process*), a cunhar as duas faces da medalha do devido processo legal. Há certeza no que concerne às leis e aos métodos de julgamento. O devido processo legal, além de assegurar o exercício legítimo da jurisdição, conexiona-se, em seu alcance, com as demais garantias fundamentais do processo universalmente asseguradas (v. g., inafastabilidade da tutela jurisdicional, juiz natural, independente e imparcial, igualdade de tratamento das partes, contraditório e ampla defesa, vedação de utilização de provas inconstitucionalmente adquiridas, publicidade, devido processo legal *stricto sensu*, considerado em si mesmo).

Pois bem, independentemente da conotação que se confira à cláusula do devido processo legal, apenas a motivação da sentença ministra dados para a aferição, *in concreto*, de sua observância, ou não. Daí resulta que, em cada caso concreto, a obrigatoriedade do dever de motivar será o termômetro do aproveitamento da garantia do devido processo legal, notadamente em relação às seguintes garantias processuais: acesso à Justiça; juiz natural, independente e imparcial, igualdade de tratamento das partes, direito de defesa, contraditório, atuação de ofício do juiz na prospecção do material probatório, vedação de utilização de provas inconstitucionalmente obtidas, publicidade, efetividade prática dos julgados. É a motivação que, guiada por critérios de racionalidade, caso a caso, consente ao jurisdicionado *in specie*, e à comunidade em geral, verificar a observância do conjunto de garantias fundamentais inerentes ao exercício da função jurisdicional e à vida do processo. Nessa perspectiva, a motivação constitui condição de efetividade de todas demais garantias fundamentais do processo, no terreno da concreta administração da justiça.

A motivação, muito mais do que mera projeção, consectário lógico do devido processo legal, dotada de autonomia e de luz própria⁵⁶⁰, configura em si mesma imposição da transcendentalidade da igualdade humana (moral e jurídica), penhor de valoração de sua efetividade no campo pragmático do caso particular. Permite controle sobre o modo como é exercida a jurisdição no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. O entrelaçamento não se confunde com dependência, mas significa influências mútuas, interação perfeita. A motivação, descendente da transcendentalidade da igualdade, não é mero apêndice do processo devido. Daí resulta a concepção de que, não como seu consectário, a motivação é dotada de existência jurídico-constitucional autônoma, consubstancia a *garantia do garantismo*, inclusive garante o próprio devido processo legal. Nessa moldura, é a motivação que, nas circunstâncias do caso concreto, garante a aferição da efetividade do devido processo legal.⁵⁶¹ Ao juiz impõe-se, tirante hipótese de equidade, decidir de conformidade com a lei. Em sentido amplo, a observância do devido processo legal implica adstrição aos preceitos normativos, a fim de espancar-se o arbítrio. Verifica-se, então, com nitidez ofuscante, a conexão funcional entre o devido processo legal e a motivação das decisões judiciais.

Dito de outra maneira, sob o influxo da cláusula do devido processo legal, o juiz tem o dever de levar em conta todas as alegações, pontos e questões de fato e de direito relevantes, suscitados pelas partes no processo em contraditório, como expressão concreta do direito de defesa. A observância das regras essenciais que estruturam a atividade processual também importa em condição sem a qual não há legitimação do exercício da jurisdição. A falta de motivação (gráfica ou ideológica) das decisões judiciais é, em si mesma, violação de norma legal, com dignidade constitucional (v. g., Brasil) ou infraconstitucional (v. g., França)⁵⁶².

⁵⁶⁰ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 167: “Procura-se defender, no presente trabalho, a autonomia do princípio da fundamentação das decisões judiciais, e mostrar que ele tem relação estreita com o devido processo legal, e não que dele depende, na atual ordem constitucional.”

⁵⁶¹ FIGUEIREDO. Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, 1996. p. 37.

⁵⁶² SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 193: “De outro lado, independente de texto expresso de lei que garanta a motivação das decisões, a verdade é que sem ela não há como falar em julgamento justo. Na verdade, nem mesmo se pode falar em julgamento, mas sim em puro e aberto arbítrio, em pura violência estatal, conforme adiante explicitado. Se assim é, pode-se afirmar que num processo em que o juiz não motiva a decisão, violado também está o princípio do processo devido em direito.”

Somente decisões judiciais adequada e suficientemente motivadas têm idoneidade institucional para semear efetiva segurança jurídica e, de conseguinte, traçar o perfil de um modelo de administração de justiça inspirador de confiabilidade dos cidadãos e da sociedade dentro das fronteiras do País, e até fora delas, a par de atrair investimentos externos, que incrementem a infraestrutura e fortaleçam a economia nacional.

4.8 Separação de poderes: limitações asseguradas

O poder do Estado, por sua peculiar natureza, é uno e indivisível, na afortunada expressão rousseauiana, porquanto seu titular é o povo, que não o divide⁵⁶³. O exercício desse poder, no entanto, pertence aos órgãos estatais que o concretizam⁵⁶⁴, como arquitetura básica de constituição, de organização, de racionalização constitucional ou uma das “pedras inquebrantáveis” de seu edifício⁵⁶⁵. Nessa moldura, em uma dimensão horizontal da estrutura constitucional do Estado, mais exato falar em rigorosa repartição, separação, fracionamento, de funções estatais instrumentais: legislativa, executiva e judiciária. Conceitualmente, a desconcentração organizativa do poder situa-se na esfera do erroneamente cognominado princípio da separação de poderes, o qual vivifica um dos elementos essenciais de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito contemporâneo, como forma de estruturação jurídico-política, influenciada por paradigmas sociais, culturais, econômicos. O princípio em tela, sendo limitadas as funções especializadas

⁵⁶³ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo (...)”.
Constituição italiana, de 1947, art. 1º, § 2º: “*La sovranità appartiene al popolo (...)*”.

⁵⁶⁴ Constituição Federal brasileira, de 1988, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” No tocante à máxima da separação ou divisão de poderes, vide Lei Fundamental de Bonn de 1949, art. 1º (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht; art. 20 (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt, e art. 20(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Constituição italiana, de 1947, art. 104, § 1º: “*La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.*”

⁵⁶⁵ No tópico do princípio da separação de poderes, garantia máxima de preservação da Constituição democrática, liberal e pluralista, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 555.

(legislativa, executiva e judiciária), exibe a virtude de fomentar o crescimento da eficiência e da efetividade governamentais, preservando o princípio democrático.

A organização, coordenação e divisão orgânica de distintas funções, tarefas ou atividades básicas do Estado (legislativo, executivo e judiciário), com responsabilidade⁵⁶⁶, na linha de contenção do poder político pelo próprio poder (“*le pouvoir arrête le pouvoir*”, na celeberrima locução montesquiana)⁵⁶⁷, assegura uma medida jurídica ao poder estatal, os quais, como mecanismo de ordenação e de equilíbrio, se controlam, reciprocamente, pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), tendo por escopo atalhar concentração de poder e coarctar arroubos arbitrários, surtos de prepotência e abusos em seu exercício não-responsável. É concebível que órgãos mais distintamente portadores de poder político possam encontrar limite e freio às suas obras no controle atribuído a órgãos requintadamente técnicos e institucionalmente apolíticos⁵⁶⁸.

Banir a separação de funções estatais, purificada das corrupções de sua concepção liberal, é renunciar aos imperativos de estabilização e de limitação do poder estatal, em afronta aos postulados do Estado Constitucional Democrático de Direito. Não se pode hesitar em dizer que semelhante desenho institucional tripartite, como ideia básica do constitucionalismo moderno, por vincular racionalmente o poder político ao império da juridicidade e do Direito, consubstancia o terreno fértil à adequada proclamação e proteção efetiva de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (v. g., vida, igualdade, liberdade, segurança, propriedade, justiça).

Nessa perspectiva, a exigência de motivação das decisões jurisdicionais exprime admirável instrumento para assegurar a efetividade do princípio da separação de poderes públicos. A regra de ouro é que, em geral, o juiz está vinculado à lei⁵⁶⁹, criada, nos países de tradição *civil law*, pelo poder legislativo. Uma das finalidades do Estado Constitucional

⁵⁶⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. (4. Reimpressão), Coimbra: Almedina, 2003. p. 250: “O princípio da separação na qualidade de *princípio positivo* assegura uma justa e adequada ordenação das funções do estado e, conseqüentemente, intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania. Nesta perspectiva, separação ou divisão de poderes significa *responsabilidade* pelo exercício de um poder.” (Grifos no original).

⁵⁶⁷ SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. Sobre el principio de la separación de poderes. **Nueva Época** (Revista de Estudios Políticos), n. 24, p. 215-234, nov/dec 1981, esp. p. 228.

⁵⁶⁸ BASSI, Franco. Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica). **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, 15 (1), p. 17-113, 1965, esp. p. 109.

⁵⁶⁹ Constituição italiana, de 1947, art. 101, § 2º: “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*”

Democrático de Direito é a de subordinar toda atividade estatal às normas jurídicas e à ideia de justiça. É o Estado condenado ao Direito. Feita abstração de julgamentos por equidade e de atos normativos inconstitucionais, o juiz move-se no restrito espaço de legalidade (*rectius*, de juridicidade), qual um rio limitado inexoravelmente por suas margens. A decisão judicial há de consentir controlabilidade racional sobre a validade da demonstração dos critérios de juridicidade, nos juízos de fato e de direito.⁵⁷⁰ Nesse teor de ideias, a motivação assegura o princípio democrático, na medida em que consente aferir a observância do direito positivo criado pelo parlamento, como legítimo representante da vontade soberana do povo.

Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito o poder estatal está incondicionalmente submetido ao dever de justificação: é o Estado que se justifica, abrindo frestas à penetração da luz do sol. A tônica é a de explicitar razões. A justificação, mediante correção argumentativa, sobre a racionalidade ou não-arbitrariedade do poder é medida de sua legitimidade e legitimação. Busca-se permanentemente o consenso no espaço público, ao menos no tocante aos valores ínsitos na sociedade política em determinado lugar e certa quadra histórico-cultural, nada obstante a complexidade das sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo e crescente conflito de ideias e ideais, máxime no campo socioeconômico.

O Poder Judiciário, com maior *déficit* de legitimidade, deve justificar-se exatamente através da motivação de suas decisões. A motivação, nesse aspecto, é inestimável fator de legitimação do exercício do poder jurisdicional. É método de transparência que, para além das fronteiras internas do processo, há de ser pensado também, e sobretudo, como instrumento tendente a tornar possível controlabilidade racional e difusa pela sociedade, expressada na opinião pública, e por *quisque de populo* sobre o modo pelo qual o juiz administra a justiça. Tal abordagem do problema transporta intensa conotação política: (i) supera-se a ótica meramente individualística do controle feito pelas partes, (ii) transpõe-se o prisma simplesmente burocrático do controle implementado pelo juiz revisor, para (iii) enfatizar-se o

⁵⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 401: “*Ciò equivale a dire che, al di là di tutte le affermazioni astratte circa il vincolo del giudice a giudicare secondo la legge, la legalità della decisione deve poter essere verificata in tutti i casi concreti, mediante la verifica della fondatezza delle ragioni in base alle quali il giudice afferma di aver applicato la legge in un certo modo per conseguire determinati risultati concreti. La decisione deve dunque essere “legale”, ma di fatto lo è soltanto nei limiti e nei modi in cui dimostra di esserlo, e in quanto consente il controllo sulla validità di siffatta dimostrazione. Sotto questo profilo, obbligo di motivazione significa allora obbligo, per il giudice, di dimostrare che il principio di legalità è stato effettivamente rispettato in ordine alla singola decisione di cui si tratta.*”

viés democrático de semelhante controle, o qual há de ser amplamente franqueado ao povo, em cujo nome a sentença é pronunciada⁵⁷¹.

Pois bem, a motivação torna possível o controle das partes, o controle do juiz de instância superior e o controle, no espaço público, também da sociedade sobre a acomodação, ou não, da decisão judicial aos ditames de legalidade (ou melhor: de juridicidade). Asseverar que as razões justificativas da decisão devem permitir a aferição das necessárias limitações decorrentes do princípio da separação de poderes é asseverar que o juiz está vinculado ao direito posto (desde que válido e justo) emanado democraticamente do parlamento. Significa dizer que, no sistema da *civil law*, como regra, ao juiz está interdita a possibilidade de legislar, vez que função própria e típica do poder legislativo. Naquele sistema, o juiz deve aplicar a norma jurídica, genérica, abstrata e válida, resguardando o respeito ao primado da lei e abonando-lhe aceitável interpretação, vale dizer, que não seja cabalmente incompatível com o próprio enunciado normativo.

Não se pode ignorar o fenômeno de que, em toda atividade de interpretação, é intrínseco um certo grau de criatividade, máxime à luz dos direitos fundamentais, das especificidades do caso concreto e das necessidade de tutela do direito material, dê que inarredáveis espaços de legítima criação na atividade judiciária (v. g., direito criado pelo juiz, mediante reinterpretação de princípios fundamentais à luz de novas circunstâncias de fato, seja modificando seu conteúdo, seja ampliando seu espectro de incidência). Tampouco, sob o pálio da ideologia publicista do processo, parece correto sustentar o papel absolutamente passivo do juiz, de simples espectador contemplativo do procedimento e de mero fiscalizador das “regras do jogo” da disputa entre os litigantes.

É evidentiíssimo que, no momento presente, a imagem montesquiana de juiz “*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”, qual “*êtres inanimés*”, está universalmente desacreditada. Força é convir, contudo, que a distinção (para alguns, ilusória) entre criação abstrata do direito pelo legislador e a sua concreta aplicação pelo juiz, sobre representar o coração do princípio da separação de poderes, revela-se essencial à vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. Definitivamente, juiz não é legislador, nem tribunal se confunde com parlamento. A não ser assim, estar-se-ia conspurcando o princípio democrático representativo do órgão legislativo e desdenhando da soberania popular.

Merecem exame à parte as leis interpretativas, *i. e.*, editadas com a finalidade de esclarecer o sentido e plasmar a abrangência de normas insertas em leis anteriores. Trata-se do

⁵⁷¹ Constituição italiana, de 1947, art. 101, § 1º: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*”

problema de “interpretação autêntica”⁵⁷², mergulhando, não raro, efeitos retroativos à data de edição da norma objeto de interpretação legiferante. A pergunta que não quer calar é a seguinte: o juiz está jungido à interpretação da norma pretérita conferida pelo legislativo em lei interpretativa? A resposta positiva, em regra, se impõe (e assim o juiz estará sujeito à interpretação da norma dada pelo legislativo), desde que observadas cumulativamente duas condições: (i) a premissa de validade formal e material da lei interpretativa e, (ii) no caso concreto abrangido por sua retroação, não haver violação de direitos. Na hipótese inversa, a resposta será negativa. Com efeito, (i) se o juiz, em sede de controle concreto, difuso e na via incidental, declarar a inconstitucionalidade da lei interpretativa, ou (ii) se, mesmo válida, a lei, aplicada retroativamente, no caso concreto, violar direitos, em um caso ou noutro o juiz tem o dever de motivar, com expressa indicação das razões justificativas tocantes à invalidade da norma interpretativa abrangente do caso particular.

Outro ponto relevante e singularmente complexo conecta-se com o princípio da separação de poderes e diz respeito ao problema de saber, na perspectiva exclusiva da doutrina da *civil law*, se ao precedente judicial emanado de tribunal superior poder-se-ia legitimamente conferir eficácia obrigatória tendente a vincular os demais membros do próprio Poder Judiciário. Obtemperar-se-ia que o juiz está sujeito apenas à lei⁵⁷³, vinculado à dimensão de juridicidade, *i. e.*, incumbe-lhe aplicar apenas normas jurídicas gerais e abstratas, constitucionais ou infraconstitucionais aos casos concretos submetidos à sua cognição. Daí resulta, em reflexão crítica, que não caberia ao órgão judicante editar prescrição normativa com força impositiva geral sobre todos os tribunais e juízes hierarquicamente subordinados ao tribunal superior que houvesse produzido o precedente jurisprudencial.

À luz do princípio da separação de poderes, o precedente judicial constitui fonte formal de direito equiparável à lei advinda do parlamento? A decisão judicial poderia concorrer com a lei criada pelo Poder Legislativo? Não padece dúvida de que, com larga margem de discricionariedade, o juiz pode (*rectius*, deve) interpretar a lei para aplicá-la ao

⁵⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 674: “A “interpretação autêntica” não é em si uma tarefa legislativa inconstitucional mas impõem-se cuidados particulares. Também aqui a memória é um bom aviso. Através da técnica do *référé législatif* (consulta interpretativa), o legislador invadiu na França a função jurisdicional (daí a sua supressão logo em 1837). O problema levantado por estas leis é precisamente esse: o de saber se, a coberto da interpretação, o legislador não pretende fundamentalmente orientar a justiça no sentido por ele desejado. Quando as leis se aplicam directamente a casos com processos em curso e “forçam a mão dos juízes” então o que a lei pretende é “julgar através de outros meios” (ex.: o caso francês dos “assalariados advogados de 1977”).”

⁵⁷³ A Lei Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*), em seu art. 20, 3, reza que os poderes executivo e judiciário obedecem à “lei e ao direito”, *verbis*: “(...) *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”.

caso concreto, bem ainda, nos limites constitucionalmente demarcados (v. g., desde que não se trate de matéria de reserva de lei), colmatar suas eventuais lacunas, mediante integração e construção analógica. Poder-se-ia objetar que esse sistema rígido impediria a evolução da jurisprudência e, na contramão da função jurisprudencial, evitaria a adequação e realização concreta do direito em consonância com novos contextos socioculturais, políticos e históricos. O direito seria uma bela e frondosa árvore, mas imóvel, carente de utilidade prática. Em contraposição, parece indubitável também que esse método de dotar o precedente de força vinculativa geral visa, no campo empírico, à isonomia entre os jurisdicionados que estejam em idêntica situação fática, à unidade do direito, à segurança da ordem jurídica e à economia judicial e processual.

Na realidade, bem pesadas as coisas, a eficácia vinculante do precedente judicial é desprovida de caráter geral ou - o que é o mesmo - de cunho de generalidade; antes, sem obrigar a comunidade em geral, adstringe-se ao plano interno, no sentido de abraçar, apenas e especificamente, os tribunais e juízes hierarquicamente vinculados ao tribunal superior que emitiu a jurisprudência qualificada. Ademais, o direito jurisprudencial também é expropriado de foros de generalidade por duas razões singelas: não é refratário, em regra, à impugnação das partes e à modificação ou revogação pelo próprio tribunal que criou o precedente judicial, em obséquio à evolução do sistema jurídico e à conformação aos novos valores e concepções sociais. As órbitas da lei e do precedente e seus traços essenciais são notoriamente distintos e, assim, afigura-se justo dizer que a eficácia vinculante de precedente, no âmbito da *civil law*, não se põe em aberta rota de colisão com o chamado princípio da separação de poderes⁵⁷⁴.

Acresça-se que o Poder Judiciário brasileiro, notadamente a partir da Constituição Federal de 1988, exibe competência para declarar a invalidade da lei, seja no controle difuso e concreto, seja no controle concentrado e abstrato feito por corte constitucional, com a aferição de legitimidade das decisões políticas do legislador com base no parâmetro constitucional⁵⁷⁵, ou por órgão de cúpula, com *status* de tribunal guardião da Constituição, como o Supremo

⁵⁷⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 198-204, esp. p. 203-204: “Fundamentalmente, os precedentes não têm natureza legislativa porque, além de deverem ser revogados pelos tribunais, apenas têm eficácia obrigatória sobre os próprios membros do Judiciário. Ademais, os precedentes de *civil law* se situam em um nível por assim dizer intralegal, ao passo que a lei é tipicamente uma prescrição original ou um *novum* na ordem jurídica positiva. (...) É certo que se pode dizer que existem precedentes criativos ou constitutivos - ou melhor, não meramente interpretativos - no *civil law*. Porém, embora alguns precedentes do *civil law* possam ter, ainda que excepcionalmente, natureza criativa em perspectiva clássica, ninguém pensa em proibi-los sob o fundamento de violação do princípio da separação de poderes.”

⁵⁷⁵ KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 17-33, out/dez 1989, esp. p. 26.

Tribunal Federal brasileiro. (Abram-se parêntesis para sublinhar que se uma norma jurídica permite diversas interpretações que guiam, de um lado, à declaração de inconstitucionalidade e, de outro, transportam ao reconhecimento da constitucionalidade, a norma é constitucional e há de ser interpretada em conformidade com a constituição). Pois bem, se pode criar a norma ante a omissão ou insuficiência suscetível de aniquilar a tutela de direito fundamental, poderá, com maior densidade de razão, através de seus tribunais superiores, formar precedente com força obrigatória de determinada interpretação da lei, traduzida na *ratio decidendi* encartada na motivação da decisão, sobre os membros do Poder Judiciário. A realidade jurídico-constitucional avassaladora que entra pelos olhos é a da gradativa e permanente aproximação dos sistemas de *civil law* e *common law*. Parafraseando Chesterton, peregrinam, por diferentes caminhos, para a Roma da convergência.

Sob o prisma político, a motivação obrigatória e pública da decisão judicial, na dimensão da separação de poderes, representa importante instrumento de dupla verificação: (i) se, ao decidir, o juiz, em suas razões justificativas, aplicou a lei ou, antes, desbordou ilegitimamente de seu primado, mediante invasão de competência legiferante; (ii) se o juiz desempenhou atividade criativa⁵⁷⁶ no caso particular, os graus de criação, os limites substanciais e a legitimidade da criação do direito pelo juiz⁵⁷⁷. Nesse último aspecto, principalmente na órbita de proteção da separação de poderes, a motivação põe a nu os critérios de escolha ou de valoração do juiz no procedimento de aplicação do direito, ao consentir controlabilidade racional sobre o elemento de discricionariedade, de eleição, e, portanto, sobre aquele insuprimível espaço de criatividade judiciária⁵⁷⁸, como fator inevitável da função jurisdicional, sobretudo no tocante ao papel peremptoriamente criativo dos juízes constitucionais. Abstraia-se, pois, da forte objeção contra o elevado grau de criatividade que se exerce no controle jurisdicional das leis atinente ao seu alegado caráter contramajoritário e, assim, antidemocrático.

⁵⁷⁶ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, Bari, anno 8, n. 1, p. 1-19, 2013, esp. p. 18: “*La magistratura giudicante, di qualunque specie essa sia, trova pertanto nella motivazione il suo blasone di nobiltà: è infatti per mezzo di essa, non della sola statuizione finale, che il giudice partecipa a pieno titolo alla funzione “creativa” del diritto consistente nel ripristinare la certezza, infranta dalle contrastanti pretese degli individui.*”

⁵⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 23-27.

⁵⁷⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 91, 241: “13. A motivação das decisões judiciais assegura as limitações que decorrem da *separação de poderes*, permitindo verificar se no exercício das suas funções o juiz não invadiu a esfera de atribuições do legislador e também se obedeceu aos limites processuais que distinguem as duas atividades.” (Reforços gráficos no original).

As razões justificativas exteriorizadas na motivação permitirão aferir se, ao aplicar a lei, o juiz não invadiu o território de atribuições constitucionalmente deferidas ao legislador, bem como se ateu-se aos limites processuais essenciais, como condição *sine qua non* de jurisdição. Tais limites são ínsitos à própria natureza do processo judiciário⁵⁷⁹ (v. g., do direito das partes a serem ouvidas – *fair hearing*) e representam traço distintivo entre a atividade jurisdicional e a legiferante⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito). p. 353 e ss.

⁵⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** op. cit., p. 73-81.

5 SIGNIFICAÇÃO DA MOTIVAÇÃO NO ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DIREITO

5.1 Traços característicos do Estado Constitucional Democrático de Direito

A forma organizativa do Estado Constitucional, em sua linha evolutiva, no desenvolvimento do pensamento político, máxime a partir do segundo pós-guerra, ao abarcar a qualidade de Democrático, passou a exibir, como seu centro de gravidade, a soberania popular⁵⁸¹, fonte primária e máxima expressão de todo poder estatal⁵⁸². O seu exercício é legítimo se e quando em sintonia com aquela. A chamada ordem de domínio há de ser legitimada pelo povo, cujo conceito jurídico, comumente difundido, é o de conjunto de indivíduos instucionalmente vinculados, pela cidadania (acurada pelos sistemas do *jus sanguinis*, do *jus soli* e misto), a um determinado ordenamento jurídico estatal. A legitimidade do domínio político e a legitimação do exercício do poder deitam raízes na soberania popular. Legitimação assinala justificação, inclusive no que tange ao problema da avaliação do exercício do poder em um regime revolucionário⁵⁸³.

Sob a égide do princípio democrático, a participação do povo, em pé de igualdade, na vida política em sua integralidade, como elemento estrutural na construção de um Estado Democrático, não apenas se concretiza por desempenho direto (v. g., plebiscito, *referendum*, iniciativa popular legiferante), apesar do perigo de manipulação ideológica da multidão, sobretudo por influência exercida pelos meios de comunicação social, senão também através de atuação indireta, qual instrumento operativo do exercício do direito de voto pela porta do sufrágio universal, igual, direto e secreto⁵⁸⁴, eleições livres e periódicas de representantes para os Poderes Executivo e Legislativo, em suas múltiplas esferas políticas, comumente com

⁵⁸¹ Constituição italiana de 1947, art. 1. § 2: “*La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione.*”

⁵⁸² Constituição Federal brasileira de 1988, art. 1º, parágrafo único: “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*”

⁵⁸³ Sobre o primado do direito, as revoluções e a legalidade, KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF) p. 540-545.

⁵⁸⁴ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 14, *caput*: “*A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...).*”

observância da regra da proporcionalidade da representação⁵⁸⁵. Os representantes, assim eleitos, deverão atuar em conformidade com os interesses do povo, ou seja, em fidedigna correlação com as aspirações dos representados. A democracia representativa substancial, para vicejar, precisa do oxigênio de uma cultura cívica e do terreno do discernimento político dos cidadãos, em um ambiente de pluralismo político⁵⁸⁶, notadamente no algoritmo do pluripartidarismo. Avulta a liberdade de organizar e pertencer a partidos políticos, em sentido diametralmente oposto a uma das características frisantes do regime totalitário que é o partido único. É a juridicização do processo democrático de legitimação de normas, já agora com uma couraça de proteção jurídica. Nessa perspectiva, o poder do Estado, enquanto poder político juridicamente estruturado, organiza-se e exerce-se democraticamente.

Sob outro prisma, a democracia deliberativa transporta a ideia procedimental de que a deliberação pública dos cidadãos, livres e iguais, fundada na formação racional da vontade coletiva, é fator de produção legítima de leis *lato sensu*. No tocante ao fundamento da ordem pública, ancorado nas liberdades públicas, na visão dos liberais, ou fundado na vontade do povo, na concepção dos republicanos. A democracia deliberativa, sobre incensar uma compreensão dialógica da política, é a confluência do pensamento liberal das liberdades públicas e da racionalidade das leis, com o padrão cívico-republicano da democracia participativa. Seja como for, a transpiração da soberania popular é elemento estruturante do Estado Constitucional de cariz democrático: assim como o eco supõe o som, não pode haver democracia sem povo, que intrinsecamente dela seja o seu lídimo e perene protagonista.

Embora importante conquista civil, o voto popular é ponto de partida e não de chegada. Daí se segue necessariamente que, sob o prisma substancial, o Estado Democrático não poderá prescindir de instituições fortes, eficientes, confiáveis, conciliadas com os valores que, em nossa contemporaneidade, se irradiam do princípio de justiça (*e. g.*, igualdade efetiva, reconhecimento do valor da dignidade humana), e idealizada como sistema fiador dos direitos econômico-sociais, em contraposição à democracia formal, escudada na liberdade individual e no princípio de igualdade perante a lei. O sistema democrático ideal, como autogoverno do povo, e o real, como sistema de governo baseado no princípio representativo e no mecanismo

⁵⁸⁵ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 45, *caput*: “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal”.

⁵⁸⁶ Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a teor do disposto no art. 1, inciso V, de sua Constituição de 1988.

de controle recíproco entre as funções inerentes ao poder estatal, retrata um processo em contínua evolução e em constante tensão entre a versão ideal e a real⁵⁸⁷.

Em semelhante contexto, na esteira de elementos encontradiços na Declaração francesa de 1789, a noção de Estado Constitucional, ao abranger a qualidade de Direito (*Rule of law*, anglo-saxônica; *Rechtsstaat*, alemão; *État légal*, francês; *Stato di diritto*, italiano), como construção da modernidade, em suas múltiplas configurações, subordinado ao direito, como vinculação jurídica do poder, e alicerçado na ideia de juridicidade estatal, nada obstante permeável às infiltrações de circunstâncias históricas em seus variegados delineamentos, traduzindo-se em características diversas nos vários ordenamentos, não se coaduna, em essência, com o arbítrio ou absolutismo no exercício das funções pertinentes ao poder público⁵⁸⁸. O Estado Constitucional de Direito não compartilha a profissão de fé com o arbítrio, em seus imagináveis matizes, o arbítrio judicial entre eles, que é um câncer degenerativo da jurisdição, por conspirar contra o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, justa e sem dilações indevidas⁵⁸⁹. O arbítrio é imanente à tirania, é cúmplice do despotismo, enquanto que, em sentido vetorialmente inverso, o Estado Constitucional de Direito tem por fito garantir, como razão mesmo de sua existência, direitos fundamentais, individuais ou coletivos (v. g., liberdade, igualdade, segurança, justiça), perante o poder estatal. No escopo de prevenir-se rasgos autoritários e abusos de poder político, cumpre a exigência de conformá-lo, de limitá-lo e de controlá-lo, através do primado do direito, em diferentes estruturas sócio-econômico-cultural-políticas. A caracterização do Estado como de Direito supõe, cumulativamente, na ótica de modelo organizativo, a sua irrestrita sujeição ao direito, atuação operacional através do direito, e positivação de normas jurídicas espelhadas no direito⁵⁹⁰. Em imagem aproximativa, é o Estado que, em todas as suas atividades, sejam

⁵⁸⁷ MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. Seconda edizione accresciuta e integrata. Bolonha: Monduzzi Editore, 1997, p. 345.

⁵⁸⁸ PINTORE, Anna. Stato di diritto. **Diritto & questione pubbliche** (Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica), Palermo, n. 11, p. 873-884, 2011, esp. p. 878: “*Fin qui si è dato conto del significato storicamente più risalente dello Stato di diritto, come stato che opera tramite le leggi (per leges) e si oppone al governo arbitrario. Questo significato s'intreccia però con un altro, oggi divenuto preponderante: il significato per cui lo Stato di diritto è quello sottoposto alla legge (sub legem), ossia è quello in cui tutti i poteri, compreso il potere di chi crea il diritto, sono soggetti alla legge e da essa limitati. In questa seconda versione, lo Stato di diritto non è più solo la negazione del potere arbitrario, ma anche del potere assoluto, e la teoria dello Stato di diritto acquista coloriture univocamente liberali*”.

⁵⁸⁹ TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. p. 129.

⁵⁹⁰ Soa acaciano que a lei não exaure todas as potencialidades do direito, em suas várias acepções (v. g., natural, posto, consuetudinário, judicial). Em conteúdo ou diâmetro, este não é idêntico àquela, senão que alcança sua expressão magna nos direitos fundamentais, positivados ou não. A lei está vinculada ao arcabouço

elas quais forem, ajoelha-se diante do direito que ele próprio criou, subordinando-se também à ordem jurídica⁵⁹¹. A segurança jurídica é fundamento e limite do poder estatal. O direito de o Estado legislar assenta-se na segurança da vigência de suas leis. Para tanto, como condição essencial, o próprio Estado há de se vincular a elas. Há, porém, mais. O Estado de direito, como preceito do direito natural, além de estar vinculado às suas leis, expressa, sobretudo, a ideia do direito (mais que o seu conceito) de sujeição não apenas aos direitos pré-estatais dos homens, senão também ao direito natural supralegal⁵⁹².

Na esteira do constitucionalismo contemporâneo, o ponto de Arquimedes de Estado de Direito repousa na constituição⁵⁹³, a qual, como pressuposto daquele, é a raiz e o derradeiro critério de validade de todas as demais normas e demarcará o perímetro de atuação das instituições e dos órgãos exercentes das funções concernentes ao poder público. Tal exercício é juridicizado, como forma de refrear a sua expansão totalitária. A prevenção de abusos do poder estatal dá-se exemplificativamente com a fixação de limites ao parlamento, não apenas disciplinando o seu funcionamento e competência, senão também fixando liames de conteúdo às leis. Originalmente tais limites são representados por um extenso catálogo de direitos fundamentais, os quais, na perspectiva da inalienabilidade, ostentam uma linhagem jusnaturalista. A *ratio essendi* do princípio da constitucionalidade está precisamente no deslocamento do eixo gravitacional da ordem jurídica: da lei para o irrefreável acatamento aos direitos fundamentais. Condições indispensáveis de civilidade açambarcam as garantias jurídico-fundamentais. O exercício do poder público, por quem tenha competência legal para tanto, há de implementar-se através de substratos jurídicos institucionalizados pela ordem jurídica. O reconhecimento, a declaração, a garantia e a efetiva realização material dos

constitucional e, nessa toada, aos direitos fundamentais. Antes de tudo, a legislação haverá de devotar incondicional respeito ao valor-fonte dignidade humana. Sobre a falta de perfeito acoplamento entre direito e lei, seguramente abordados e interpretados como fenômenos diversos, transluz da fórmula da Lei Fundamental de Bonn de 1949 (*Grundgesetz*), a qual, em seu art. 20, 3, preceitua que os poderes executivo e judiciário obedecem à “lei e ao direito”, *verbis*: “(...) *die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*”.

⁵⁹¹ A respeito da doutrina da autovinculação do Estado ao seu direito, conferir JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970. p. 274-280.

⁵⁹² RADBRUCH, Gustav, 1878-1949. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF). p. 265-273, especialmente p. 272.

⁵⁹³ Releva notar que a Constituição Europeia (oficialmente, Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa assinado a 29 de outubro de 2004, em Roma), em seu I-2, condensa valores fundamentais inerentes ao Estado Constitucional de hodierno: “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.*”

direitos humanos, a transparecer um modo de viver, em escala nacional e em sua dimensão verdadeiramente universal, mesmo sob o ângulo de mirada do multiculturalismo, são caracteres essenciais do Estado Constitucional de Direito⁵⁹⁴. Autoritarismo, totalitarismo, autocracismo, despotismo não fazem parte do dicionário do Estado Constitucional de Direito. Seu léxico é a precisa antítese daqueles infaustos da civilização.

A moderna expressão do Estado Constitucional, nas dimensões de Democrático e de Direito, em sua teorização, está alicerçada em um feixe orgânico de valores e de princípios medulares, com preeminência da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o princípio político da participação democrática, dimanado da soberania popular. Tudo a (in)formar o seu conteúdo mínimo, idôneo a que intrinsecamente suas configurações organizatórias e todos os seus procedimentos, congreguem os princípios jurídicos, validantes e legitimantes de uma ordem jurídica, e possa consonar com a junção do duplo predicado: democrático e de direito. Há dois pilares teóricos de sustentação: o Estado conformado e limitado pelo direito e o poder político estatal placitado pelo povo. Numa locução, é o Estado que se subordina ao Direito por ele criado.

Os dois conceitos guardam íntima aproximação, senão profunda imbricação, porque, de um lado, o Estado de Direito reclama, pela sua formatação e substância, legitimação democrática, e, de outro, a organização e o funcionamento do Estado Democrático descansam no direito. É o princípio democrático, ensartado na soberania popular, a serviço de uma humanizada acepção social do Estado de Direito⁵⁹⁵. Aqueles atributos, somados aos valores e direitos fundamentais consagrados em uma constituição rígida, dotada de supremacia, e à divisão de poderes⁵⁹⁶ - âmagô essencial do Estado constitucional -, com a ínsita vedação recíproca de predomínio, consentem, além da nota primordial de legitimação democrática do poder, um peculiar modo de pensar a cidadania, de perceber a autonomia e de compreender as responsabilidades do indivíduo referenciadas ao poder. É, sob boa luz, o resgate da concepção

⁵⁹⁴ Sobre a necessária inter-relação entre Estado Democrático de Direito e direitos humanos, consulte-se DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Extremadura, n. 19-20, p. 201-217, 2001-2002.

⁵⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122.

⁵⁹⁶ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

kantiana de agente moral, do indivíduo radicado como um fim em si mesmo (*reino dos fins*, na célebre expressão do mestre de Königsberg, atual Kaliningrado)⁵⁹⁷.

Não seria despropositado dizer, bem vistas as coisas, que o Estado de Direito identifica-se com república e vice-versa: as virtudes privadas do sujeito da sociedade civil e as públicas não se excluem reciprocamente; antes, carregam uma noção de complementariedade, pois que uma está encartada noutra. A autonomia individual, no jaez da autodeterminação, sob influxo liberal, postulado nuclear do Estado de Direito, se coaduna com virtudes e coisas públicas, principalmente a defesa da ordem e segurança públicas, condições cruciais de florescimento e de respeito de uma esfera de liberdade individual. Por assim ser, exorciza-se a mais tênue intervenção autoritária sobre direitos liberais básicos, como a liberdade e a propriedade privadas, sem a existência de uma lei do parlamento, em menoscabo ao devido processo legal. O indivíduo é elemento constitutivo do *locus* republicano. O espaço público sem gente é como primavera sem flor. A antinomia entre Estado de Direito e ordem republicana, como bem se compreende, encerra falso dilema, mais aparente do que real.

Semelhante diagnóstico se reproduz, em outro contexto, quando se busca confrontar o Estado de Direito e a problemática da justiça social. Estado de não direito é aquele que patrocina injustiça social. O arquétipo político do Estado, cujos lindes são delimitados pelo direito, com fulgentes limites jurídicos, pode perfeitamente coexistir com a concepção de Estado social, de fronteiras dilargadas, operando intervenções com critério muito mais qualitativo e seletivo, ante compromissos socioeconômicos do poder público, com maior participação e igualdade real, a traduzir invulgar fortalecimento da legitimação e do ideal participativo-democrático.

Malgrado expressivas e eloquentes amostras históricas, não se pode, no momento de hodierno, identificar o Estado Social com o totalitarismo, tampouco visualizar o Estado de Bem-Estar como derivativo de ideologias totalitárias. Na realidade prosaica, não se pode imaginar um Estado alheio às exigências sócio-econômico-culturais, afastado do ideário de justiça social, ou distante de quaisquer encargos sociais (*v. g.*, erradicação da pobreza). Tal alheamento, *ut sic*, a pretexto de reduzir o poder do Estado, conspurcaria a consciência constitucional e democrática, com inevitáveis consequências de deslegitimação. Nem seriam

⁵⁹⁷ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF). p. 479: “Por outro lado, Kant foi quem formulou de forma concisa, extraordinariamente bela e com uma enorme força de convicção uma das ideias fundamentais da filosofia moral e política liberal: a de que os homens não podem ser usados apenas como meios em benefício de outros (embora esses outros sejam a maioria da população, de uma raça, seita ou de uma classe favorecida pelo destino).”

contraditórias as intenções do Estado de Direito e do Estado Social, mesmo quando se pensa que, ao primeiro, se aplica a liberdade e, ao segundo, a participação. Há, contudo, uma relação de coordenação e de integração entre um e outro. Quando o Estado de Direito observa os princípios que lhe são caros, como o dos limites das regras jurídicas, da divisão equilibrada das funções estatais, da garantia de direitos fundamentais, da juridicidade, inclusive na Administração, da segurança jurídica, da confiança, da previsibilidade, da calculabilidade das medidas estatais, do seu controle judicial, mesmo que comprometido com demandas sociais do povo, promoção de felicidade, preocupação pelo bem-estar, não há que se falar em riscos à liberdade individual, porquanto tais princípios poderão naturalmente ser mantidos.

Nas grandes democracias ocidentais, as questões sociais estão na ordem do dia, fazem parte de uma agenda de prioridades dos governos democraticamente eleitos (*e. g.*, fornecimento gratuito ou subsidiado de medicamentos aos pobres). Não se pode tomar susto da assombração errada e inculcar, só por isso, que esta carga social e a dilatação das tarefas públicas arrostem graves perigos à liberdade individual. É de preservação da dignidade humana que se cogita e, de conseguinte, não se pode materialmente relegá-la à pura autodeterminação dos cidadãos. Além de estabelecer limites ao poder, as garantias jurídico-fundamentais, na vertente dos direitos fundamentais sociais, também se evidenciam na função de conceder direitos a prestações positivas do Estado (deveres de promoção e de proteção, assim material que normativa). Significa a ideia de que, no terreno da liberdade e da igualdade cotidianas, o livre desenvolvimento dos seres humanos pressupõe condições materiais para tanto, com especial ênfase ao efetivo acesso à educação⁵⁹⁸. O mercado, no altar da livre iniciativa econômica e da autonomia contratual, revela visíveis sinais de impotência para resolver este problema, menos ainda na vertente da justiça distributiva, consistente numa proporção geométrica. Os direitos fundamentais, no Estado Social, servirão de esteio de direitos a prestações perante o Estado ou, quando menos, iluminam pautas para implementação de tarefas estatais e concretização de cargas sociais. A exigência de tratamento igualitário, para além de seu perfil jurídico meramente formal, anima, no campo da justiça social, a equalização socioeconômica. No mundo de carne e osso, saúde, educação, habitação, trabalho, consubstanciam o cerne essencial de Estado Constitucional Democrático de Direito. Diga-se por outras palavras: é democrático aquele Estado de Direito que, além do exercício dos direitos civis e políticos afiançados aos cidadãos, também não se descure da

⁵⁹⁸ ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série IDP – Linha direito comparado). p. 302.

consecução material de direitos sociais, econômicos e culturais⁵⁹⁹, o que, por certo, potencializa a efetividade daqueles outros direitos. O juiz, sob o olhar indagador de uma sociedade democrática, especialmente na seara da discricionariedade judicial, há de exercer o seu papel de mediador entre a índole coativa do direito e o ideal de justiça⁶⁰⁰. A ser diferente, sem baldrame material e condições reais, o livre e igualitário desenvolvimento da personalidade dos seres humanos seria menos do que uma miragem no deserto da justiça social⁶⁰¹.

Nessa moldura, merece singular ênfase o problema da assistência jurídica gratuita aos pobres, como condição essencial de acesso à justiça. Será que o Estado também deveria se alforriar deste encargo social? Será que realizar tal fim social colocará em risco a liberdade individual? A resposta inequivocamente negativa, em tudo e por tudo, se impõe, quando menos por amor à razão prática. Cumpre notar-se, neste exemplo, do pobre e o acesso à justiça, que, sob o prisma da autonomia individual, um dos pilares de sustentação do Estado Constitucional de Direito, haveria um absurdo retrocesso, porquanto, na obliquidade do paroxismo, estar-se-á profanando a própria ideia de indivíduo autônomo, de liberdade individual, pela interdição do acesso à tutela jurisdicional efetiva, ante a falta de assistência jurídica favorecida pelo Estado, em manifesta vulneração da dignidade da pessoa humana.

À parte esgrimas ideológicas, programas sociais não atraem riscos à liberdade dos indivíduos, senão que, antes, têm a virtude de robustecê-la e de fortalecer o conceito de cidadania. Sob determinado ponto de observação, justiça social e liberdade individual são duas inseparáveis faces de uma mesma medalha. Expurgar o social do Estado redundará na experiência caricatural de ter-se um corpo sem alma, desconectado dos anseios de solidariedade e de fraternidade da sociedade contemporânea. O Estado Constitucional de Direito não se pode transmutar em estado de injustiça; antes, transformou-se em esquema

⁵⁹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 611: “*Na sua acepção como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático*”.

⁶⁰⁰ SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**, op. cit., p. 513: “*Os juízes não podem ignorar os objetivos sociais coletivos, mas devem se ater aos que estão legitimados pelos órgãos que gozam de representatividade democrática*”.

⁶⁰¹ A Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da ONU a 10 de dezembro de 1948, em seu art. 22, preceitua: “*Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade*”.

organizatório penhor de direitos fundamentais individuais e coletivos, políticos, sociais, econômicos e culturais. A dimensão de fundamentalidade decorre, não raro, da consagração (e, sobretudo, de efetiva garantia) dos direitos fundamentais na constituição. Donde, por supremacia, serão refratários, em certa medida, à regulação do legislador, o qual há de respeitá-los e, o que é mais, de observar o seu cerne essencial⁶⁰², sob pena de invalidade das próprias leis. Os direitos fundamentais subtraem-se, por isso, também à intervenção da maioria.

Sem as perplexidades do juspositivismo, da racionalidade, da cientificidade, do rigor procedimental, da visão formal do direito, ou seja, de regras preestabelecidas, dotadas de generalidade e caráter abstrato, que se afastam das especificações contedísticas de cada espécie concreta, descomprometidamente com a avaliação, caso a caso, dos critérios de equidade e de justiça substancial, quiçá se possa pensar, sem repulsa, em uma abordagem jusnaturalista, axiológica, metajurídica, nas relações funcionais entre moral e direito, ou entre ética e direito, maiormente à luz da justificação das normas (ou melhor, dos conteúdos normativos)⁶⁰³. Aqui, quando menos, o triângulo amoroso revela-se profícuo à reorganização política da vida em sociedade, com inspiração mais humana, equitativa, fraterna.

A igualdade moral e jurídica de todos os cidadãos, somada à vedação de discriminação de indivíduos e de grupos, compõem a paisagem institucional e fazem parte das regras do jogo de Estado Constitucional Democrático de Direito. Os valores e princípios do Estado Constitucional de Direito afinam-se, sem hesitações, com aqueles outros conformadores da democracia. Ao Estado de Direito, juridicamente limitado e sob o primado das leis e do direito, não se contrapõe o Estado constitucional otimizado pela maioria democrática. Na latitude do Estado Constitucional, o amálgama de Estado Democrático e Estado de Direito prestigia, conquanto através de lentes distintas, a liberdade: neste, a liberdade seria negativa, ou de defesa, perante o Estado, que, por inspiração liberal, revela o condão de conformar o poder; ao passo que, naquele, a liberdade exibiria conotação positiva, de participação política, relevada no legítimo exercício democrático do poder. O Estado Constitucional de Direito é a institucionalização jurídica da democracia. A dimensão democrática, expressa na vontade

⁶⁰² A preservação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é uma garantia que tem a função de conter as restrições que se lhes enderecem. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 295-301. A Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), em seu art. 19, § 2, no que toca à restrição e à restringibilidade dos direitos fundamentais, em suas vertentes exegéticas subjetiva e objetiva, parece preservar de intervenções, em quaisquer hipóteses, a virgindade de seu núcleo essencial, mantendo-o intocável, incólume: “*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*”

⁶⁰³ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 155.

popular, decerto não achará incômoda a companhia da juridicidade estatal, parametrizada pela moldura do direito. Hodiernamente, pode-se repensar a liberdade negativa, pessoal e de consciência, para além do lago do liberalismo político clássico, a fim de reconciliá-la, em um mesmo patamar de importância, com a liberdade positiva, de participação política, principalmente quando, no Estado Constitucional Democrático, se têm em mira a legitimidade de uma ordem de domínio e do poder político e a legitimação de seu exercício. É o cânone da soberania popular, do qual abrolha todo poder estatal, que garante o direito, em termos igualitários, à participação na formação democrática da vontade popular. Os opostos não se repelem; antes, ao revés, aqui e sem precedência, se atraem. A simbiose é impositiva: o Estado será Constitucional se e quando democrático. Disso promana a conclusão de que, amiúde, o princípio democrático cintilará a modalidade do Estado de Direito⁶⁰⁴.

O princípio da democracia é o supedâneo da legitimidade do direito, em seu jaez normativo. Contudo, o Estado Constitucional Democrático de Direito não denota, por dizê-lo assim, mera aglomeração formal de dois predicados (democrático e de direito), senão que uma novel concepção de Estado Constitucional, que transcende tais qualidades, desde o significado substancial (*e. g.*, fundado na soberania popular, no pluralismo, na organização política democrática, no respeito e na garantia dos direitos fundamentais, na igualdade jurídica, na consecução dos direitos sócio-econômico-culturais, na juridicização normativa, na solidariedade, na justiça em suas infinitas concepções formais e materiais), até as suas finalidades (*v. g.*, fórmula institucional de promoção efetiva da ideologia de justiça social, com arrimo no valor-fonte da dignidade humana). A soberania popular, assente nos procedimentos juridicamente traçados, evidencia o *approach* entre Estado Democrático e Estado de Direito, sobre ser um a deprecar o outro mutuamente ou - o que é o mesmo - um a implicar intimamente outro, em perspectiva substancial, na moderna concepção de Estado Democrático de Direito⁶⁰⁵. Agora bem, o conceito de autonomia privada, assegurada pela liberdade de atuação individual, valor liberal por excelência, e o de autonomia pública, garantida pelos direitos políticos, visualizados em um mesmo horizonte igualitário, são finalisticamente interdependentes: um a impor, em caráter originário, limites ao outro.

⁶⁰⁴ Com a sugestiva indagação: Estado de direito e democracia - haverá 'dois corações políticos'? vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 98-99.

⁶⁰⁵ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 1º: "A República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado democrático de direito (...)". Com dicção invertida, com o democrático qualificando o direito e não o Estado, mas irradiando *standard* institucional-organizatório consonante com o texto constitucional brasileiro, o art. 2º da Constituição da República portuguesa de 1976: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático".

A fórmula inspirada em Platão⁶⁰⁶ e Aristóteles⁶⁰⁷ de que o Estado de Direito é aquele *governado por leis e não por homens*, demarcado pelo direito, inobstante sedutora e adequada, revela-se, no entanto, insuficiente para expressar a complexidade das discussões teórico-ético-políticas que permeiam sua intrínseca configuração institucional. De sorte que, para melhor compreensão das notas essenciais, abstratas e conceituais, do Estado Constitucional Democrático de Direito contemporâneo, como forma de estruturação jurídico-política, influenciada por paradigmas sócio-cultural-econômicos, não será fadiga inútil passar em revista as suas dimensões básicas de organização e de funcionamento⁶⁰⁸: 1) soberania popular, manifestada no poder constituinte titularizado pelo povo, cujo exercício, por sua delegação, é adjudicado a uma Assembleia Constituinte⁶⁰⁹, de elaborar uma lei que hierarquicamente desfrutará de supremacia no ordenamento jurídico. Uma constituição rígida, estruturante de uma ordem jurídico-normativo fundamental, que servirá de fundamento de pertinência e de validade daquele, e revelará a arquitetura de organização do poder político, no viés da divisão orgânica e equilibrada de funções, juridicamente coordenadas, evidenciando-se, pela especialização de competências materialmente adequadas, em otimização de eficiência de atribuições estatais, respectivos balizamentos e controles através de direitos fundamentais (v. g., inviolabilidade do direito à vida, igualdade, liberdade, justiça), além de constituir instrumento de contenção do arbítrio; 2) legitimação democrática para se justificar, mediante aquiescência do povo em ser governado sob determinadas condições; 3)

⁶⁰⁶ Impulsionado pela desilusão de seu fracasso com o tirano de Siracusa, PLATÃO. **As Leis**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 1999. p. 188: “Se chamo de servidores das leis aqueles aos quais damos o nome de magistrados não é pelo simples prazer de cunhar uma expressão nova, mas sim porque acredito que a salvação ou a ruína de um Estado, acima de qualquer outra coisa, se baseia nisso, pois todo Estado que tem a lei numa condição subserviente e impotente está à beira da ruína, enquanto que para todo Estado no qual a lei é soberana sobre os magistrados e, estes são servidores da lei, haverá salvação (...)”

⁶⁰⁷ No que toca às espécies de democracia, ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. p. 132: “Um povo assim, transformado praticamente num monarca, procura exercer um governo monárquico, impedindo que a lei governe, e se torna despótico, dando ensejo a que os aduladores passem a ser estimados. (...) Parece uma crítica razoável dizer que tal democracia não é uma forma de constituição, pois não há constituição onde as leis não governam; as leis devem governar tudo enquanto os magistrados devem cuidar apenas dos casos particulares (...)” Veja-se, uma vez ainda, o Estagirita. **Ética a Nicômaco**. Trad. Torrieri Guimarães; revisão Rosana Gilioli. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012, 5.6.1134b: “Não permitimos que um homem governe, mas a lei, visto que um homem pode governar em seu próprio interesse e tornar-se um tirano?”

⁶⁰⁸ Ao propósito dos caracteres essenciais gerais do Estado Constitucional Democrático de Direito, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999. (Coleção Fundação Mário Soares: Cadernos Democráticos, n. 7). p. 23.

⁶⁰⁹ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 29-30.

pluralismo político⁶¹⁰ e social; 4) estruturação do direito a uma participação autônoma, animada pela igualdade, com mesmas condições e direitos para todos, na formação da vontade política; 5) heterogeneidade partidária e abonação do direito de oposição no parlamento, ou fora dele; 6) publicidade crítica, discussão e dissensos parlamentares e políticos; 7) eleições livres e periódicas, sufrágio universal e voto igual, direto e secreto, mormente para os poderes legislativo e executivo, com efetiva possibilidade de alternância no exercício do poder político; 8) domínio da maioria de uma democracia limitado pelos direitos de liberdade; 9) desconcentração organizativa do poder, pela diversidade estrutural, em reverência ao erroneamente denominado princípio da separação de poderes (o poder político, por índole, é uno e indivisível, porque seu titular é o povo; o seu exercício, contudo, pertence aos órgãos estatais que o concretizam)⁶¹¹, mediante divisão orgânica de funções, tarefas ou atividades básicas do Estado (legislativo, executivo e judiciário), no escopo de contenção do poder político pelo poder, os quais se controlam, reciprocamente, pelo sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*)⁶¹², prevenindo-se abusos; 10) dignidade da pessoa humana, como epicentro axiológico do ordenamento jurídico e portanto do Estado Constitucional Democrático de Direito; 11) atividades do poder político tatuadas, limitadas e controladas pelo direito, através da observância, respeito e cumprimento das regras jurídicas em vigor, por parte de todas as instituições e os órgãos do Estado - condicionamento, limitação e vinculação não só pela forma e pelo procedimento, mas também pelo conteúdo das normas -, como, de resto, o devem fazer os particulares; 12) realização de determinados valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista, consagrados na constituição (v.g., vida, liberdade, igualdade, justiça, segurança, propriedade, bem-estar, desenvolvimento); 13) ordem jurídica plasmada por princípios arraigados na consciência jurídica geral e dotados de valor intrínseco; 14) proclamação, com positivação, obrigatoriedade jurídica e preeminência, cumprimento e tutela efetiva dos direitos humanos⁶¹³ (v. g., direito à vida, direitos de

⁶¹⁰ No tocante à pluralidade, como nota essencial da política moderna, vide WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 495-536, esp. p. 533.

⁶¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002. p.147.

⁶¹² No Estado constitucional democrático, como amarras ao poder absoluto e ilimitado, e no espaço específico dos direitos humanos, HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 422.

⁶¹³ Na relação entre princípio democrático, radicado na autodeterminação soberana do povo, e Estado de Direito, mormente nas barreiras que este impõe àquele, ao exigir que a formação da vontade popular não possa vilipendiar os direitos humanos, e bem ainda no sentido de que o conceito de “*rule of law*” encontrou sua invulgar expressão na ideia de direitos humanos, vide HABERMAS, Jürgen. El Estado democrático de

liberdade, igualdade, inclusive na lei e perante a lei), como padrões morais e a superioridade ética dos valores que lhes servem de fundamento, *ad instar* de leis, inclusive a lei fundamental, as quais somente são legítimas se consonarem com os direitos humanos, seja no plano interno, seja na ordem de proteção internacional, com vinculação jurídica, como quando aprovados nos pactos internacionais (*e. g.*, Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Civis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Pacto de São José da Costa Rica), nas declarações internacionais (*e. g.*, Declaração Universal dos Direitos do Homem) e em outras convenções de direito internacional (*e. g.*, Convenção Europeia dos Direitos do Homem); 15) patrocina eficaz defesa e proteção jurídica de indivíduos, de cidadãos e de minorias (étnicas, linguísticas, sexuais); 16) aval de igualdade moral e jurídica, e a correlata proibição às diferenciações para as quais não exista evidente causa objetiva; 17) garante direitos e afiança aos indivíduos liberdade, resguardada pelo direito, perante o poder; 18) não abusividade no exercício de poder estatal; 19) resistência à opressão estatal; 20) segurança individual e coletiva; 21) reserva de lei em tema de restrição de direitos, liberdade e garantias⁶¹⁴; 22) liberdade de religião; 23) favorece a liberdade de expressão, de pensamento, de opinião; 24) defende a liberdade de imprensa, sem censura; 25) proteção à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; 26) direito ao trabalho e à livre escolha profissão; 27) liberdade de locomoção no território nacional; 28) liberdade de reunião pacífica e pública; 29) liberdade de associação para fins lícitos; 30) assegura a inviolabilidade do sigilo de correspondência e de todas outras formas de comunicação (*v. g.*, de dados, telefônica); 31) direito à educação⁶¹⁵; 32) direito à saúde; 33) o direito, em si, é impermeável à chamada razão de Estado, sob cujo auspício, em regimes totalitários,

Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios? **Anuario de derechos humanos**, Nueva Época, Madrid, v. 2, p. 435-458, 2001, especialmente p. 435: “*El «Estado de Derecho» exige que la formación de la voluntad democrática no pueda atentar contra los derechos humanos que han sido estimados como derechos fundamentales.*”

⁶¹⁴ Ideia que subjaz na cláusula inserta no inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Gize-se que, desde a segunda metade do século XX, fruto da evolução do conceito de Estado de Direito, diferentemente da legalidade referenciada ao indivíduo, o qual poderá fazer o que, às expressas, a lei não lhe interdite, exigia-se, como elemento formal, uma estrita vinculação da Administração Pública às autorizações expressamente outorgadas em lei e a seus limites.

⁶¹⁵ CRUZ JR., Ademar Seabra da. **Justiça como equidade**: Liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 336: “A educação enseja, portanto, um conceito de cidadania que permite o controle da vida pública e dos ocupantes de cargos públicos para que os negócios do estado sigam um negócio de todos, e que tenham o direito resiliente de que os negócios do estado sejam conduzidos de acordo com as expectativas do corpo social. Essas expectativas, por sua vez, somente vicejam num ambiente de disseminação de informações e de nível educacional compatível com os requerimentos da cidadania.”

formidáveis barbaridades foram perpetradas; 34) subordinação do próprio Estado à lei em sentido amplo e ao direito; 35) migração da ideia de legalidade para a de programa de juridicização, aplicado inclusive à Administração, o qual apresenta, como ponto de cristalização, a constituição; 36) observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência nas atividades do poder público; 37) possibilidade de responsabilização civil e objetiva do Estado por danos causados à esfera jurídica dos particulares; 38) observância de justa medida (proporcionalidade em sentido estrito), porque não menospreza os princípios da proibição do excesso, da proporcionalidade⁶¹⁶ (conformidade ou adequação de meios, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), da razoabilidade, como bússola preventiva de todas as atividades do poder público (v. g., vinculação do próprio legislador, como vetor intrinsecamente informador da legislação, bem ainda no campo das medidas sancionatórias ou restritivas de direitos, liberdades e garantias); 39) observância, nos procedimentos administrativos, de garantias: da igualdade, do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade, da fundamentação, da justiça; 40) administração aberta, com o direito assegurado aos particulares de obter informações de seus interesses; 41) responsabilidade e responsabilização dos titulares do poder, inclusive pela via da juridicização (v. g., ação popular, ação por improbidade administrativa); 42) controle judicial dos atos do Estado e controle do exercício do poder estatal através de instrumentos jurídico-constitucionais (e. g., ação civil pública, ação de mandado de segurança); 43) estruturar a ordem jurídica para abonar segurança, certeza e confiança às pessoas, naturais ou jurídicas, de modo que possam nortear autonomamente sua vida com previsibilidade, calculabilidade, em relação ao direito, consentindo-lhes prever as consequências jurídicas das próprias ações; 44) proteção à boa-fé, nas silhuetas subjetiva e objetiva; 45) na esfera individual, autodeterminação e autovinculação nos contratos, equivalência nos contratos sinalagmáticos, confiança e boa-fé; 46) exigência de direito justo, referenciado à justiça e direcionado à asseguaração da paz jurídica, em especial através de edição de leis éguas, objetivamente racionais e gerais, não arbitrárias, cruéis, desumanas, numa ambiência em que o direito, de fato, não se reduzirá à simples disciplina da força⁶¹⁷; 47) evite desenfreada

⁶¹⁶ Sobre ser o princípio da proporcionalidade a pedra angular do Estado de Direito, tal como modernamente concebido, BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 398-402.

⁶¹⁷ A compreensão de como funciona um Estado Constitucional Democrático de Direito colocará menos peso no poder de coação exterior do ordenamento jurídico, em sua vigência fática, e muito mais no sentimento jurídico de todos que adotam padrão de conduta fulcrado na autoridade moral e na integridade de tribunais e juízes, enquanto ícones, independentes, imparciais e preferências, daquele anseio difuso de juridicidade, a admiravelmente robustecer a confiança da comunidade na justiça material de suas decisões.

inflação normativa, enriquecida pela ideia de excessiva juridicização da relações sociais, na contramão da proteção da paz jurídica⁶¹⁸; 48) irretroatividade de normas jurídicas⁶¹⁹, garantindo-se a intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e acabado e da coisa julgada; 49) estabilidade, clareza, precisão das leis em sentido amplo e igualdade de tratamento, nelas e perante elas, assegurada aos seus destinatários; 50) prevalência da normatividade jurídica ou consuetudinária ante a discricionariedade do poder estatal; 51) prestigia a justiça e a igualdade na aplicação do direito, mediante um peso e uma única medida; 52) instituição de Tribunal Constitucional, com a missão de guardião da constituição, e com a última palavra no que tange à sua interpretação e, por isso, em caráter negativo, mas vinculante para todos, controle de constitucionalidade das leis (*judicial review of legislation*), mesmo ante o argumento de rarefeita legitimação democrática majoritária, pois que juizes sem voto popular invalidam, com cariz contramajoritário, leis emanadas do parlamento que haja sido eleito democraticamente; 53) controle de omissão inconstitucional, ou seja, por falta de cumprimento, pelo poderes legislativo e executivo, de norma constitucional; 54) direito à informação para conhecer e pleitear os direitos, tendente a viabilizar o direito de acesso ao direito: quem não sabe os seus direitos não pode defendê-los⁶²⁰; 55) direito de acesso à justiça, mediante o devido processo legal, por qualquer indivíduo para defesa de seus direitos e interesses, em casos de ameaça ou violação; 56) adoção de processo judicial legalmente regulado; 57) procedimento equitativo e justo (v. g., com a densificação dos direitos de participação e de ser ouvido); 58) conformação do processo judicial pelos parâmetros dos direitos fundamentais; 59) salvaguarda de tribunais independentes e imparciais, estabelecidos pela lei; 60) juiz natural e proibição de tribunais de exceção; 61) vinculação do juiz à lei e ao

⁶¹⁸ Vide, ao propósito, ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 389: “A tendência para um Estado de legalidade, originariamente destinado a contribuir para a segurança jurídica, pode até conduzir diretamente à insegurança jurídica, no caso de as leis começarem a proliferar incontrolavelmente. O esforço de regulamentar tudo e mais alguma coisa até aos pormenores conduz à inflação normativa, que diminui também a transparência e, desta forma, a eficácia do direito. Um direito já não inteiramente compreensível converte-se inevitavelmente em direito já não inteiramente observado”.

⁶¹⁹ Sobre a inadmissibilidade de leis retroativas como exigência da cláusula de confiança à relação entre cidadão e legislador e princípio do Estado de Direito, vide LARENZ, Karl. **Derecho justo: fundamentos de ética jurídica**. Madrid: Civitas, 2001. p. 162-165.

⁶²⁰ No tocante ao direito à informação, como elemento nevrálgico para garantir acessibilidade à justiça, vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, p. 57-58.

direito⁶²¹; 62) modelo de juiz responsivo (*responsive judge*), notadamente no campo da discricionariedade judicial, adotando decisões que se podem justificar com base em uma teoria geral e também atento às consequências práticas que sua decisão produzirá; 63) julgamentos públicos; 64) nos procedimentos judiciais ou administrativos, ampla defesa e contraditório; 65) igualdade material das partes no processo judicial; 66) inadmissibilidade de utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos; 67) motivação-justificação das decisões judiciais⁶²²; 68) mais de um grau de jurisdição, inclusive com função finalística de autocontrole do poder judiciário, por meio de sucessivas instâncias; 69) duração razoável do processo judicial, sem dilações indevidas; 70) a existência de coisa julgada material, a transportar segurança jurídica e estabilidade das relações sociais; 71) órgãos com competência disciplinar sobre os juízes; 72) justificação das decisões estatais (jurisdicionais, administrativas, legislativas), caracterizada pela motivação, apontando-se lhes, com congruência e correlação lógica, as razões suficientes de fato e de direito; 73) assistência jurídica integral e gratuita aos pobres; 74) tutela dos direitos fundamentais através de ações constitucionais (v. g., mandado de segurança, individual ou coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ações deflagradoras do processo objetivo de controle concentrado, abstrato e por via principal de constitucionalidade); 75) autonomia da sociedade civil; 76) garantia da propriedade e de sua respectiva função social; 77) garante direitos autorais; 78) proteção aos consumidores; 79) proteção aos direitos de estrangeiros, inclusive imigrantes; 80) comprometimento com a sustentabilidade ambiental; 81) resolução pacífica dos conflitos internacionais; 82) respeito do direito dos povos à autodeterminação; 83) independência e igualdade entre os povos; 84) não ingerência nos assuntos internos de outros Estados.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, a legitimação democrática está na concordância do povo em ser governado sob determinadas condições. Premissa que descansa na ideia de contrato social. A aceitabilidade do poder estatal tem, por exemplo, como *conditio*

⁶²¹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003. p. 272: “*Por otro lado, la motivación hace patente y garantiza la vinculación del Juez a la Ley, o, en general, al ordenamiento jurídico, garantía ineludible en un Estado de Derecho que aumenta, por otro lado, la confianza de los ciudadanos en los órganos jurisdiccionales.*”

⁶²² Releva notar que, embora o presente trabalho tenha por foco primordial a motivação da *sentença* no processo civil, como, aliás, se inculca do teor de seu próprio título, é fora de dúvida que o dever de motivar alcança, também, todos os demais pronunciamentos judiciais com conteúdo decisório (v. g., no direito positivo brasileiro, decisões interlocutórias e acórdãos). Desse modo, em prol da máxima clareza expositiva, é de esclarecer-se que, no texto, frequentemente, ora se lança mão das expressões ‘decisão judicial’ e ‘decisões judiciais’, como gênero, ora da locução ‘sentença’, uma de suas espécies.

sine qua non a sua subordinação às leis que alberguem valores históricos consagrados na constituição. Associa-se a juridicidade do poder à sua justificação pública⁶²³. Por assim ser, qualquer ingerência na esfera jurídica das pessoas não prescinde de justificação, em sua dúlice feição: material (quando, para a intromissão, existe fundamento) e formal (quando o fundamento existente deve publicamente ser exposto, declarado, demonstrado). Existe fundamento para tal interferência e bem se o expõe, o declara, o demonstra. Tudo sob os auspícios da luz do sol. A regra de ouro do Estado Constitucional Democrático de Direito, como sendo o Estado conciliado com a justificação, sobre explicitar razões que sustentam suas atividades e decisões, é justamente a de se contrapor às trevas do arbítrio e objetar a penumbra do autoritarismo.

5.2 O significado da motivação na moldura do Estado Constitucional Democrático de Direito

No Estado Constitucional Democrático de Direito, em decorrência da garantia do acesso à justiça, qualquer lesão ou ameaça a direito e a outras posições jurídicas de vantagem, de pessoa natural ou jurídica, é suscetível de ser, individual ou coletivamente, submetida ao Poder Judiciário⁶²⁴. À função jurisdicional, a par da primazia na resolução de conflitos intersubjetivos, incumbe, sob o prisma objetivo, a preservação da integridade da ordem jurídica e, por via de consequência, a certeza ou previsibilidade do direito. Almeja-se obter do Estado-juiz, preventivamente ou não, a concreta proteção de direitos contemplados *in abstracto* no ordenamento jurídico-constitucional e infraconstitucional. A eficiência do sistema processual, precisamente do processo justo, como valor universal⁶²⁵ e método

⁶²³TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano, op. cit., p. 462: “*Lo Stato di diritto, insomma, si configura come uno “Stato che si giustifica” (Rechtsstaat als rechtfertigender Staat).*” Na nota 76, o eminente jurista italiano esclarece que a expressão “*Estado que se justifica*” é de J. BRÜGGEMANN (*Die richterliche Begründungspflicht*, cit. p. 161, 164).

⁶²⁴ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.” Na mesma rota, Constituição italiana de 1947, art. 24, § 1.: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi.*”

⁶²⁵ Sobre um dos aspectos mais importantes da cultura jurídica moderna, vide TARUFFO, Michele. Dimensioni transculturali della giustizia civile. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 11-52, esp. p. 52: “*Um altro fattore che favorisce la costruzioni di una cultura processuale comune si può definire come l’universalismo dei principi fondamentale della giustizia civile. (...) I giuristi di molti paesi e di diverse*

institucional de resolução de conflitos sociais, é premissa inafastável para que não se transforme o direito material em pura ilusão, em sonho de uma noite de verão, sem concreitude no mundo de carne e osso. O acesso a um processo justo, abrange, também e estreme de dúvida, o direito à tutela jurisdicional efetiva. Não por acaso, o *slogan* que correu o mundo e fez fortuna é o da efetividade da tutela jurisdicional na realização do direito material⁶²⁶, como corolário do Estado Constitucional Democrático de Direito.

O processo justo, dentre outras exigências, não conspira contra o direito de defesa, o contraditório, o diálogo judicial, a imparcialidade, os quais substancialmente implicam, para o juiz, o dever de estimar, em sede de razões justificativas da conclusão final, todas as questões (pontos controvertidos) e pontos (fundamentos) de fato e de direito despontados no processo, levar em consideração a integralidade das alegações apresentadas pelas partes, aferir provas e contraprovas produzidas⁶²⁷, tudo sob o signo da relevância para o adequado julgamento da causa, ainda que o juiz seja livre para decidir, exprimindo e justificando racionalmente na motivação suas razões, pautas, critérios de escolha ou de valoração, opções, da maneira que lhe pareça mais equa e justa, estabelecendo-se o nexos lógico e o lógico-causal da decisão judicial. Há, aqui, dupla cadeia: uma de motivos e outra de consequências (de natureza lógica). O papel do juiz não se adstringe mais à mera vontade de comando (*Sic volo, sic iubeo*), pois que, à luz da racionalização da função jurisdicional, a sua vontade não pode expropriar o lugar da razão. Impõe-se-lhe, antes, explicar a racionalidade das premissas nas quais sua conclusão final está assentada. Exibe o cariz de discurso justificativo da

culture prendono coscienza del significato universale di principi come l'indipendenza della magistratura, l'imparzialità del giudice, la possibilità effettiva di far valere i propri diritti, la garanzia della difesa e di un processo corretto, e così via. I valori che stanno alla base di questi principi processuali sono ormai patrimonio comune delle culture giuridiche e politiche di tutti gli ordinamenti moderni, benché essi trovino realizzazione effettiva in modi molto diversi. Questi valori e questi principi sono dunque la base per una possibile cultura generale della giustizia civile."

⁶²⁶ Com clareza insuperável, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-27, esp. p. 15: "Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material."

⁶²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. 1, op. cit., p. 102: "A motivação permite às partes controlar se as razões e provas por elas apresentadas foram devidamente consideradas na decisão. Seria inútil assegurar o direito de ação e o direito de defesa, se as alegações e provas trazidas aos autos pelas partes não precisassem ser obrigatoriamente examinadas pelo juiz no momento da decisão. Em tal contexto, também o contraditório não passaria de exigência formal, pois nenhuma garantia seria dada às partes de que efetivamente influíram no resultado do processo."

benignidade do *decisum*. Nessa perspectiva, a motivação - enquanto justificação racional, mediante discurso de arcabouço aberto e de cunho heterogêneo, no qual descansam vários planos de argumentação e métodos de justificação - é elemento essencial, estrutural, imprescindível, do pronunciamento jurisdicional, e, como articulação das razões justificativas do juiz, visa demonstrar teleologicamente que a decisão final se apoia em racionais, aceitáveis e idôneos fundamentos, a par de estorvar o arbítrio, o processo autoritário e o subjetivismo, consentindo um controle sob dúplice perfil, lógico e jurídico, do raciocínio que conduziu o juiz à sua decisão⁶²⁸ (racionalidade da própria decisão). Maximiza-se, desse modo, o binômio segurança-previsibilidade e incrementam-se as implicações das normas jurídicas. A verdadeira protagonista da jurisdição, enlevada pelo valor supremo e universal da igualdade, traduz-se nas razões justificativas do *decisum*: porque são articulações que determinam os movimentos de todas as personagens do processo e, no controle extraprocessual, da sociedade em geral e do cidadão em especial. Impende ressaltar, em tal horizonte, que a garantia fundamental da motivação obrigatória e pública infunde iniludivelmente um padrão de decisão judicial: o modelo unívoco de decisão adequada e suficientemente motivada.

Os ordenamentos jurídicos, em nível constitucional ou infraconstitucional, consagram, habitualmente, regra com qualificação deontica de uma conduta: o juiz deve proferir decisões motivadas. Há norma comandada ao juiz (operador deontico) para pronunciar decisão baseada em razões (de fato e de direito) que a rotulem como adequada, correta, aceitável. Os conseqüências dogmáticos, bem ainda as orientações doutrinárias e guias jurisprudenciais acerca da falta de motivação (total ou parcial), pressupõem enfrentar um dos pontos mais incandescentes do problema: o conceito de decisão motivada. Afinal, quais as condições de satisfação, intrínsecas e concretas, que a sentença deve conter para que possa ser havida como adequada e suficientemente motivada? É possível falar-se de estrutura mínima ou conteúdo essencial em sede de modelo de motivação concisa, ou de parâmetros de motivação suficiente, a fim de extremar a concisão da insuficiência de motivação?

A complexidade da motivação, mais do que mera argumentação retórica, sua estrutura formal e material escalonada, e o problema da fundamentação dos critérios de correção (indicação das razões que os qualificam como corretos), insinuam a existência de número ilimitado de níveis e de planos de fundamentação, com trajetória *ad infinitum*: fundamento do

⁶²⁸ MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**: nozioni introduttive e disposizioni generali. Tredicesima edizione. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1. p. 407.

fundamento, fundamento do fundamento do fundamento...⁶²⁹ No afã de superar essa inexaurível sinfonia anafórica de sons combinados de *etc. etc. etc.*, a doutrina especializada⁶³⁰, quer na vertente da maximização da exigência de motivação, quer inspirada em um critério negativo (o juiz necessita pronunciar decisão não erroneamente motivada), envida esforços para desenvolver um modelo, dotado de número finito de critérios de correção, tendente a demonstrar que uma decisão judicial está não fundamentada, ou incorreta (por exemplo: aceita-se, na sentença, como correto determinado critério de correção, o qual, no entanto, é inidôneo para timbrar como correta a decisão).

Há, porém, mais. Não se pode admitir qualquer motivação, enquanto documentação das razões lógicas e jurídicas que justificam a sentença, menos ainda de modo canhestro. A motivação, plasmada de questionamentos críticos, históricos e racionais, tem implicação substancial e não meramente formal, e, bem por isso, mostram-se imprestáveis razões randômicas, aleatórias ou lotéricas que o juiz utilize para justificar a própria decisão. Daí descende o imperativo de motivação analítica, no sentido de que, no viés da imparcialidade real e sob o influxo da cláusula do devido processo legal, o juiz tem o dever de levar em conta, tomar em consideração, uma a uma, todas as alegações, pontos e questões de fato e de direito relevantes, suscitados pelas partes no processo em contraditório, sob cuja égide o direito de defesa se expressa concretamente. A motivação, não se definindo com uma verdadeira e própria demonstração, senão como discurso justificativo racional, há de guardar obviamente correlação com esta matéria-prima produzida pela tecnologia do contraditório⁶³¹ e

⁶²⁹ No tocante ao problema do regresso ao infinito, consistente na perquirição ilimitada sobre o fundamento do fundamento, vide BORGES, Jorge Luis; GUERRERO, Margarita. **Manual de Zoología Fantástica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. p. 34: “*Dios creó la tierra, pero la tierra no tenía sostén y así bajo la tierra creó un angel. Pero el angel no tenía sostén y así bajo los pies del angel creó un peñasco hecho de rubí. Pero el peñasco no tenía sostén y así bajo el peñasco creó un toro con cuatro mil ojos, orejas, narices, bocas, lenguas y pies. Pero el toro no tenía sostén y así bajo el toro creó un pez llamado Bahamut, y bajo el pez puso agua, y bajo el agua puso oscuridad, y la ciencia humana no ve más allá de ese punto.*”

⁶³⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541, esp. p. 533.

⁶³¹ No formidável catálogo de direitos fundamentais de cunho judicial e garantias constitucionais do processo, há valores que rompem as fronteiras do processo judicial civil ou penal, como, por exemplo, o contraditório e a ampla defesa, incidentes em procedimentos administrativos em geral. Não se objeta, à luz da fundamentalidade (formal e substancial) das normas de direitos fundamentais e sob o prisma do efeito perante terceiros ou eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que até mesmo relações privadas sejam influenciadas pelo espectro de proteção de tais princípios. Sobre a tese da irradiação, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, p. 520-542, esp. p. 524: “Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos de proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no

seu filtro purificador consistente no debate das partes, efetiva e preferencialmente, antes da decisão judicial. O Estado Constitucional Democrático de Direito, cuja nota essencial é a de ser o estado que se justifica, quase supérfluo reiterar, concebeu, fruto de intrínseca inerência, novo modelo de sentença, qual a sentença motivada suficiente e adequadamente, com coerência, congruência, clareza e precisão.

Nessa moldura encaixa-se uma questão teórica central: a obrigatoriedade de motivar as decisões judiciais condiciona não apenas o processo decisório, senão também o conteúdo da decisão. Naquele, o juiz formula uma espécie de bosquejo da decisão e, ao depois, verifica se é possível motivá-la concretamente e evidenciar que ela é intrinsecamente correta. O conteúdo da decisão está sempre dentro das fronteiras da motivação (ou melhor: os limites da decisão são as demarcações da motivação, as quais placitam as escolhas decisórias). O juiz, com consciência moral, não pode decidir o que é insuscetível de justificação. A bitola da decisão é a da motivação,⁶³² como discurso, caracterizado como um feixe de proposições finitas (premissas e consequências), embora indefinidas, ensartadas em um determinado contexto.

Semelhante discurso, uma vez expresso e publicizado, adquire economia própria, desatando-se da vida do juiz. A criatura desfruta de autonomia ante o criador. Merece exame à parte a hipótese de interpretação autêntica da motivação. De regra, a resposta negativa se impõe. Com efeito, o discurso justificativo é infenso à interpretação autêntica. Convém ressaltar, no entanto, que, no julgamento de recurso de embargos de declaração, o juiz, em considerável medida de fidedignidade, há de radiografar as vértebras que sustentam o *decisum*, aí incluída sua motivação, para pronunciar-se quanto à obscuridade, à contradição e à omissão. O próprio juiz que apregooou o discurso justificativo irá dizer se há, ou não, por exemplo, contradição e, para tanto, necessita, com fidedignidade, interpretar a sentença, nos três elementos essenciais de sua estrutura intrínseca: relatório, fundamentação e dispositivo. Nesta única e exclusiva hipótese é lícito afirmar a existência de espaço à denominada interpretação autêntica levada a cabo pelo próprio órgão julgante⁶³³.

caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas de direitos fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.” O Supremo Tribunal Federal brasileiro, Segunda Turma, no julgamento do RE 201.819, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 21.10.2005, placentou a tese da eficácia dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa nas relações privadas.

⁶³² HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 151, 248 e 249.

⁶³³ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 864.

Conforme noutra oportunidade se assinalou, semelhante *modus operandi*, firme no princípio político da participação democrática, em igualdade de condições, encarna um dos elementos essenciais do cerne do contraditório, que é o direito de influir (contraditório como influência - *Einwirkungsmöglichkeit*) concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz, e conseqüentemente no conteúdo dos pronunciamentos jurisdicionais. Assegura-se, pela participação das partes, a efetiva apreciação de suas razões pelo Poder Judiciário. O dever jurídico de motivar (*i. e.*, dar razões de fato e de direito da solução das questões fáticas e de direito aportadas, em contraditório, pelas partes, com as devidas implicações substanciais, e não puramente formais) nutre-se da seiva essencial (razões da discussão) produzida, em contraditório, pelas partes⁶³⁴. A nova gramática da motivação da sentença evidencia que o juiz, vinculado à lei (*rectius*, à juridicidade) e ao direito⁶³⁵, não os observa apenas para justificar racionalmente sua decisão, senão que, e sobretudo, para corroborar que teve contato com a integralidade contéudística da causa retratada nos autos, traduzida na ciência de todas as questões de fato (conjunto de fatos juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência há de ser provada, através de todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, constituindo o *thema probandum*) e de direito neles acendidas⁶³⁶, bem como, ainda, para demonstrar que, ao formular sua convicção, foram efetivamente apreciadas pelo juízo.

Numa locução: o Estado Constitucional Democrático de Direito - ante os deveres de transparência e de justificação, e como corolário lógico da causalidade adequada e do princípio da participação democrática das partes e intervenientes como influência -, não consente que a motivação se adstrinja a justificar a conclusão final do juiz, que contém o dispositivo do julgado. Não e renão. O dever jurídico-constitucional de motivar exige que o juiz analise as questões solucionadas; daí decorre a irremovível exigência de motivação

⁶³⁴ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coords.) **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 567-577, esp. p. 571.

⁶³⁵ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. p. 87-88: “O juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro de seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atúa sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados. O importante, o grave, o verdadeiramente transcendental do direito não está no cárcere, isto é, nos limites, mas no próprio homem. (...) O direito pode criar um sistema perfeito, no tocante à justiça; mas se esse sistema for aplicado, em última instância, por homens, o direito valerá o que valham esses homens. (...) Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e um momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens.”

⁶³⁶ MONACI, Stefano. L’esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 258.

analítica. Todas as *quaestiones iuris* e/ou *quaestiones facti* suscitadas e debatidas pelas partes no processo (da mesma maneira, no tocante à intervenção de terceiros, em suas múltiplas espécies: assistência, oposição, nomeação à autoria, denúncia da lide, chamamento ao processo), em contraditório, apreçadas, no raciocínio judicial, como relevantes para a solução do conflito, hão de ser, sob o prisma da “*completezza*” da motivação, atenta e analiticamente, levadas em consideração, corretamente valoradas e expressamente justificadas pelo juiz, o qual tem de especificar as razões sobre as quais sua conclusão se estriba. Opostamente, quando aquilatadas no sentido da impertinência, da improficuidade, da inessencialidade para o desate da controvérsia, as razões justificativas explícitas também nesta sede são de rigor, atraindo o necessário selo da motivação judicial,⁶³⁷ com critérios de valoração em geral aceitos pela *communis opinio*.

Não é exato supor que uma motivação racionalmente consistente, só por isso, atenda à exigência de motivação. Isto é necessário, mas não é suficiente. É indispensável demonstrar, ocioso notar, que todas as questões ou pontos de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa foram examinados e considerados. O princípio da congruência, como projeção da garantia da tutela jurisdicional efetiva, impõe, ao juiz, o dever de fornecer resposta motivada a todas as questões expressamente suscitadas pelas partes e terceiros intervenientes. É inadmissível que, em seu pronunciamento, o juiz, pura e simplesmente, afirme que “a questão *x* é desprovida de relevância” ou que “o ponto *y* não é importante”, dispensando-se de evidenciar o porquê da falta de saliência. É uma espécie de *habeas corpus* preventivo do arbítrio: embora pontualmente debatida pelas partes, bastaria ao juiz rotular expressamente determinada questão de fato como supérflua para o julgamento da causa, ou mesmo “tacitamente”, pela cômoda técnica do silêncio, para, só por si, evadir-se do dever de motivá-la. Simples assim. Pinçar autoritariamente o que interessa, e escamotear o que não, é sutil estratégia de vulneração da garantia fundamental da motivação e de um punhado de outras garantias do processo: igualdade das partes, direito de defesa, contraditório, devido processo legal. Como saber se, de verdade, o juiz tomou conhecimento do ponto *g* - e o apreçou - se lhe

⁶³⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. p. 272: “O juiz não está compelido a analisar alegações manifestamente incabíveis e inúteis, mas precisa evidenciar na sentença que delas tomou conhecimento e apontar, ainda que sinteticamente, as razões que o levaram a desprezá-las.” Averbe-se, contudo, em sentido diametralmente oposto, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2. p. 1.078: “Com essa premissa antiformalista, entende-se que se toleram na sentença eventuais omissões de fundamentação no tocante a pontos colaterais ao litúgio, pontos não-essenciais ou de importância menor, irrelevantes ou de escassa relevância para o julgamento da causa.”

consente, na sentença, desertar da exigência de mostrar, conquanto sucintamente, suficiente razão justificativa sobre o mesmo?

Pode acontecer que, sem apresentar razões justificativas, o juiz rotule determinado ponto como sendo de rala importância, mas que, se fosse tido em conta e motivado, alteraria o resultado do julgamento da causa (por exemplo: uma questão preliminar suscitada pelo réu). Nem se concebe como possa o juiz classificar, explícita ou implicitamente, um ponto prejudicial como não-essencial ou periférico para o deslinde da controvérsia e, um passo à frente, se auto-dispense de apresentar as razões que, embora concisamente, justifiquem semelhante desapeço, rejeição, descarte. Eventual indulgência com tal omissão pode estar a serviço de qualquer vertente de pensamento, mas não consona com as exigências conaturais à moderna concepção do Estado Constitucional Democrático de Direito. O problema não se situa na órbita de formalismo asfixiante, ou de pura teoria descompromissada com a razão prática ou a realidade forense, mas escorrega para a necessidade de preservar-se, em cada caso concreto, a inteireza da motivação, no campo da regular e da eficiente atuação da atividade jurisdicional.

É precisamente a esse ângulo que o problema assume ímpar relevância prática. Não se pode sonegar às partes as razões lógico-jurídicas justificativas do juízo, congruas, sobre todas as questões ou pontos de fato e de direito (sejam prejudiciais, sejam preliminares) debatidos pelas partes, em contraditório, nos autos.⁶³⁸ A não ser assim, despidendo enfatizar, o juiz exerceria o poder jurisdicional sem limitação alguma. A livre convicção judicial tem seu contraponto de equilíbrio no dever de motivar. O silêncio do juiz, eloquente ou não, é intolerável, e com ele não se pode coonestar, sob pena de reduzir-se a garantida de defesa, expressa no contraditório, à inutilidade de um sino sem badalo e de massacrar-se o valor igualdade, que é o fundamento, a medida e a finalidade de qualquer sistema de justiça equo e justo. O vazio, no discurso judicial justificativo, como o rochedo de Sísifo, pesa: em desfavor dos litigantes, dos jurisdicionados em geral, da sociedade e, ao fim e ao cabo, do ideal de paz social, com justiça material e segurança.

⁶³⁸ Ley de Enjuiciamiento Civil español (Ley nº 1/2000, de 7 de enero), Artículo 218, 1, 2 e 3: “*Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. (...) 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*”

Uma das expressões que, modernamente, se atribuem à garantia do acesso à justiça, é precisamente a de franquear às partes a possibilidade de fazerem valer, concretamente, suas próprias razões no processo. De modo que, em sua novel compreensão, o direito de ação não se exaure instantaneamente no ato formal de movimentar, através da distribuição da petição inicial da demanda, a máquina jurisdicional. Tanto o direito de ação, quanto o de defesa, com a energização do contraditório, consagram, é útil remarcar, qual vasos comunicantes, a dialeticidade processual, através de diálogo triangular: entre partes, entre partes e juiz e entre juiz e partes⁶³⁹. Soa trivial que a dialética é um dos traços que tatuam a estrutura do processo, o qual se funda na contraposição de, ao menos, duas posições fático-jurídicas. Daí se segue necessariamente que, nessa dimensão dialética e firme no valor igualdade, o juiz tem o dever de considerar todos os argumentos das partes, provas e contraprovas carreadas aos autos relevantes para o julgamento do conflito⁶⁴⁰. A motivação (*i. e.*, ato ou ação de motivar, de justificar, de esclarecer os motivos) há de ser clara, precisa, específica e consonar com a causa de pedir exposta na petição inicial da demanda judicial. Nesse cenário, afirmações genéricas, formalmente lançadas pelo juiz, que em nada respondem aos porquês, antes, não raro, encerram petição de princípio⁶⁴¹, desmerem guarida. Nessa perspectiva, o legislador brasileiro no Projeto de Código de Processo Civil, em seu art. 499, § 1º, inciso III, impôs ao juiz o dever de, na motivação, individualizar a demanda judicial, bem como analisar suas peculiaridades, no escopo de conferir autenticidade aos decisórios e às fundamentações. Não

⁶³⁹ CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: CAPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 678-690, esp. p. 679: “*Dunque nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrosciarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attacchi e di contrattacchi. Per questo è stato rassomigliato a una scherma o a una gara sportiva; ma è una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti. In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la dialetticità: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all’iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all’acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudice e della controparte.*” (Grifos no original).

⁶⁴⁰ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione, op. cit., p. 165: “*Se si rivolge l’attenzione alla funzione che può essere assegnata al processo, visto come strumento finalizzato alla decisione, si può dire che il processo serve a preparare la decisione finale. Come si è appena accennato, la dialettica processuale non è un gioco sterile e circolare di storie contrapposte, ma un metodo attraverso il quale si assicura da un lato che tutti gli interessati possano far valere le loro ragioni, ma dall’altro lato si tende a far sì che emergano gli elementi sui quali dovrà fondarsi la decisione finale.*”

⁶⁴¹ KANT, Immanuel. **Lógica**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009. p. 128: “§ 92 *Petitio principii – Circulus in probando*. Entende-se por *petition principii* a admissão de uma proposição para fundamento comprovativo de uma proposição imediatamente certa, embora ela, por seu turno, ainda careça de prova. E incorre-se em *circulo na demonstração*, quando se estabelece como fundamento da sua própria prova a proposição que se queria provar. Anotação. Muitas vezes, é difícil descobrir o círculo na demonstração, e este erro é, em geral, mais frequente onde as provas são difíceis.”

se pode compactuar com motivos que se ofereceriam a justificar qualquer decisão nos próprios autos do processo ou em autos diversos. O instrumento de controle sobre a legitimidade da decisão estaria, em casos tais, descontrolado de si mesmo. Não se concebe como possa o juiz, no Estado Constitucional Democrático de Direito, justificar sua decisão, sem expor razões características, peculiares ao caso concreto, nem a pertinência lógico-jurídica entre o caso concreto, os enunciados da motivação e a conclusão final do *decisum*, salvo enredando-se pelo terreno movediço da tautologia.

É oportuno examinar de perto (conquanto o quadro não mude de figura e, de regra, o contraditório prévio dos sujeitos do processo continue a ser também impositivo) as questões de ordem pública cognoscíveis de ofício pelo órgão judicante. Antes de decidir sobre tais questões releváveis *ex officio*, o juiz tem o dever de proporcionar o contraditório às partes, não apenas em razão da garantia do direito de defesa, senão que em homenagem ao princípio da colaboração entre partes e juiz, a traduzir a nova concepção do processo como *actus trium personarum*.⁶⁴² Há, contudo, mais. Os princípios da boa-fé processual⁶⁴³, da cooperação⁶⁴⁴, da segurança jurídica, da confiança, aos quais, além das partes, também está submetido o Estado-juiz, impõe-lhe o dever de instaurar contraditório prévio de questões de ordem pública cognoscíveis *ex officio* (chamadas decisões da “terceira via”, como seja alicerçada em questão objeto de cognição por autônomo empreendimento do juiz).

A boa-fé há de nortear todos os envolvidos no diálogo judicial, uma vez que, apenas através dela, pode-se chegar a uma solução justa do conflito. Entrementes, a sentença “a surpresa” não decorre apenas de questões releváveis de ofício; antes, ao contrário, pode derivar de múltiplas circunstâncias, as quais são infensas a caracterizar uma genuína questão. Tome-se, como exemplo, o problema do *iura novit curia*, em que o juiz emprega como critério jurídico da decisão uma norma forasteira às ponderações das partes, ou uma interpretação da norma sobre que as partes sequer ventilaram, ou, ainda, atribui à espécie *nomen iuris* distinto daquele que elas deduziram. Nestas hipóteses (as quais tecnicamente não configuram questão, como quando faltar controvérsia)⁶⁴⁵, a densificação do fundamento

⁶⁴² *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei* (Búlgaro).

⁶⁴³ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

⁶⁴⁴ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 8º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, com efetividade e em tempo razoável, a justa solução do mérito.”

⁶⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1959. p. 36: “*En cuanto la razón, ya sea de la pretensión o de la contestación, sea dudosa, surge una cuestión, la cual, por tanto, es la*

jurídico utilizado pelo juiz em sua decisão escorrega do raio de prévio contraditório das partes, com ostensiva violação do direito de defesa no que tange ao “real” supedâneo jurídico da decisão⁶⁴⁶.

Essa é uma das questões fundamentais que se têm de enfrentar: fique claro que, longe de caracterizar formalismo garantístico, ao juiz, aqui, falece faculdade discricionária; antes, não pode utilizá-las pela primeira vez na motivação de sua decisão, sem anteriormente havê-las submetido ao debate das partes. O juiz não pode colher de surpresa as partes, na motivação da sentença, com argumento (de fato e/ou de direito), haurido de trás do espelho do processo, cuja visão e esquadramento não lhes proporcionou através do prévio e pleno contraditório⁶⁴⁷. Bem vistas as coisas, o Estado-juiz, quando utiliza fundamento inesperado, repentino, na motivação da sentença, a par de violar o contraditório e a ampla defesa, vulnera também, por desrespeitar a boa-fé e as expectativas legítimas que o devido processo legal gera nas partes, o princípio da proteção da confiança, numa dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica, de cariz constitucional, por dimanar do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Um dos maiores flagelos da jurisdição evidencia-se nas assim chamadas sentenças “a surpresa” ou “da terceira via”, cuja concretização decorre da formulação de decisão fundada em questão utilizada em primeira mão pelo juiz (*ius novum*), sem prévia ativação do contraditório, por não a ter submetido à discussão das partes⁶⁴⁸. Tal questão foi relevada pelo

duda acerca de una razón. Puesto que la decisión de la litis se obtiene resolviendo las cuestiones, las cuestiones resueltas son luego razones de la decisión: las razones (de la pretensión o de la contestación) pasan a ser cuestiones (del proceso), y éstas se resuelven en razones (de la decisión)."

⁶⁴⁶ TARUFFO, Michele. Introduzione: le ultime riforme della giustizia civile. In: _____. **Il processo civile riformato**. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p 12: “*Il dubbio nasce però dal fatto che la decisione a sorpresa non si verifica soltanto quando il giudice decide in sentenza una questione rilevabile d’ufficio, ma anche in una varietà di altre situazioni in cui - tuttavia - non è configurabile una vera e propria questione. Basti pensare ai molti casi in cui il giudice, in base al principio iura novit curia, utilizza come criterio giuridico di decisione una norma alla quale le parti non hanno fatto riferimento, o una interpretazione della norma che non è stata oggetto di argomentazioni delle parti, oppure attribuisce alla fattispecie oggetto del processo un nomen iuris diverso da quello che le parti - magari concordemente - hanno indicato. Pare evidente che in situazioni come queste la individuazione del fondamento giuridico della decisione da parte del giudice sfugge al contraddittorio delle parti, con una sostanziale violazione del loro diritto di difendersi preventivamente intorno a quella che sarà la ‘vera’ base giuridica della decisione stessa.*”

⁶⁴⁷ Sobre a necessidade de prévio contraditório entre as partes para a adoção de questões de direito não encartadas na petição inicial, mesmo as de ordem pública, vejam-se, na doutrina francesa: CONTE, Philippe; LARGUIER, Jean. **Procédure civile** – Droit judiciaire prive. 17. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 86: “*S’il soulève d’office un moyen même de droit, ou mélangé de droit, même d’ordre public, il doit au préalable inviter les parties à présenter leurs observations.*”

⁶⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro: Uma apresentação. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 5: “(...) de outro, na proibição, para o órgão judicial, de

juiz, de inopino, apenas no momento de expor as razões justificativas expressas na motivação da sentença. Houve mudança do *thema decidendum* e *probandum*. Não se cogita, na espécie vertente, de mero ilícito deontológico, que se resolveria no plano puramente disciplinar da estrutura judiciária, mas de patente nulidade da decisão, como garantia impostergável do verdadeiro significado do contraditório, o qual não pode ser escrutinado sob o pálio do “fato consumado”, por ângulo visual posterior à decisão, ou de sua injustiça. O escorreito desenvolvimento do procedimento, com a aplicação, de regra, do contraditório *ex ante*, é premissa essencial para que a decisão possa ostentar o timbre de justa. Não por nada, a garantia fundamental do direito de defesa interdita a possibilidade de o conflito vir a ser, de forma hígida e escorreita, decidido com argumentos diversos daqueles debatidos, em contraditório, pelas partes, pois que elas têm o direito de influir concreta e eficazmente na formação da convicção do juiz. Contudo, à luz do princípio da unidade da prova o documento é infenso ao fracionamento, i. e., não se afigura jurídico a parte invocar cláusula do contrato que lhe favoreça e repudiá-la no ponto que lhe é desfavorável⁶⁴⁹.

No intuito de evitar-se surpresa judicial, a dogmática processual estrangeira, na perspectiva do contraditório, do direito de defesa, da colaboração, da cooperação, da segurança jurídica, da confiança, estabelece igualmente a prévia audiência bilateral das partes nas questões releváveis de ofício. Cumpre notar-se, em perspectiva comparatística⁶⁵⁰, que a vedação de sentença “a surpresa” é consagrada no Código de Processo Civil italiano no art. 183 § 2.⁶⁵¹ (cuja origem distante é o projeto de reforma de Chiovenda)⁶⁵² e, depois da reforma

determinar providências sem delas dar ciência às partes e de fundar a decisão em fatos ou provas a cujo respeito aquelas não hajam tido a oportunidade de manifestar-se.”

⁶⁴⁹ BRUGI, Biagio. Motiva della sentenza e argomenti delle parti in causa. **Rivista del Diritto Commerciale**, Milano, 15 (2), p. 377-380, 1917, esp. p. 379: “*Nè d'altronde chi presenta un documento al giudice può pretendere che questi limiti il suo esame ad una o ad alcune clausole soltanto, poichè a nessuno è licito d'invocare un atto per la parte che gli è favorevole e ripudiarlo, per la parte che gli è contraria.*”

⁶⁵⁰ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 10: “O órgão jurisdicional não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

⁶⁵¹ Cujá dicção original é a seguinte: “*Il giudice richiede alle parti gli schiarimenti necessari e indica loro le questioni rilevabili d'ufficio, delle quali ritiene opportuna la trattazione.*” Este artigo foi substituído pela Lei nº 353/90 com a seguinte redação: “*Il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione.*”

⁶⁵² DENTI, Vittorio. *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 23, p. 217-231, 1968, esp., p. 230, noticia que o art. 31 do projeto de reforma do mestre Chiovenda (inspirado nas normas dos códigos processuais alemão e austríaco), na seção dedicada aos poderes da autoridade judiciária, estabelecia o dever do juiz “*in ogni stato della causa*” de chamar “*l'attenzione delle parti sui punti che devono essere esaminati d'ufficio.*” No mesmo projeto chiovendiano, em seu art. 183, há previsão de

patrocinada pela Lei 69, de 18.06.2009, no § 2 do art. 101. Na mesma direção: § 139 da ZPO alemã (*Zivilprozessordnung*); § 182 da ZPO austríaca; com uma parcial atuação desta regra o art. 171 do Code de Procédure Civile francês, sobre declaração de incompetência de ofício, art. 172, no tocante ao pronunciamento da litispendência e da conexão, e, agora como regra geral, os arts. 16 (com reconstruída dicção) e 82. Anote-se, ainda na mesma linha, o Código de processo civil português, arts. 3., 3 e 207⁶⁵³, e os *Principles of Transnational Civil Procedure*, especialmente o princípio n. 22.

Não por outra razão se fincam vinculação e limitação aos poderes decisórios do órgão judicante, *ex vi* do imprescindível e antecedente debate, mediante contraditório entre as partes, sobre questões (de direito e/ou de fato) releváveis de ofício, ou não, que o juiz pretenda empregar como baldrame de sua decisão.

Sob outro prisma, coloca-se, não raro, maior relevo nas razões justificativas apontadas na motivação, como ambiente que concretamente possibilita a constatação da observância de todas as demais garantias constitucionais do processo, do que no solitário dispositivo do julgado. Emerge, com clareza solar, que, nessa perspectiva, o dever de motivação é o mais poderoso instrumento de racionalização do sistema de administração da justiça. Dois exemplos são suficientes para ilustrar o raciocínio: no sistema da *common law*, a importância singularíssima da *ratio decidendi* (onde se encontram os motivos determinantes da decisão judicial, a saber, a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto), no regime de eficácia de precedente judicial vinculativo; e, no sistema da *civil law*, as razões de decidir (teses jurídicas) no aprimoramento e na uniformização da jurisprudência, preservando-se, no campo da similitude fática, o valor igualdade na aplicação da lei e do direito e a segurança jurídica. Nessa lâmina, não se pode abstrair empiricamente do agudo problema do enfraquecimento da lei e do fortalecimento da jurisprudência⁶⁵⁴, máxime da emanada das

discussão, maneira de tratar (“*trattazione*”), quando o juiz pensa num dos motivos de exceção que deva relevar *ex officio*.

⁶⁵³ Novo Código de Processo Civil português (Lei n° 41 de 26/06/2013), art. 3°, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.” Ainda, art. 201: “A arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade.”

⁶⁵⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, n. 10, p. 157-216, jul./dic. 2008, esp. p. 175: “*La doctrina del precedente y los límites de su vinculación son fundamentalmente temas que deben analizarse a partir de la teoría del derecho. La tesis acogida por el TC, aunque sin citarla y mucho menos fundamentarla, como ya se expresó, parecería ser que la Jurisprudencia ha pasado a ser una fuente primaria en el derecho peruano y, em consecuencia, tanto o más importante que la ley. Antes de continuar y en la hipótesis de que lo expresado*

Cortes Superiores, circunstância que, como resulta evidente, exige do órgão judicante maior esforço argumentativo nas razões justificativas alocadas à base dos julgados. Inobstante, o exame do valor do precedente judicial relaciona-se, tradicionalmente, com a reflexão sobre a igualdade na aplicação da lei⁶⁵⁵.

Na moldura do Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder estatal, o agente político exercente de suas funções, já agora no campo da legitimidade, há de aos quatro pontos cardeais prestar contas de seus atos, da própria atuação, ofertar publicamente as razões norteadoras de suas atividades⁶⁵⁶. Sem que isso implique em fratura da independência e da imparcialidade, como condições essenciais da atividade judicante, o juiz, no exercício do poder estatal jurisdicional, cuja delegação recebeu do povo, está incondicionalmente submetido à exigência de revelar expressamente à sua fonte as razões utilizadas para a solução da causa em determinado sentido, quer em relação ao accertamento dos fatos jurídicos relevantes, quer no tocante às questões de direito e à sua interpretação, através de justificação, necessariamente dotada de estrutura racional, dos critérios de escolha ou de valoração que foram utilizados, isto é, da motivação para a resolução do conflito. Tais razões, critérios de escolha e opções experimentam duas limitações hercúleas: a do conjunto probatório existente nos autos e a dos enunciados jurídico-normativos. Ademais, os processos lógicos não de ser válidos e aceitáveis pela sociedade, além de críveis ao cidadão⁶⁵⁷ comum do povo, mediante critério de mediania⁶⁵⁸, no marco de uma determinada cultura jurídica. À semelhança de Jano - um dos mais antigos deuses do panteão romano -, o dever de motivação representa dois rostos: um, com a expressão do postulado de justificação para todas as funções do poder

fuera cierto, ¿el TC puede cambiar el sistema de fuentes del ordenamento jurídico peruano? ¿alguien puede tener duda de la gravedad que significaría aceptar una respuesta afirmativa?"

⁶⁵⁵ ASÍ ROIG, Rafael de. Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial. **DOXA**, Alicante, 15-16, p. 913-928, 1994, esp. p. 923.

⁶⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. La motivation des décisions de justice, essai de synthèse. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 415-426, esp. p. 422: "*Détenteur d'un pouvoir, dans un régime démocratique, le juge doit rendre compte de la manière dont il en use par la motivation.*"

⁶⁵⁷ A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 1º, inciso II, ao proclamar a cidadania como um dos fundamentos da República, autoriza a inteligência de que, nela, descansa, ao menos implicitamente, um dos justificadores do dever de motivação *lato sensu*.

⁶⁵⁸ RIVALTA, Maria. **La motivazione degli atti amministrativi**: in relazione al pubblico e privato interesse. Milano: Giuffrè, 1960. p. 176: "*I mezzi logici, con i quali viene espressa la motivazione, debbono rispondere ad un criterio di medietà; essa in altri termini può e deve venire sindacata da qualunque persona di criterio medio. Solo così essa può rispondere al suo fine teorico e pratico di potere essere sindacata sia dal giudice che dal cittadino.*"

público, que é a quintessência do Estado Constitucional Democrático de Direito; outro, com a fisionomia de garantia de defesa para o jurisdicionado.

Tem-se em mira, em qualquer caso, o controle *ex post* do processo de formação da convicção do juiz. Intenta-se examinar, com lentes racionais, as premissas adequadas que sustentaram a conclusão final. No contexto argumentativo, implicando determinadas estruturas lógicas, o que se exige é uma justificação racional do resultado da atividade judicial consubstanciada na sentença. É o reino dos porquês: o juiz deve explicar por que os fatos relevantes da causa foram delineados de um jeito; por que entendeu que era aplicável determinado preceito legal; por que lhe abonou uma interpretação, dentre outras potencialmente válidas⁶⁵⁹. É dizer, ressoa do raciocínio do juiz um conjunto estruturado de avaliações de cunho axiológico e escolhas discricionárias entre possibilidades de idêntica validade. Muito para asserir que não há um arquétipo homogêneo e unívoco de raciocínio judicial; antes, ao revés, desvela uma dimensão complexa e qualitativamente heterogênea.

Na realidade, é mais sensato pensar que os modelos (silogístico, tópico, retórico) não são estanques, mas, por talento eclético, interagem entre si, com recíprocas implicações teóricas e práticas. Não há, por dizê-lo assim, modelo quimicamente puro, o qual se possa ancorar em uma homogeneidade real. O passo à frente é placitar, à guisa de referencial teórico, uma espécie de sincretismo: o padrão silogístico (lógico-dedutivo) experimenta infiltrações de elementos sutis e imperceptíveis, não lógicos ou não dedutivos, que permeiam o raciocínio do juiz, ao passo que, no modelo retórico, não se pode proscrever a cognoscitividade, porquanto necessariamente o juiz obra com instrumentos lógicos. Assim também, quando o método tópico adota o arsenal de inferências logra aproximar-se intimamente ao rigorismo da justificação lógica. Conducente asseverar que, como sistema aberto de inter-relação de componentes, a estrutura sincrética do raciocínio do juízo e da motivação é palmar e entra pelos olhos.

A motivação da sentença, enquanto discurso justificativo da função jurisdicional, sob o prisma teórico, está anos-luz de distância de seu sentido exclusivamente técnico-processual. O elo pragmático-proficuo entre decisão e impugnação muito serve à explicação (moral, ética, jurídica), sem, no entanto, bastar-lhe. Antes, semelhante cariz põe em manifesto uma visão de

⁶⁵⁹ BARRAGÁN, Julia. La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. **DOXA**, Alicante, n. 8, p. 72-73, 1990: “*El campo jurídico en el que el primer marco tiene especial sentido es el de la interpretación de una norma en el contexto global del sistema. En este entorno la posibilidad de una respuesta correcta única es remota, sino inexistente, ya que el sistema de normas no es un sistema axiomatizado sino natural y en consecuencia cada intérprete puede (sin violentar el sistema) apelar a premisas diferentes de las utilizadas por el outro interprete. Lo que naturalmente producirá conclusiones diversas. Sin embargo, tales conclusiones pueden ser ambas coherentes respecto de su cuerpo de premisas.*”

túnel, restrita, insuficiente e insatisfatória do problema, na qual a imprescindibilidade de motivação, referenciada ao funcionamento do processo, ostenta a finalidade de propiciar à parte, por assim conhecer os motivos da decisão, discernir melhores horizontes de desenvolvimento dos fundamentos de impugnação. À sua vez, em uma ambiência de estrutura burocrática de sobreposição de órgãos jurisdicionais, centralizada, em nível de verticalização de controle, ao juiz revisor se exhibe a base técnica sobre a qual se apoia a decisão, o qual pode verificar a ocorrência de *error in procedendo* (erro de atividade) e de *error in iudicando* (erro de juízo) ou vícios que possam macular a justiça ou a legalidade da decisão⁶⁶⁰, vale dizer, o tribunal pode formular melhor sua decisão, a partir dos fundamentos adotados pela sentença impugnada⁶⁶¹. Mesmo decisões finais, proferidas por Corte Suprema, em último grau ou única instância, conquanto não suscetíveis de impugnação e revisão, devem ser necessariamente motivadas e formalmente justificadas, com a apresentação pública das razões de decidir.

Nesse teor de ideias, em sua moderna concepção, com tipo sanguíneo compatível com a performance de racionalização do sistema, a motivação-justificação, o que é mais, escorrega de seu aspecto técnico-processual para o referencial teórico de nota essencial tanto de organização quanto de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Uma das funções da motivação, precisamente, está em servir de termômetro de aferição do grau de eficácia do desempenho, no caso concreto, da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva.

Nessa moldura, o poder é limitado pela soberania popular, pelos direitos fundamentais, pela constituição, pela lei, pelo direito. A sentença flui de um poder público. A motivação exhibe o condão de confinar ou de limitar o exercício da jurisdição estatal (ou privada, como quando na arbitragem, seja de direito, seja de equidade, cuja sentença também está submetida

⁶⁶⁰ SANTAGELI, Fabio. La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Italia. **Diritto & Diritti**. Direttore: Francesco Brugaletta. Disponível em: <<http://tagliariti.diritto.it/docs/33691-la-motivazione-della-sentenza-civile-su-richiesta-e-i-recenti-tentativi-di-introduzione-dell-istituto-della-motivazione-breve-in-italia>>. Acesso em: ago. 2013. p. 1-52, esp. p. 35: "*Ancora, la necessità della successiva stesura della motivazione estesa, quale condizione imprescindibile per l'accesso all'impugnazione, consente altresì al giudice del gravame di poter disporre di una motivazione di primo grado esaustiva che valga da ausilio a rendere, almeno potenzialmente, una migliore decisione di secondo grado.*"

⁶⁶¹ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: Un tratado sobre justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29: "*Ante todo, el apelante puede esperar recibir información suficiente acerca de los argumentos jurídicos que fueron considerados como relevantes para la cuestión. Sólo si tal es el caso, tendrá la posibilidad de presentar elementos que hubieran influido en la dirección opuesta. A su vez, la autoridad ante la cual se presenta la apelación puede cumplir con su papel de supervisión sólo si, por así decirlo, se trata de un diálogo entre decisores.*"

ao mandatório de motivação⁶⁶²). Duas inseparáveis faces de uma mesma medalha, a motivação consente (i) forte anteparo contra o arbítrio, o abuso de autoridade e a parcialidade judiciais, e (ii) moleculização argumentativa, a apregoar um fator de legitimação do exercício da jurisdição, principalmente em sistemas jurídicos, como o brasileiro, nos quais juízes de primeiro grau de jurisdição são profissionais (investidura técnica), escolhidos pelo sistema de concurso público de provas e títulos. De resto, não eleitos pelo povo.

A concorrência e a consistência lógico-argumentativa da justificação - no escopo de supedanear os múltiplos enunciados de fato e de direito, com pluralidade de razões de decidir (*rationes decidendi*) e, eventualmente, com mais de um fundamento suficiente, embora não se possa identificar qual deles fora a causa determinante da decisão, além de argumentos reforçativos de cunho retórico-persuasivo (*obiter dicta*), radicados na motivação - são

⁶⁶² A Lei federal brasileira n. 9.307, de 23.09.1996, em seus arts. 2º e 26, II, estabelece: “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.” e “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;” Feita abstração da impropriedade terminológica contida no *caput* deste último dispositivo (“requisitos”, ao invés de “elementos”, que se definem como “cada parte de um todo”), oportuno destacar que o julgamento por equidade, já por sua própria natureza, não é julgamento desprovido de fundamentação. Além disso, este último preceito exige a indicação de ter havido julgamento por equidade em *adição* à resolução das questões relevantes à lide, e não em substituição àquela resolução. Ainda que se reduza o conjunto de questões relevantes no caso da equidade, algo da matéria prejudicial permanece, sob pena de não se poder sequer falar em julgamento. Confira-se, no ponto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estrutura da sentença arbitral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, jul./set. 2002. p. 9-17, esp. p. 11: “Na parte final do art. 26, nº II, preceitua a Lei nº 9.307 que se mencione “expressamente se os árbitros julgaram por equidade”. A cláusula é útil, antes de mais nada, para deixar certo que a circunstância de julgar-se por equidade não dispensa a exposição dos motivos que sustentam a conclusão da sentença. O direito espanhol limita a obrigatoriedade da motivação aos casos em que “*los árbitros decidan la cuestión litigiosa con sujeción a Derecho*” (Lei nº 36/1988, de 5-12-1988, art. 32, nº 2). O legislador brasileiro optou, corretamente, por estendê-la às hipóteses de julgamento por equidade. Recorde-se que o juiz estatal, nos casos previstos em lei, em que decida por equidade (Código de Processo Civil, art. 127), nem por isso ficará dispensado de motivar sua decisão, hoje até por imposição constitucional (Carta da República, art. 93, nº IX)”. Vale notar que o direito espanhol (citado pelo mestre Barbosa Moreira), posteriormente, deu uma guinada de 180º, ou seja, a Lei nº 60/2003, de 23.12.2003, em seu art. 37.4, exige a motivação do laudo arbitral, com a eliminação da locução “*con sujeción a Derecho*” da lei anterior, de sorte que exige a motivação de todos os laudos arbitrais, incluindo os de equidade. Vide, ao propósito, PAULA CONCA, Javier Prieto de. **La equidad y los juicios de equidad**. Madrid: Difusión Jurídica, 2010. p. 132: “*Esta ley acierta exigiendo motivación al laudo de equidad. Uno de los muchos argumentos que apoyan esta necesidad de motivación es el hecho de que la norma positiva a la que puede no atender la resolución de equidad es solo la norma substantiva; aquella que soluciona el fondo del asunto en un juicio de derecho. Ello no quiere decir, sin embargo, que en un procedimiento de equidad no haya pronunciamientos lógicos acerca de normas instrumentales, concretamente de aquellas que determinan la facultad del juez para pronunciarse en equidad, cuestión vinculada al juicio preliminar de derecho de un procedimiento de equidad. De modo que –volviendo al problema que nos perturba a lo largo de todo este estudio– en una resolución de equidad siempre hay una parte, aunque solo sea formal y previa, que sí atiende a normas preexistentes, a normas de derecho positivo, y que bajo ningún concepto pueden estas dejar de ser explicadas o motivadas. No pudiéndose obviar la motivación de tales razones (jurídicas en este caso, y no puestas en duda), sería ilógico constreñir la motivación de la resolución solo a ellas.*” Sobre a homologação, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira desmotivada, em especial em relação à sua (in)compatibilidade com a ordem pública nacional, vide MATEOS, Antonio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 30, p. 61-100, jul./set. 2011.

salientes não só como discurso justificativo das conclusões (parciais e final) da sentença, mas também como atestação de que, em sua elaboração, o juiz, atento aos princípios de independência e de sujeição à lei (ou melhor: juridicidade), apreciou, sob o prisma horizontal, todas as alegações relevantes deduzidas pelas partes e avaliou, pormenorizadamente, as provas e contraprovas produzidas nos autos⁶⁶³, respeitando, assim, a garantia do contraditório, conectada ao direito de defesa e como expressão do princípio político da participação democrática das partes no processo judicial.

Cabe advertir que a legitimidade do poder público está atrelada ao resultado de uma vontade racional, que, sob o holofote do postulado da razoabilidade, respalde seu legítimo exercício, consideradas as circunstâncias fáticas que o envolvem. Não é bastante que o juiz aponte as razões que influíram em sua convicção intelectual; mister se faz que, em reverência ao primado da tutela jurisdicional efetiva, o discurso justificador exteriorize critérios de julgamento objetivos, com tintas de aceitabilidade geral no seio da sociedade em determinada quadra histórica (v. g., máximas de experiência sufragadas pelo discernimento trivial da vida social). A motivação, no plano processual, cumpre o papel de assegurar a efetividade da cognição judicial (e, portanto, potencializar a efetividade prática dos julgados), através da análise concreta das questões de fato e de direito agitadas no processo, integrantes do *thema decidendum* e *probandum*, em cuja operação complexa o juiz fixa as bases lógicas da conclusão final⁶⁶⁴. O simples desejo, o mero capricho, o pueril bel-prazer e a ingênua voluntariedade, distantes da razão, estão mais próximos de comportamento arbitrário e de conduta autoritária.

Caso ao juiz fosse oferecido o ensejo de guardar silêncio sobre as razões lógico-jurídicas que o levaram a solucionar a causa em determinado sentido, acolhendo ou rejeitando o pedido deduzido na petição inicial da demanda judicial (ou em reconvenção ou pedido contraposto); caso ao juiz fosse dado azo de silenciar sobre os critérios utilizados para encontrar a solução da causa; caso ao juiz fosse aberta a faculdade de calar acerca da

⁶⁶³ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, § 1º, inciso IV, estabelece: “art. 499 – *omissis*. § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Este dispositivo, no fito de permitir o efetivo exaurimento da prestação jurisdicional, é o que ensejará, estreme de dúvida, maior impacto no problema da motivação das decisões judiciais, máxime porque, atualmente, se consolidou o (errôneo) entendimento pretoriano de que o juiz não está obrigado a analisar, analiticamente, todos os argumentos fáticos-jurídicos aportados pelas partes ou por terceiro interveniente, desde que os fundamentos utilizados pelo órgão julgador tenham sido suficientes para embasar a decisão.

⁶⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. p. 510.

justificação de suas pautas e critérios de escolha ou de valoração (diversos no *context of discovery* e no *context of justification*)⁶⁶⁵, o processo civil oscilaria desgraçadamente entre dois extremos, ambos tenebrosos: numa ponta, o arbítrio, a massacrar o valor igualdade e a abrir a porta da parcialidade, e, noutra, a institucionalização do método decisório do juiz Bridoye - escatologicamente idealizado por François Rabelais -, o qual sentenciava nos processos pela sorte nos dados: *alea judiciorum*... Toda decisão implica escolha, embora nem todas decisões, como aquelas ligadas ao lançamento de dados ou caracterizada por imprevisibilidade radical ditada pela influência das estrelas (*habent sua sidera lites*), implique ou pressuponha também juízo⁶⁶⁶.

Nesse diapasão, a motivação reclama reconfiguração teórica. Além de pensar-se a igualdade (moral e jurídica) como o referencial teórico justificador da motivação justificada, sua nova teorização está alicerçada na peculiar dimensão de consubstanciar elemento estruturante do Estado Constitucional Democrático de Direito. O passo à frente é pensar a motivação como componente de organização do Estado Constitucional Democrático de Direito. No que toca ao Estado Constitucional, a exigência de motivação, notadamente da sentença, constitui, no momento de hodierno, postulado consagrado com dignidade constitucional em inúmeros sistemas jurídicos,⁶⁶⁷ como condição de jurisdicionalidade dos pronunciamentos judiciais de caráter decisório. A motivação, por imperativo do valor

⁶⁶⁵ O problema atinente aos dois contextos distintos e da cisão do conceito de racionalidade, que neles se opera, ou seja, do procedimento de decisão e de aptidão do juiz de exibir a escolha, abstraindo-se de sua intrínseca correção, é objeto do Capítulo Oitavo *infra*.

⁶⁶⁶ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. p. 168, 175: “*Per altro verso, si può dire che vale la pena di costruire un giudizio-processo che abbia tutte le necessarie caratteristiche di una dialettica “garantita” delle parti (con tutte le complicazioni, le regole ed anche i formalismi che ciò comporta), e che si svolga in modo da preparare la decisione nel migliore dei modi, se si parte dal presupposto che la decisione debba esser presa sulla base di giudizi razionalmente fondati, invece che secondo l’esito del lancio dei dadi o semplicemente ratificando la vittoria del più forte. Per formulare decisioni “senza giudizio”, infatti, non occorre celebrare complicati processi né sbandierare garanzie destinate ad essere eluse o a funzionare in vacuo salvo che di processo e di garanzie si parli solo a fini di legittimazione formale di ciò che comunque viene deciso, o di mascheramento retorico dell’esercizio brutale del potere. In sostanza, vale la pena di disciplinare e mettere in atto un giudizio-processo solo se si vuole avere una decisione fondata su giudizi.*”

⁶⁶⁷ Confirmam-se algumas amostras: Constituição Federal brasileira de 1988, art. 93, IX; Constituição italiana de 1947, art. 111, § 6; Constituição espanhola de 1978, art. 120, 3; Constituição portuguesa de 1976, com a reforma de 1982, art. 205, 1; Constituição belga de 1994, art. 149; Constituição grega de 1975, art. 93, 3; Constituição mexicana de 1917, art. 16, 1; Constituição costarriquenha de 1949, art. 24, 2; Constituição peruana de 1993, art. 139, 5; Constituição equatoriana de 2008, art. 76, 7, alínea “I”. Não se pode deixar de assinalar o caso da Colômbia, por ter percorrido itinerário inverso: sua Constituição de 1991 não prevê a exigência de motivação das decisões judiciais, ao passo que sua Constituição anterior de 1886, no art. 161 (atual art. 163), com a redação dada pelo Acto legislativo nº 1, febrero 16, 1945, art. 67, fixava expressamente o preceito essencial da necessidade de que toda decisão judicial fosse motivada.

supremo de igualdade universal, é um traço incedível da jurisdição moderna. Traduz, nessa perspectiva, e sob boa luz, instrumento essencial de deferência e proteção às liberdades públicas.

Com a constitucionalização desse dever jurídico atribuído ao juiz, os jurisdicionados em especial passaram a fruir de tutela processual efetiva expressivamente mais intensa. No que concerne ao Estado Democrático, a exigência de motivação permite aferir, no caso concreto, o princípio político da participação democrática e o diálogo judicial, operacionalizados pela garantia do contraditório das partes, em cuja dimensão o juiz também se insere, como penhor de humanização do processo. No que tange ao Estado de Direito, como o juiz está vinculado à lei e ao direito, a motivação há de mover-se dentro deste perímetro. A motivação, assim apreendida, é naturalmente mais do que garantia inerente ao funcionamento Estado Constitucional Democrático de Direito, pois, intrinsecamente, é, antes, um de seus elementos organizativos. De sorte que, em sua releitura teórica, é, a um só tempo, fundamento (elemento de organização), medida (elemento de funcionamento) e finalidade (tutela jurisdicional efetiva, équa e justa) do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse quadro, parece bem posicionar a motivação como garantia fundamental aos jurisdicionados *in specie* e à sociedade *in genere*. Com dupla feição garantística, a motivação da decisão judicial, como é intuitivo, erige-se em forte percalço ao poder do juiz. Em semelhante perspectiva estruturante, bem longe de refletir mero componente formal da sentença, a motivação substancialmente é o ambiente de realização plena, de verificação *in concreto* e de derradeira manifestação de todas as demais garantias constitucionais do processo civil, aferindo-se a plena e real atuação⁶⁶⁸, tais como: acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade material de tratamento das partes, juiz natural, independência e imparcialidade, contraditório e ampla defesa, inadmissibilidade de utilização de provas obtidas ilicitamente, publicidade, devido processo legal. Por assim ser, não se afigura suficiente que, sob o prisma institucional, o juiz seja independente, tampouco que *in abstracto* seja imparcial. A motivação da sentença, na singularidade de cada caso concreto, em um clima de impessoalidade, é o único meio seguro para diagnosticar-se, de verdade, a

⁶⁶⁸ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-49, esp. p. 42: “*Le ragioni che si sono appena sinteticamente accenate portano ad individuare la fondazione autonoma dell'obbligo costituzionale di motivazione. Bisogna tuttavia considerare che esso non si pone da solo, ma si inserisce organicamente nel contesto delle garanzie fondamentali dell'amministrazione della giustizia. Da questo punto di vista, esso assume un rilievo e un significato ulteriore, in quanto la motivazione della sentenza si configura come strumento indispensabile di controllo sull'attuazione effettiva delle altre garanzie concernenti l'esercizio della giurisdizione.*”

invulnerabilidade da imparcialidade. Noutro dizer, a fim de que o juiz possa demonstrar, *in concreto*, a sua imparcialidade, abstratamente garantida, a sentença há de ser obrigatoriamente motivada. É indispensável, ao menos nesta sede, que o abstrato tenha eco no concreto.

Em outras palavras, a motivação da sentença, no caso concreto, abona todas as demais garantias fundamentais do processo civil, no unívoco sentido de permitir, com elevado coeficiente de certeza, a verificação de atendibilidade, vale dizer, de efetivo respeito a todas as demais garantias fundamentais do processo. A motivação, por assim dizer, há de ser, no plano teórico, reconhecida como valor *garantia do garantismo processual*, como sói ser grau de efetividade prática das demais garantias essenciais do processo. Na nobreza do processo, é a rainha das garantias, na medida em que, por seu intermédio, se viabiliza o controle sobre o sucesso, na prática, das demais. O dever de motivar as decisões judiciais é, indubitavelmente, a maior conquista civilizatória do processo civil.

O Estado-juiz, como operador institucional da jurisdição estatal, insere-se naturalmente no espectro de impositiva justificação (material e formal). A revelação, pelo Estado-juiz, na motivação da sentença, das razões que lhe servem de supedâneo, tem por escopos primordiais, dentre outros, evidenciar se, no caso concreto, as garantias constitucionais do processo foram efetivamente reverenciadas pelo juiz, se os critérios de escolha ou de valoração que utilizou são sólidos, válidos e aceitáveis, se o *decisum* hospeda solução materialmente justa e, demais disso, se o primado da lei e do direito restaram afiançados, isto é, se, em seu viés objetivo, a jurisdição cumpriu, na realidade, o desígnio de preservação da integridade da ordem jurídica.

Para que a motivação, como método de exteriorização das razões de decidir, possa desincumbir-se satisfatoriamente das funções que lhe são inseparáveis (técnico-processuais, garantística, instrumento de controle sobre a atuação efetiva das demais garantias fundamentais do processo civil), não pode conteudisticamente se descurar de alguns componentes essenciais. O primeiro deles é a justificação adequada do juízo de direito, que seja compatível com as escolhas feitas pelo juiz, no contexto de uma multidão de opções admissíveis, relativamente à solução da *quaestio juris*. Com efeito, a justificação há de recair sobre a individuação da norma jurídica (ou conjunto normativo) afeiçoada ao *thema decidendum* do caso particular, como resultante de uma multiplicidade de escolhas entre diferentes hipóteses admissíveis, bem como a opção pela interpretação que suponha mais válida dentre outras tantas admissíveis. Justificar as implicações jurídicas decorrentes da aplicação das normas ao caso concreto significa dizer que a solução da questão de direito

(visceralmente imbricada com a singularização da matéria fática e sua qualificação jurídica) não se contenta, como é curial, com a singela indicação do preceito legal; antes, ao contrário, exige, sobretudo em relação aos juízos de valor, argumentação lógico-jurídica válida, aceitável e congruente com a espécie concreta em exame. Desse modo, a mera enunciação da norma não tem idoneidade para configurar justificação suficiente, nem aptidão para produzir, em cada caso, razões capazes de placitar determinada escolha. É motivação ilusória: parece, mas não é⁶⁶⁹. Será insuficiente que o juiz pura e simplesmente mencione a regra que solucione o caso particular. Implica dizer que se revelará indispensável que o órgão julgador ministre as razões que determinaram sua convicção em aplicar determinado dispositivo legal ao caso concreto.

De outra banda, a motivação da sentença, para que, de maneira satisfatória, possa desincumbir-se das funções que lhe tocam, há de conter, como elemento essencial, justificação adequada do juízo de fato. A ficção da “caixa fechada” da pureza do processo haverá de abrir-se à luz do sol da realidade social. Ao juiz cumpre conhecer as leis e o Direito (*iura novit curia*), mas, e sobretudo, é indispensável que, além disso, em conexão com a realidade prática, com transição de intertextualidade, conheça a sociedade na qual ele há de viver (*mores novit curia*). Fisiologicamente consequencial, a legalidade e a justiça material da sentença insinuam a correta reconstrução dos fatos jurídicos relevantes em juízo, em homenagem à função demonstrativa ou epistêmica da prova, como busca da verdade real, a fim de que o juiz possa formar convicção a mais rente possível à realidade fática subjacente à causa⁶⁷⁰. O equivocado ou arbitrário acerto dos fatos, distante da racionalidade, e, por isso mesmo, a errada solução dada à *quaestio juris*, acarretam, como é intuitivo, uma decisão injurídica e impiedosamente injusta. Nesta sede, como pressuposto indispensável de juridicidade e de justiça da decisão, e principalmente sob o pálio da regra técnica da livre convicção do juiz, impende-lhe expor e demonstrar as razões que, no contexto de uma constelação de escolhas críveis, o conduziram a escolher, como relevantes, determinados

⁶⁶⁹ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, § 1º, inciso I, estabelece que: “§ 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I - se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo;”

⁶⁷⁰ GAMBÀ, Cinzia. L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la “scommessa aperta” dell'ordinamento processuale. In: TARUFFO, Michele. **Il processo civile riformato**. Prima edizione. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p. 65-179, esp. p. 132-142. Na mesma rota, LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile: principi generali**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1. p. 6: “*Ciò significa che la tutela giurisdizionale deve partire dalla realtà sostanziale ed alla realtà sostanziale deve tornare.*”

elementos probatórios (fontes de prova), a valorar racionalmente a eficiência dos meios de prova empregados, bem como a correta, e racional, reconstrução dos fatos com base nas provas ensartadas nos autos. Então, a justificação do acerto dos fatos há de ser aceitável, à luz de critérios racionais, sólidos e válidos nas noções presentes na cultura média do tempo e do lugar em que o órgão julgante se encontra. Os critérios da decisão, compatíveis com o padrão de razoabilidade, não de manter fina sintonia com semelhante cultura e fidelíssimo pacto com os valores por ela placentados.

A justificação lógica do juízo de fato, posto que a motivação tem jaez substancial, a transcender o plano meramente formal, não se contenta com o singelo registro do juiz no sentido de que um fato é verdadeiro ou falso, nem a racionalidade cognitiva se satisfaz com inidônea e geral indicação às provas⁶⁷¹, qual curiosa técnica argumentativa e falácia de petição de princípio, como, por exemplo, na valoração arbitrária, desprovida de substância, por falta de indicação dos motivos pelos quais não ficou convencido: “a prova oral constante dos autos demonstra que o fato *x* ocorreu, ou que o fato *y* não ocorreu” ou, o que também nada diz, “a prova produzida pelo autor não é convincente.”⁶⁷² Tais referências são genéricas e desprovidas de conteúdo justificativo. Fica-se sem saber quais foram objetivamente as opções axiológicas que influenciaram a escolha das premissas fáticas, a que se afigura mais justa e correta ao juiz, consideradas para basear sua convicção. Como controlar racionalmente as implicações e a coerência entre os enunciados de fato? Melhor teria sido o silêncio, que o ruído do simulacro.

De conseguinte, a garantia fundamental da motivação impõe justificação, com argumentos racionais, juridicamente válidos, aceitáveis e congruentes, abrangendo horizontalmente juízo de direito e juízo de fato. Não colhe objetar que a motivação há de circunscrever-se ao juízo de direito, pois que, exemplificativamente na realidade brasileira, a cognição recursal dos Tribunais Superiores (v. g., Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça), salvo em sede de julgamento de recurso ordinário, está restrita às *quaestiones iuris*, e, bem por isso, é-lhes interdita a possibilidade de revolver matéria fática. Todavia, no tocante à ressalva, fruto da concepção do direito como uma prescrição normativa, é de alvitrar-se, *de iure condendo*, necessária revisão desta matéria na orientação

⁶⁷¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmula do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). p. 218.

⁶⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, esp. p. 121.

jurisprudencial daquelas Cortes. Com efeito, primariamente, a motivação é de ser pensada como um fator nevrálgico de racionalidade dos argumentos justificativos do juiz. Conducente dizer que, para além apenas do controle da qualificação jurídica dos fatos, à apreciação da adequada aplicação das máximas de experiência e ao controle da logicidade da motivação se impõe mesmo a superação da diferenciação entre questão de fato e questão de direito⁶⁷³ e, reafirme-se, o controle lógico sobre a racionalidade da justificação do juízo de fato, quer pela ilogicidade dos enunciados aceitos no *decisum*, quer pela deficiência na apreciação da prova (v. g., o órgão judicial não considerou documento decisivo para a solução do conflito), como ensejo categórico de erro no juízo de direito (v. g., na escolha da regra jurídica aplicável ou sua interpretação)⁶⁷⁴.

Há, inclusive nas chamadas sentenças constitucionais, múltiplos pontos de sutura entre direito e fato, a evidenciar, em uma análise vertical, as relações entre ambas as modalidades de motivação (de fato e de direito), inclusive do ponto de vista da diferença de linguagem nelas utilizada⁶⁷⁵. Daí se segue necessariamente que o controle racional sobre a apreciação da prova insinua minimizar a possibilidade de erro na aplicação do direito, a par de consentir na maximização da hipótese do processo justo (formal e materialmente), com a (re)valorização de seu caráter problemático e dialético, para além da lógica apodítica e algébrica.

Nessa perspectiva, não seria despropositado pensar, no sistema jurídico brasileiro, tanto a falta de motivação, quanto sua insuficiência (quantitativa de motivos e qualitativa de motivos) ou incongruência (v. g., as razões justificativas não guardam a mais tênue pertinência temática com a espécie retratada nos autos), evidenciadas *prima facie*, pertinentemente a pontos decisivos da controvérsia, suscitados pelas partes ou relevável de ofício pelo órgão judicante, como pressupostos de cabimento de recursos⁶⁷⁶ às Cortes

⁶⁷³ No tocante à livre convicção do juiz e o problema da questão de direito e da questão de fato, vide ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 5. p. 267-270.

⁶⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 10, p. 5-29, jan./fev. 2006, esp. p. 24-29.

⁶⁷⁵ AINIS, Michele. La “motivazione in fatto” della sentenza costituzionale. In: RUGGERI, Antonio (a cura di) **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994. p. 167-192, esp. p. 183-189.

⁶⁷⁶ Cumpre notar-se que, no ordenamento jurídico italiano, os aludidos defeitos de motivação autorizam a interposição de recurso à *Corte di Cassazione*, nos termos do art. 360, n. 5, do *Codice di Procedura Civile*. Vide, no ponto, MANDRIOLI, Crisanto, op. cit., p. 453-455.

Superiores⁶⁷⁷. De fora parte o especialíssimo contexto normativo, (i) a motivação da sentença é garantia fundamental de caráter geral; (ii) há um amplo sistema capilarizado de primeiro grau de jurisdição, no qual se estratifica a condição essencial de legalidade (ou melhor: de juridicidade) e de justiça da sentença, como seja, o acertamento racional, correto e aceitável dos fatos; (iii) o controle de juridicidade da sentença, feito pelos juizes revisores, pressupõe justificação adequada dos fatos pela instância *a quo*; (iv) são características essenciais da motivação: racionalidade, inteireza e controlabilidade; (v) exhibe significado que transcende ao aspecto exclusivamente técnico-processual e garantístico, como necessário instrumento de controle radicado na peculiaríssima função de possibilitar a verificação, em cada caso concreto, do desempenho efetivo de todas as demais garantias fundamentais do processo civil. São suficientes duas indagações para ilustrar o raciocínio: como verificar, *in concreto*, a abstrata imparcialidade do juiz se ele estiver dispensado de motivar o juízo de fato ou de justificar (o que supõe pressupostos e adequação), racionalmente, seus critérios de escolha e valorações quanto ao material probatório constante dos autos? Como aferir, no caso concreto, a imparcialidade do juiz revisor se lhe consente desertar do dever de motivação das *quaestiones facti*? Não padece dúvida de que um juiz *a priori* imparcial, porque determinado de acordo com a garantia do juiz natural, não é, só por isso, um juiz que, dispensado de justificar-se em relação ao acertamento dos fatos, não se enrede pelas vielas do arbítrio e da parcialidade⁶⁷⁸, produzindo, por isso mesmo, no caso concreto, injurídica e injusta solução do conflito.

A finalidade da motivação, como discurso justificativo racional, é mostrar aos seus destinatários (v. g., as próprias partes, os órgãos julgadores dos recursos interponíveis e, além disso, à sociedade em geral e aos cidadãos em especial) que a sentença é juridicamente válida e fundada no correto acertamento dos fatos, de acordo com critérios usualmente aceitáveis na comunidade e no tempo contemporâneo à sua prolação. A administração da justiça de um determinado país é a representação de suas características socioeconômicas, culturais e políticas. Tanto a motivação do juízo de direito quanto a motivação do juízo de fato estão no mesmo pé de importância, no que toca à efetiva e concreta realização desta garantia fundamental do processo civil. Um exemplo é suficiente para ilustrar o asserto: se o

⁶⁷⁷ A problematização em apreço é objeto do Capítulo Décimo *infra*.

⁶⁷⁸ COSTA, Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3. p. 297: “O preceito da motivação é de ordem pública. Ele é que põe a administração da justiça a coberto da suspeita dos dois piores dos vícios que possam manchá-la: o arbítrio e a parcialidade.”

acertamento dos fatos é errôneo (porque o juiz valorou erradamente as provas, ou não considerou provas decisivas), a sentença permanece ilegal e injusta, ainda que, no campo da *quaestio juris*, o juiz tenha feito uma válida e adequada interpretação das normas e o processo se tenha desenvolvido de modo équo, justo e correto.

O juiz deve exercer sua função pública com responsabilidade social⁶⁷⁹, principalmente na hora da motivação da história do processo, haja vista que o poder estatal emana do povo (ou melhor: está nas mãos do povo), em sinal de deferência ao indivíduo, à comunidade e como juridicidade efetiva, como organização e mola propulsora de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Se o juiz, por delegação da soberania popular, exerce poder público, não pode estar infenso ao cânone da responsabilidade estatal, como expressão dos multiníveis de juridicização do regime democrático, além de valores lógicos e éticos que o balizam. O mecanismo de controle sobre a reponsabilidade disciplinar do juiz não pode ser implementado pela hierarquia judiciária, por força do espírito de corpo organizado, senão que pensado em uma perspectiva externa de proteção do jurisdicionado e da sociedade contra a degeneração da administração da justiça sob a ótica da correção e da eficiência⁶⁸⁰. A não ser assim, dá-se a chancela de expediente opaco de caudilhismo judicial, a mais nefanda espécie de absolutismo: de toga.

Na dimensão externa do processo, com maior raio de visão quanto à controlabilidade das decisões, o qual ultrapassa o sentido exclusivamente técnico-processual, avulta uma concepção garantística da motivação, inspirada em uma ideologia democrática de justiça, e iluminada, no ponto, pelo princípio da publicidade, a franquear à comunidade em geral, a qualquer um do povo, adequado e difuso controle social (crítico e democrático) sobre a justiça substancial, a administração da justiça e o resultado da atividade jurisdicional, principalmente no que concerne à aferição de aceitabilidade das razões e dos critérios empregados pelo juiz na sentença,⁶⁸¹ se e quando consentâneos com os valores sociais, culturais, éticos, políticos da

⁶⁷⁹ NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 68. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 39)

⁶⁸⁰ TROCKER, Nicolò. La responsabilità del giudice. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 36(4): 1.300, p. 1.283-1.322, 1982, esp. p. 1.308.

⁶⁸¹ Em página altíssima, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95, esp. p. 90: “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 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*.” A

comunidade na qual o juiz labora. Semelhante controlabilidade consubstancia modelo salutar e indispensável de participação popular na administração da justiça.

Sob outro prisma, no ordenamento constitucional⁶⁸² e infraconstitucional⁶⁸³ brasileiro, a motivação das decisões judiciais é obrigatória, sendo certo que, por imperativo de ordem pública, no processo, tal prescrição exibe caráter absoluto e inderrogável e, bem por isso, não pode ser perfurada por exceção alguma engendrada pelo legislador ordinário. Há determinadas hipóteses peculiares nas quais, quando nada, a lei consente que a motivação seja concisa, sucinta, mas não admite (tampouco poderia admitir) sua falta, sob pena de ilegitimidade. A chamada motivação “a pedido” (*motivazione “condizionata”* ou “*a richiesta*” e “*a pagamento*”) não pode encontrar eco na duração razoável do processo, ao sacrifício das funções endo e extraprocessual, as quais se revestem de elevada importância num ordenamento jurídico de índole democrática. É impagável, por exemplo, o preço de massacrar-se o controle extraprocessual (político, democrático, difuso) sobre a “obra” do juiz e a administração da justiça. Muito para dizer que não apenas a função endoprocessual é constitucionalmente garantida, senão também o é a extraprocessual. Não por acaso, para além da razoabilidade do *decisum* é que se vê, na motivação, uma forma organizada de jurisdição e sua finalidade na justificação do modo de exercício de poder pelo juiz.

Contudo, a doutrina especializada problematiza a motivação “a richiesta”⁶⁸⁴, *i. e.*, ao menos no que toca às decisões de primeiro grau de jurisdição, há influente vertente de

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 da *motivação obrigatória e pública*.” (Grifos no original)

⁶⁸² Constituição Federal, art. 93 (*omissis*), IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)” Nesse teor literal (“todas”), não há margem para exceções legítimas.

⁶⁸³ Código de processo civil de 1973, art. 458: “São requisitos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 11, *caput*: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” Ainda também, o art. 499: “São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”

⁶⁸⁴ TURRONI, Davide. *La motivazione della sentenza civile di primo grado: rapporto con l'istruttoria svolta, ragionamento probatorio, forme abbreviate. Incontro di studi "La motivazione dei provvedimenti civili"* organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2008. Disponível em:

pensamento a plácitar a tese segundo a qual a motivação seria uma garantia *disponível* pelos litigantes. Nessa toada, se a parte, em relação ao bem da vida objeto do conflito, tem a faculdade de renunciar à pretensão sobre a qual se funda a ação, reconhecer a procedência jurídica do pedido, de transigir, também poderia, *a fortiori*, por vontade livre e consciente, dispor da motivação, tornando-a dispensável e, então, obter de imediato a decisão. Daí, nada obstante a incerteza quanto à exatidão dos marcos divisórios, o momento da decisão (*context of discovery*) antecede cronologicamente ao de elaboração das razões justificativas da motivação (*context of justification*), as quais ulteriormente são apresentadas pelo juiz na hipótese de a parte vencida assim o solicitar, no exclusivo escopo de impugnação do julgado⁶⁸⁵. Não faltam adesões a semelhante técnica e, nela, vislumbra-se até uma das soluções ao problema da lentidão da máquina judiciária e, portanto, da ineficiência do sistema de justiça civil⁶⁸⁶. Haveria uma crença de que o tema do julgamento, nele ensartado a motivação, é o epítome de todos os problemas que afloram quando se debate a boa administração da justiça.

Abstraindo-se de aspectos socioculturais e constitucionais específicos de cada ordenamento jurídico, essa técnica, além dos problemas já apontados, arrosta o evidente risco (*hannibal ad portas*) de o juiz simplificar não apenas o dispositivo do julgado, senão também, ao depois, as razões justificativas acolhidas na motivação. Nessa encruzilhada, é razoável conjecturar soluções diversas para o caso particular: na hipótese de o juiz decidi-lo sem motivação pode haver um tipo de solução, ao passo que, inversamente, na de o juiz decidir

<http://academia.edu/1426473/LA_MOTIVAZIONE_DELLA_SENTENZA_CIVILE_DI_PRIMO_GRADO>. Acesso em: 10 ago. 2013, p. 1-22, esp. p. 20-22. Vide, ao propósito, SANTAGELI, Fabio, op. cit., p. 4-26.

⁶⁸⁵ Assim, à guisa de ilustração, o instituto da “*sentença em forma abreviada*” (*das Urteil in abgekürzter Form*), no ordenamento jurídico-processual alemão: ZPO §§ 313a (*Weglassen von Tatbestand und Entscheidungsgründen*) e 313b (*Versäumnis-, Anerkenntnis- und Verzichtsurteil*). Não ocorre, nos termos do § 313^a, 1, a exposição do “*Tatbestand*” - fato e desenvolvimento do processo - se é manifestamente inadmissível um meio de impugnação em face da sentença. Nesse caso, nem mesmo é pedida a motivação, se as partes renunciaram a ela ou se o seu conteúdo é dessumível do verbal “*Protokoll*”). Ademais, a teor do § 313^a, 2, *Tatbestand* - fato e desenvolvimento do processo – e motivação não são pedidos se a sentença é proferida na mesma audiência conclusiva, se as partes renunciam à impugnação ou se renuncia apenas a parte legitimada a impugná-la. A renúncia pode ocorrer ante da prolatação da sentença, mas é declarada ao juiz até uma semana da data da conclusão da audiência. De acordo com o § 313b, 1, “*Tatbestand*” e motivação não são pedidos na sentença contumacial - *Versäumnisurteil* -, na sentença consequente a renúncia ao pedido - *Verzichtsurteil* -, na sentença consequente ao reconhecimento da pretensão - *Anerkenntnisurteil* -; nesses casos, se a sentença estabelece em conformidade com a pretensão do autor, então o dispositivo pode limitar-se a dispensar o ato de citação do réu.

⁶⁸⁶ FILIBERTO, Marisa. **La motivazione della sentenza civile**. 2012. 378f. Tesi (Dottorato di ricerca in Diritto Processuale Generale ed Internazionale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, Catania, 2012. p. 191-249. Disponível em: <<http://archivia.unict.it/bitstream/10761/1196/1/FLBMRS82L68F943TLA%20MOTIVAZIONE%20DELLA%20SENTENZA%20CIVILE.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

conjuntamente com a motivação pode haver outro tipo de solução, até mesmo antagônico à primeira hipótese. O problema mais se agiganta quando se têm em linha de consideração as causas de alta complexidade fática e/ou jurídica. Todavia, é previsível que se deprima e abrevie em demandas judiciais simples ou de cunho repetitivo, serial.

Contudo, os problemas não se calam: gritam. A motivação “a pedido” não se afigura legítima, quando contrastada com o sistema do garantismo, com o modo de ser do processo justo, posto que, sem motivação (bizarra motivação “*a mancanza*” ou “*in assenza*”), sequer se podem aferir, no caso particular, a observância e a efetividade de todas as demais garantias fundamentais do processo. Como verificar se o resultado da participação das partes em contraditório foi, de verdade, considerado pelo juiz? Fosse pouco, essa técnica não se harmoniza com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que, reafirme-se, a motivação é um de seus elementos de organização e de funcionamento. Há mais, porém. A exigência de motivação não está vinculada apenas à possibilidade de impugnar a decisão. A motivação, a rigor e com efeito, responde a outros escopos, seja com os jurisdicionados, seja com a sociedade em geral, seja com a confiança que pode ser depositada na administração da justiça, a qual, antes e acima de tudo, deve primar pela transparência, para coarctar a parcialidade e o arbítrio judiciais.

Seja como for, quando o ambiente constitucional assim o permitir (o que, como visto, não se dá no Brasil), pode-se pensar, no plano teórico, em um sistema intermediário, no qual se mantenha a motivação como regra, e sua dispensa como exceção, mas sem vinculá-la à escolha de não impugnar o julgado. Proporciona-se, primeiramente, a oportunidade de optar pela imediata sentença não motivada e, após, assina-se prazo breve e peremptório dentro do qual se possa postular a motivação.

5.3 Garantismo processual, processo justo como valor universal e motivação: meios e fins justos

O segundo pós-guerra descortinou uma nova consciência jurídica, tendo como eixo axiológico a dignidade da pessoa humana. São discernidas, a partir do marco teórico do pós-positivismo jurídico, realidades fenomênicas conducentes ao progresso da civilização: valorização dos direitos fundamentais, individuais e coletivos, com especial ênfase aos

valores igualdade, liberdade e solidariedade social; o fortalecimento de extenso catálogo de garantias constitucionais do processo e o surgimento de um novo constitucionalismo, cuja característica peremptória foi a de ter deslocado a constituição para o centro do ordenamento jurídico. O texto constitucional, a par de desfrutar de supremacia e, pelo tanto, de servir de parâmetro de validade dos demais enunciados jurídico-normativos, passou a exibir intensa carga de efetividade e ser aplicado diretamente, frequentemente sem a intermediação do legislador.

Agora bem, nessa moldura, e na esteira da derrocada dos infaustos regimes totalitários europeus, a Teoria Geral do Garantismo encontrou, no campo penal, terreno fértil para germinar e florescer. O modelo penal garantista - consagrado, por exemplo, pela Constituição italiana e em outras constituições -, transporta, no texto constitucional, a matriz normativa dos direitos fundamentais, traduz parâmetros de racionalidade, de justiça, de legitimidade da persecução punitiva. O fenômeno do garantismo, no contexto do multiculturalismo jurídico-político, retrata uma espécie de *tour de force* à cizânia entre o arquétipo constitucional e o mundo de carne e osso em suas dimensões legislativa, jurisdicional e policial. O mais elevado escopo do garantismo está na defesa dos elementos de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Não por acaso, esse é o *habitat* institucional ideal à tutela da liberdade individual ante o exercício arbitrário de poder, acentuadamente (mas não apenas) no campo do direito penal.

O garantismo encarna o primado da razão em direito e traduz o conjunto dos limites cominados ao poder estatal e uma rede de proteção processual da dignidade da pessoa humana e no sentido de imprimir efetividade aos seus direitos fundamentais⁶⁸⁷ (v. g., normas que avalizam a igualdade, o direito de defesa, o contraditório, a imparcialidade e a independência do juiz), inclusive como insigne fator de legitimidade democrática (ao flanco da soberania popular). Não por acaso, o Estado Constitucional Democrático de Direito é o desenho institucional ideal para o florescimento, a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais, individuais e coletivos. O estado autoritário está para os direitos fundamentais, assim como a radioatividade para os seres vivos. Em uma perspectiva de pós-modernidade, os direitos fundamentais descolam-se da noção de soberania estatal, no contexto de uma novel ordem política global e regional (v. g., a União Europeia, na tutela dos direitos fundamentais),

⁶⁸⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Os direitos fundamentais em Ferrajoli - limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coords.). **Garantismo penal no Brasil**: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 69-85, esp. p. 76-83.

marcada pelo cosmopolitismo da diferença (v. g., multiculturalismo) e, sobretudo, pela releitura da fraternidade como ideal iluminista da igualdade, a plasmar um direito novo, humanizado, designado de fraterno⁶⁸⁸.

O conteúdo das normas, para além do formalismo, há de ser consentâneo com os preceitos constitucionais, especialmente congruentes com os direitos fundamentais. Contrapõe-se ao autoritarismo, configura a antítese do decisionismo⁶⁸⁹, caracteriza certeza frente ao arbítrio, além de servir de critério de *valoração* e de *correção* do direito existente. É modalidade específica de uma tendência global que se traduz no cunho constitucional a ser dado a uma constelação de normas (inevitáveis) que descansam na concepção de devido processo legal⁶⁹⁰. Demais disso, tem o fito primordial de proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito. É meio idóneo de afirmação dos direitos e liberdades em toda e qualquer conjuntura, máxime no terreno da tutela de urgência preventiva, inibitória ou satisfativa (v. g., mediante declaração de inconstitucionalidade de ato normativo, mandados de fazer ou de não fazer).

Contudo, o mais primoroso código de garantismo não pode divisar em si mesmo sua própria garantia. Necessita de garantes (grupos, pessoas, instrumentos)⁶⁹¹. Por assim ser, não se revela anódino propor uma questão teórica crucial para semelhante problema: ao flanco do

⁶⁸⁸ RESTA, Eligio. Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto. In: BESSONE, Mario (a cura di). **L'attività del giudice: mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 3-45, esp. p. 15-16: “*Il diritto nuovo è un “diritto fraterno”, di uguali, da giurare insieme contro il vecchio ordinamento e contro la vecchia sovranità affinché non ci sia più disuguaglianza. (...) Essa indica una scelta di solidarietà cosmopolitica che non solo non contesta, ma addirittura presuppone i confini statuali, “sovrani”, sulla base di un territorio. L’uguaglianza, al contrario, proprio perché supportata da una legge che nasce dal nuovo patto della sovranità, è una dimensione esclusiva dei cittadini. Gli uguali che giurano il diritto fraterno devono già riconoscersi in una comunità politica di altro genere. L’uguaglianza disegna i suoi contorni il più si espande più ha bisogno di marcare altri confini. La domanda circa i soggetti dell’uguaglianza (uguaglianza tra chi) lascia trasparire subito i limiti dell’uguaglianza stessa, la quale può essere affermata soltanto nel momento in cui si disegna un processo di esclusione.*”

⁶⁸⁹ MACHADO, Felipe. Entre Ferrajoli e Schmitt do decisionismo ao garantismo. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coords.). **Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**, op. cit., p. 111-151.

⁶⁹⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 139.

⁶⁹¹ NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, ano 3, jul./dez. 2009. p. 223-249. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013. Esp. p. 234: “E, mais, qualquer discurso garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante, como a defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante, como se um processo democrático que respeitasse toda a principiologia processual-constitucional também não pudesse ser célere e funcional.”

caráter instrumental e da função racionalizadora do sistema de administração da justiça, mas superando-o, “*la seconda ‘anima’*” da motivação obrigatória e pública, por ingênita natureza, exhibe o cariz de *garantia do garantismo processual*. Significa asserir que a motivação é que vai abonar todas as demais garantias fundamentais do processo e, assim também, permitir a verificação, em cada caso concreto, do coeficiente de efetividade dessas garantias: v. g., igualdade, acesso à justiça, independência e imparcialidade (tuteladas pelo juiz natural), direito de defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição, publicidade, devido processo legal. Semelhante reconfiguração teórica da motivação, com idoneidade institucional, revela-se já agora como *garantia do garantismo processual*, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. Sem motivação, controle real não pode haver, mas puro exercício de prestidigitação garantística. O garantismo transmuda-se em ilusionismo. Todo o sistema de garantias fundamentais do processo, proclamado abstratamente no texto constitucional, esvai-se, no mundo empírico do processo, sem substância. O processo, por isso mesmo, transformar-se-ia em uma indústria de utopias, cujo produto acabado seria a insegurança jurídica. A motivação obrigatória e pública, primariamente direito fundamental subjetivo dos jurisdicionados⁶⁹², é o oxigênio vital do garantismo⁶⁹³; este, não fosse o penhor daquela, assentar-se-ia em pés de barro. A motivação é a mãe de todos os demais direitos fundamentais e garantias constitucionais do processo⁶⁹⁴. Disso resulta que, sem motivação, com o enfraquecimento de suas aptidões heurísticas, aquelas garantias ficariam concretamente órfãs de defesa e de proteção, entregues à própria sorte, e, muito pior, à mercê da madrasta do autoritarismo judicial.

A ideia de garantismo provoca a erupção de, pelo menos, três dimensões conceituais: (i) modelo normativo de direito, com ênfase na vinculação do poder estatal no Estado Constitucional Democrático de Direito; (ii) teoria jurídica da validade e da efetividade; e (iii) filosofia política, impositiva ao Estado Constitucional Democrático de Direito do dever de justificação externa, tendente à legitimação e à deslegitimação ético-política do direito e do

⁶⁹² ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da Fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, p. 194-213, jul./set. 1992, esp. p. 203.

⁶⁹³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal, op. cit., p. 622-623.

⁶⁹⁴ MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 137: “É somente através de decisões fundamentadas que se é capaz de garantir ao cidadão a efetividade de outras garantias essenciais para a efetivação de um Estado Democrático de Direito hígido.”

estado, com singular enfoque na distinção entre contexto externo (ético-político) e contexto interno (jurídico) e na correspondente divergência entre justiça e validade⁶⁹⁵.

Parece bem, nesse passo, sublinhar que a constitucionalização do processo (civil, penal) contemporâneo, como corolário lógico da era do pós-positivismo jurídico, denota mesmo um modelo constitucional de processo⁶⁹⁶, exibindo, como tal, um padrão essencialmente garantístico. Hodiernamente, o Direito Processual Constitucional, em implicação de dialeticidade, patrocina o diálogo entre o Direito Processual e o Direito Constitucional, como resultado da confluência de ambos os ramos da ciência jurídica. Com efeito, a rigor, semelhante entrelaçamento descansa na própria concepção de jurisdição constitucional (v. g., controle concentrado de constitucionalidade; fenômeno da constitucionalização de todo e qualquer processo judicial), como seja, mediante o instrumento do processo, almeja abonar efetividade aos preceitos constitucionais (v. g., declaração judicial de inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos infraconstitucionais). Nesse estuário, na congnominaada jurisdição constitucional da liberdade, insere-se também o estudo de procedimentos de cariz constitucional (e.g., mandado de segurança individual ou coletivo, mandado de injunção, ação de descumprimento de preceito fundamental, *habeas corpus*, *habeas data*). Muito para revelar, ao despertar de uma nova consciência, a transcendência político-constitucional de institutos fundamentais da teoria geral do processo (v. g., ação, jurisdição, processo), conformando-os à vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. De resto, como medulares conquistas civilizatórias, as Constituições, a exemplo da brasileira de 1988, consagram amplo rol de garantias do processo (civil, penal). Como consequência lógica, na latitude do fenômeno do novo constitucionalismo, germina um processo adjetivado de justo⁶⁹⁷.

Nessa perspectiva, doutrina de insigne linhagem⁶⁹⁸ classifica as garantias fundamentais do processo em individuais e estruturais: as primeiras concernem à proteção, em cada caso concreto, dos direitos e interesses subjetivos de partes e de terceiros intervenientes; as segundas reportam-se às condições prévias de organização judiciária. O garantismo

⁶⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi, op. cit., p. 851-854.

⁶⁹⁶ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Turim: Giapicchelli, 1990. p. 13-15.

⁶⁹⁷ A locução *justo processo* é consagrada no texto da Constituição italiana de 1947, art. 111, § 1.: “*La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.*”

⁶⁹⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 93-150, abr./jun. 1998.

processual radica a ideia-força de que as regras do processo devem ser respeitadas pelo juiz imparcial, vale dizer, não podem ser modificadas pelo juiz, mesmo sob o pretexto de buscar um resultado que lhe pareça mais justo. Em semelhante contexto, é útil passar em revista algumas garantias (fundamentais) individuais do processo civil⁶⁹⁹: acesso amplo à Justiça por todos; imparcialidade do juiz; ampla defesa; direitos dos juridicamente miseráveis; juiz natural; inércia da jurisdição, em reverência à liberdade humana; contraditório; oralidade; proibição de utilização de provas adquiridas ilicitamente⁷⁰⁰; coisa julgada; renúncia à tutela jurisdicional (compromisso arbitral, desistência da ação, renúncia ao direito de recorrer, desistência do recurso), por meio de manifestação de vontade livre e consciente das consequências; duração razoável do processo. Afigura-se profícuo elencar determinadas garantias (fundamentais) estruturais do processo: respeito à dignidade humana; impessoalidade da jurisdição; permanência da jurisdição; independência dos juízes; igualdade concreta (paridade de armas); motivação das decisões; inexistência de obstáculos ilegítimos (v. g., obrigatória subordinação do ingresso em juízo ao prévio recurso à instância administrativa ou a um meio extrajudicial de solução de conflitos, como a conciliação); efetividade qualitativa (v. g., adequado cumprimento das sentenças judiciais, oportuna proteção de situações jurídicas, tutelas de urgência, satisfativa ou cautelar, tutela específica do direito material, notadamente no âmbito das obrigações de fazer e de não fazer e de dar coisa certa); procedimento legal, flexível e previsível; publicidade; legalidade estrita no exercício do poder de coerção; prazo razoável; duplo grau de jurisdição; cooperação judiciária internacional (v. g., simplificação dos procedimentos para notificação dos atos, para a assunção dos meios de prova, e para o reconhecimento e efetivação de decisões judiciais).

⁶⁹⁹ O foco principal do presente trabalho é o processo civil. Contudo, em prol de uma visão sistemática do tema, não se pode deixar de dizer que, ao processo penal, berço do garantismo, também se aplicam naturalmente as mesmas garantias do processo civil. Entrementes, há garantias especiais que singularizam o processo penal, notadamente quando se tem em linha de consideração o *status libertatis*: presunção de inocência; direito de ser informado do curso das investigações e do conteúdo da imputação; direito à autodefesa; direito à defesa técnica; contraditório na investigação preliminar; proibição de autoincriminação (avulta o direito do acusado de permanecer em silêncio, o que não pode ser interpretado em seu prejuízo); identificação e inquirição de testemunhas; princípio acusatório e ônus probatório da acusação; duplo grau de jurisdição; proibição de provas obtidas ilicitamente (a dimensão desta proibição é muito mais ampla no processo penal do que no processo civil). Leia-se, ao propósito, TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. esp. p. 77-236.

⁷⁰⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali". **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 66, 2. Serie, p. 30-46, 2011, esp. p. 44-45.

Doutrina autorizada⁷⁰¹, no horizonte de garantias jurisdicionais mínimas conformadoras do justo processo, placita alguns cânones fundamentais: direito de iniciativa de instauração do processo; devido processo legal; duração razoável do processo; publicidade; plena satisfação do direito individual a uma tutela jurisdicional efetiva; princípios, com uma marcada qualificação ético-moral, que disciplinam as funções, os poderes e os deveres do juiz em relação aos seguintes tópicos: a) a direção do processo (soa trivial que o *management judge* deva ter em suas mãos as rédeas do processo), b) o dever de garantir e de manter a igualdade das partes no processo, c) o dever de impedir ou prevenir a fraude processual, a colusão entre as partes, ou conduta dilatória, e qualquer outra conduta ilícita, d) o poder-dever do juiz de adotar as medidas necessárias a garantir e a obter a mais rápida e eficiente administração da justiça e também maior economia do processo.

No panorama garantístico europeu, a par dos princípios integrativos concernentes à efetividade das formas de tutela jurisdicional, a Corte de Justiça da Comunidade Europeia compendiou e delineou os componentes mínimos essenciais do processo cognominado de justo, aos quais se agregam outras garantias fundamentais de acordo com cada ordenamento jurídico: o direito de acesso efetivo às cortes e aos tribunais, sem irrazoáveis discriminações ou limitações exorbitantes; direito a uma efetiva e ampla defesa em juízo; contraditório entre as partes, em bases paritárias (igualdade de armas), equalizando as posições substanciais de desvantagem; direito à prova e à contraprova, no influxo dialético das fontes de provas adquiríveis; publicidade das audiências e das decisões jurisdicionais; independência e imparcialidade do juiz; duração razoável do processo particular, subordinada aos seguintes parâmetros de valoração: (i) variável complexidade das causas, (ii) conduta das partes, (iii) comportamento das autoridades públicas envolvidas⁷⁰².

Antes de configurar um conjunto de garantias fundamentais, o processo justo é um valor⁷⁰³, o qual permanece íntegro, apesar das variáveis de seu modo de operar nos diversos sistemas (por exemplo: *common law* e *civil law*) e variegados ordenamentos jurídicos, em consonância com condições políticas e socioculturais específicas. O processo justo é um ideal

⁷⁰¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti latinoamericani. Roma e America Diritto Romano Comune. **Rivista di diritto dell’integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 17, p. 213-227, 2004.

⁷⁰² COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004, esp. p.117-123.

⁷⁰³ CAPONI, Remo. Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo. **Relazione generali al XIV convegno mondiale dell’Associazione internazionale di diritto processuale**, Heidelberg, 26-30 luglio 2011. p. 1-67, esp. p. 26.

que ilumina não apenas os conflitos dentro das fronteiras de um Estado, senão também as controvérsias de caráter transnacional. Nada obstante a variante de incidência em cada ordenamento jurídico de matriz democrática, caracteriza um valor jurídico que tende a realizar-se de modo universal. Semelhante tendência insere-se dentro de outra mais geral consistente no movimento de universalização dos direitos humanos. O processo justo é um valor comum no sentido de inerência a todos os ordenamentos democráticos ou - o que é o mesmo - que toda sociedade democrática não pode prescindir em seu ordenamento processual. Nessa perspectiva, contribui para aproximar, harmonizar e unificar os diversos sistemas e ordenamentos jurídicos estatais⁷⁰⁴.

Há estreita conexão entre a dimensão de justeza do processo e o fenômeno do protagonismo judicial, com estrita reverência ao imperativo de imparcialidade.⁷⁰⁵ Respiram-se grandes mudanças na evolução, na incidência de norma jurídica (bipartidas em regras e princípios) e na interpretação do direito, iluminada pelos conceitos de igualdade, liberdade e justiça, representativas de uma vertente de pensamento jurídico cognominada de jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) ou dos princípios. Semelhante programa axiológico de pensar o direito exhibe significativos reflexos na vida jurídica das sociedades, no que toca ao respeito e cumprimento de princípios fundamentais⁷⁰⁶. Nesse contexto, o juiz, portador de valores ético-políticos, transcende de muito aquele ser inanimado mostesquiano. A atividade do juiz transborda do leito estritamente jurídico, para incursionar e haurir os influxos de outras áreas do conhecimento, tais como: psicologia, sociologia, antropologia, economia, política. Ademais, já não se lhe permite contemplar passivamente a lide, como um autômato, para pronunciar sua sentença. Com efeito, o processo, embora alicerçado no princípio dispositivo, tenderá a ser tanto mais justo quanto maior for a verdadeira valorização do papel ativo do juiz moderno na coleta do material probatório e na busca da verdade no

⁷⁰⁴ CAPONI, Remo. Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo, op. cit., p. 28: “*Elemento unificante è l’analisi e la comparazione di diversi ordinamenti nazionali, in vista di verificare quanto il giusto processo sia un principio che ispira la disciplina legislativa, l’interpretazione delle norme processuali, le condotte delle parti, degli avvocati e delle corti, nelle controversie transnazionali. L’altra possibilità è quella che il relatore generale svolga un discorso autonomo, che si vale delle relazioni nazionali, non nella prospettiva di sintetizzarle (sottolineando i loro elementi comuni e le loro diversità), bensì come elemento di dialogo e di confronto.*”

⁷⁰⁵ COMOGLIO, Luigi Paolo, op. cit., p. 122.

⁷⁰⁶ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 169-222, esp. p. 173.

processo civil⁷⁰⁷, como energia viva, inclusive com intervenções *ex officio* e, por exemplo, substituição da carga probatória, como efeito da solidificação da credibilidade da atividade jurisdicional e da correspondente confiança da sociedade em seu sistema de justiça. Nessa toada, a ideia de processo justo não pode abstrair de sua imperiosa moralização, sob enfoque ético e deontológico, abrangente de controle sobre a atuação do juiz e da fiscalização sobre condutas processuais das partes, de terceiros intervenientes, e bem ainda do comportamento dos auxiliares do juízo (*e. g.*, peritos).

Um modelo de processo justo não prescinde, em suas grandes linhas e nos princípios fundamentais de equidade-justiça, de regulação por (e não pela) lei. Quer-se dizer que o processo, para ser adjetivado de justo, como conceito em construção, não carece estar, em sua totalidade, rigidamente e em todas as imagináveis configurações ou estruturas, preordenado por uma lei. Ou seja, à luz das especificações de cada caso concreto e das respectivas exigências de tutela, há de confiar-se ao juiz, no exercício de seus poderes-deveres, a concretização do imperativo de justeza, segundo, na visão esseriana⁷⁰⁸, os valores ínsitos na realidade social nas diferentes quadras históricas. Conducente asseverar que são os direitos e garantias fundamentais que, no Estado Constitucional Democrático de Direito, conformam (e, portanto, regulam) o processo équo e justo.

A configuração do processo, para se dizer justo, por inexistir abstratamente, depende das especificações do caso concreto, a fim de que se possa harmonizar às garantias fundamentais do processo. Reclama, nessa silhueta, desenvolvimento em contraditório entre partes, em condições de igualdade, perante juiz independente e imparcial, o qual há de manter amplo e contínuo fluxo de diálogo com aqueles sujeitos parciais. Nesse quadrante, o juiz tem o dever de pronunciar decisões congruamente motivadas, em momento oportuno, a par de salvaguardar o direito fundamental à tutela jurisdicional qualitativamente efetiva, na vertente da duração razoável do processo, sem dilações indevidas.

⁷⁰⁷ JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, p. 161-178, 2006, esp. p. 170: “É necessário um compromisso, e ele consiste, seguramente, em que se encontre a mais viável aproximação da verdade. Essa tarefa compete ao juiz, pois é ele quem apura os fatos, mas ele só pode fazê-lo com base na informação que lhe está disponível. A maior parte da informação há de ser ministrada pelas partes, mas se o juiz, a partir do que já sabe, chega a crer que existe mais informação relevante capaz de influir em sua decisão, a justiça substantiva exige que ele a obtenha. Seria extremamente estranho sugerir que uma decisão substantivamente justa pode ser dada por um juiz que crê que sua decisão bem pode ser errônea, porque foi privado de informação relevante e disponível, cuja obtenção poderia tê-lo habilitado a chegar mais perto da verdade.”

⁷⁰⁸ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2. p. 258-261.

Pode-se pensar a justeza da decisão judicial, por exemplo, acoplando-a, apenas, à sua legalidade ou legitimidade. Semelhante visão, no entanto, peca pelo reducionismo: da justiça à lei, do Direito ao *ius positum*. A legalidade, embora pressuposto indispensável da decisão judicial, não exhibe, por si só, fôlego para esculpir sua justeza. Há um feixe de valores, primários e essenciais, de cunho garantístico, ideológico e técnico, sobre os quais se alicerça a assim chamada “justiça procedural” ou a equidade no processo⁷⁰⁹. Não casualmente, ante a dificuldade de definir critérios de justiça substancial, passou-se a perscrutar, na economia do próprio processo, a condição necessária e suficiente para a justeza da decisão, baseada na ideia de justiça procedural ou procedimental, como único critério de valoração: o processo justo desemboca, por simetria, em uma decisão igualmente justa.

Trata-se de visão meramente formal e redutiva da justiça da decisão, que tende a relevar exclusivamente o aspecto procedimental, vale dizer, distante de critérios de conteúdo da justiça, mas unicamente pelo modo do procedimento no qual ocorre a gestação da decisão final, consoante requisições clássicas da justiça procedimental (v. g., oportunidade de exercício do direito de defesa, participação em contraditório, imparcialidade do juízo, publicidade interna e externa dos atos processuais). O procedimento há de satisfazer semelhantes diretivas, a fim de que a decisão possa ser aceitável. Nesta sede, o problema da justeza do *decisum* se resolve (e resume) em saber se, no caso concreto, foram, afinal, observadas todas as garantias fundamentais do processo. Encorpa a imagem de que a decisão é decorrência do procedimento. É o quanto bastaria. Contudo, o respeito a tais garantias procedurais, posto que condição necessária, deixa transparecer uma dimensão limitada do fenômeno e, por isso mesmo, tende a massacrar ponto essencial da observação traduzido na valoração da justeza da decisão em si, mediante o binômio conteúdo-efeitos. Abdica-se, sem mais nem menos, de todo e qualquer critério de apreçamento da justiça material da decisão. O ponto de vista apenas do procedimento acarreta uma visão inacabada do problema da legitimidade do *decisum*. Significa dizer que, ancorado em uma noção de interligação funcional entre procedimento e decisão, um processo somente pode ser tido como, de verdade, justo se e quando meios e fins⁷¹⁰ exibirem a nota de justos⁷¹¹.

⁷⁰⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 133-183, out./dez. 2002, esp. p. 144-154.

⁷¹⁰ ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p. 341-342: “Mas talvez os princípios da justiça procedimental estejam ao serviço da tarefa de conduzir a decisões materialmente justas: como condições processuais, sob as quais se pode esperar preferencialmente uma decisão materialmente justa. (...) Em suma, um procedimento irrepreensível é geralmente uma condição necessária, embora não seja por si só a condição suficiente, para uma decisão justa.”

A aceitabilidade social da decisão jurisdicional não se contenta unicamente com a justeza do procedimento (*fair hearing*), embora, estreme de dúvida, a justiça procedural possa ser considerada como uma das condições de justiça substancial do *decisum*, pois resultados justos dependem de um procedimento justo, mas não pode ser estimada como a única condição⁷¹²; antes, ao revés, é útil reafirmar, meios e fins justos,⁷¹³ como duas inseparáveis faces de uma mesma medalha. Numa linha: negada a justeza do antecedente estará negada a do consequente e vice-versa. Fins e meios justos. Aqui, em implicação recíproca, os fins justificam os meios. Tem-se, assim, conquanto em contextos diversos, uma curiosa (e, ao menos aqui, adequada) aplicação da máxima do mestre florentino fundador da Ciência Política Moderna: *os fins justificam os meios*⁷¹⁴.

O tempo, na vida do processo, conquanto ponha em evidência a tensão entre contraditório pleno/segurança jurídica e celeridade/efetividade, não tem o poder de desmanchar o fenômeno do garantismo processual⁷¹⁵, o qual, bem vistas as coisas, é a evolução da própria efetividade do processo. O contraditório, por exemplo, inexpugnável conquista civilizatória, é fruto do garantismo. O processo civil de resultados - alvitre da infiltração de celeberrima máxima chiovendiana⁷¹⁶ -, sob o prisma da ordem jurídica justa, não

⁷¹¹ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 270: “*La noción de proceso justo, así como las demás nociones equivalentes, se entienden usualmente como fórmulas sintéticas en las que se resumen las garantías fundamentales del proceso, sobretudo las que conciernen a los derechos de defensa que corresponden a las partes. Sin embargo, ha ido surgiendo una concepción adicional del debito proceso que naturalmente incluye la referencia a las garantías procesales de las partes, pero que se enfoca en conexión funcional entre proceso y decisión: según esta concepción -que personalmente comparto- se tiene un proceso justo cuando el procedimiento está estructurado de manera que se orienta hacia la obtención de decisiones justas.*”

⁷¹² PASTORE, Baldassare. **Decisioni e controlli tra potere e ragione**: materiali per un corso di filosofia del diritto. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 70.

⁷¹³ GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. **Mundo Jurídico**, Rio de Janeiro, mar. 2002. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=429>. Acesso em: 12 jul. 2013. p. 1-38, esp. p. 1.

⁷¹⁴ MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe**. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção a obra-prima de cada autor. 2). p. 95.

⁷¹⁵ Sobre o problema de a celeridade processual adquirir feição perigosa aos direitos fundamentais (a começar pelo devido processo legal), no campo do processo penal, vide MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 69-76, esp. p. 71: “Os indicadores de um assalto mais ou menos ostensivo da lógica da celeridade a determinadas garantias inarredáveis traduzem-se aí, por exemplo, numa argumentação preocupada em demonstrar que as duas exigências - a da celeridade e a das garantias processuais - são compagináveis, ainda quando parece o contrário.”

⁷¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1. p. 110: “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire.*”

pode valorizar os fins em detrimento dos meios. Na moldura do processo humanizado, de pendor garantístico, tanto os fins quanto os meios, em idêntica medida equilibradamente haverão de ser justos.

Nesse horizonte de expectativas, o que se pode pensar como modelo de processo justo? É crível responder que é aquele que tem dúplice predicado: primeiro, sob o prisma estrutural, em seu ordenado e encadeado fluxo procedimental, renda incondicional reverência aos parâmetros fixados pelas garantias constitucionais do processo, pelos valores da sociedade, e finalisticamente produza decisão em substância justa.

As dificuldades obstinam em permanecer. Do geral ao particular. Perquirir se uma decisão, sob a ótica procedimental, é justa, pressupõe definir as condições gerais conducentes a um processo justo. A investigação, ao depois, há de concentrar-se no caso concreto particular, em cujo processo foi proferida específica decisão. A chave de leitura descansa na premissa de que são múltiplas e diversas as hipóteses admissíveis de decisões. O conflito se rege por uma constelação de soluções aceitáveis. Semelhante constatação joga com os próprios paradoxos do caso concreto, no tocante, por exemplo, à prova da ocorrência, ou não, de fatos jurídicos complexos da causa. Provada a veracidade do fato, a decisão judicial é em um sentido; não provada ou, antes, provada a sua falsidade, a decisão inclina-se em direção diametralmente oposta. No espaço do observador crítico, pode-se conceber, assim também, quanto ao juízo de direito, numerosidade de hipóteses cabíveis de decisões. Basta fitar o raciocínio judicial no que tange à definição da norma jurídica (entre *a*, *b* e *c*), sua interpretação (entre *x*, *y* ou *z*, todas aceitáveis) e aplicação aos fatos (jurídicos e simples) colocados à base da demanda judicial. São variantes os arranjos entre questões de fato e questões de direito. As combinações, como bem se compreende, são heterogêneas, conducentes a diferentes possibilidades de conclusões. O montante de possibilidades (reduzido ou maior) de decisões é diretamente proporcional ao coeficiente de complexidade fática e/ou jurídica da lide. Seja como for, a decisão judicial implica sempre uma escolha entre hipóteses alternativas de decisões, daquela que representará o conteúdo da solução final do conflito. Há maior propensão à justeza do *decisum* quanto melhor for a escolha de sua hipótese, no específico contexto (de fato e de direito) de sua formulação.

Inexiste um único e universal critério de apreçamento da justiça da decisão judicial; antes, ao contrário, pode-se divisar, em diversos arcações teóricos, uma plêiade de critérios. A combinação de tais critérios indica um diagrama inicial de valoração: se e quando a decisão

é justa. Doutrina especializada⁷¹⁷ abona três valores que representam a plataforma, de textura aberta e de conteúdo mínimo, vinculados a contextos sócio-jurídico-político-cultural-históricos diversificados, nos quais se coloca a administração da justiça, para se individuar uma decisão justa: 1) correção da escolha e da interpretação (aceitável) da regra jurídica aplicável ao caso concreto; 2) acertamento esperável dos fatos relevantes para o julgamento da causa, como fator indispensável à busca da verdade; e 3) emprego de um procedimento válido, equo e justo para alcançar a decisão final. É uma espécie de receita culinária jurídica na qual todos os ingredientes (critérios), autônomos, hão de estar presentes. Não por acaso, em teoria, cada decisão judicial é caracterizada por um valor de correção da solução da questão jurídica, de aceitabilidade da versão dos fatos abonada pelo juiz e do procedimento que desaguou na decisão final do conflito.

De logo, surge um problema. Leitura apressada (não devidamente apreçada) desse modelo geral poderia conduzir à conclusão equivocada de não se colocar o seu arquiteto dentro do drama do processo, pois que, no estuário da filosofia da consciência, far-se-ia abstração do mundo de carne e osso. Noutra dizer, semelhante construção teórica do processo justo se iniciaria aprioristicamente e se bastaria em si mesma. Consistiria em observações *a priori*, sem o observador se envolver no caso concreto. Contudo, semelhante modo de ver o tema encerra, quando menos, grave desvio de perspectiva no espaço público processual: a uma, porque se trata de configuração teórica mínima, variável, em contínua expansão para acesso à ordem jurídica justa, *ad instar* de recepcionar outros critérios que transpirem dos poros das especificidades do caso concreto; a duas, porque a posição privilegiada de observar de fora o processo jamais haveria de prescindir, naturalmente, da análise das especificações do caso particular; a três, conseqüentemente, porque não se pode dissociar o fenômeno do garantismo da hermenêutica processual singularizada; a quatro, por exemplo, tanto a escolha da norma jurídica aplicável quanto sua interpretação são inevitavelmente conformadas a partir da realidade empírica hospedada nos autos do processo; a cinco, porque o acertamento esperável dos fatos relevantes da causa, na busca da verdade substancial, conxiona-se, sempre e primariamente, às particularizações do caso concreto (por exemplo: o exame de DNA, de regra, evidencia a noção empírica de cientificamente provado nos autos do processo); a seis, porque para dizer-se que houve adequado acertamento dos fatos é necessário que as provas de uma hipótese e as contraprovas de hipótese antagônica submetam-se a específico debate em contraditório das partes (diálogo entre as razões das partes); a sete,

⁷¹⁷ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: _____. **Sui Confini**: scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 219-234, esp. p. 224.

porque a prelação pelo juiz de determinada versão dos fatos, a implicar eleição de certa hipótese de julgamento, deve ser adequada e congruamente justificada, mediante razões discursivas aduzidas na fundamentação, tanto quanto sua contraversão ou hipótese inversa de decisão, a não ser assim estar-se-ia na órbita da hipocrisia processual; a sete, porque o emprego de um procedimento válido, équo e justo para alcançar a decisão final há de também lançar mão de critérios referenciados ao caso concreto (por exemplo: o processo justo é aquele que, em prestígio aos pormenores do caso particular, se desenvolva em contraditório entre as partes e eventuais terceiros intervenientes, em condições de paridade, diante de órgão judicante independente e imparcial); a oito, porque a jurisdição se atua mediante um modelo de processo no qual a lei discipline, em grandes linhas, as formas ou estruturas processuais, iluminadas pelos princípios fundamentais de equidade e de justiça, arraigados na sociedade nos diferentes momentos históricos, consentindo depois ao juiz a sua concretização, caso a caso, sob o influxo das exigências de tutela em cada conflito. Encoraja a pensar que o devido processo legal há de ser regulado por (e não pela) lei. A noção de processo justo e équo deve assentir, em cada caso particular, aos princípios e às garantias fundamentais inspiradoras do ordenamento jurídico na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Seja como for, releva notar, por essencial, que isoladamente cada um dos critérios assinalados não ostenta aptidão para servir de exclusivo parâmetro de justiça da decisão. Diferentemente, os três critérios são necessariamente cumulativos e, no conjunto, suficientes àquela certificação. Os três valores hão de estar presentes em sua totalidade, e não por expressão matemática de mediana. Um critério, assim também, não exhibe o condão de absorver (e substituir) os outros dois. Não se afigura, tampouco, possível compensar a falta de todo um critério, ou sua presença em nível insuficiente, por outro critério. Não à compensação. A falta de um só desses critérios atrai a nota de inidoneidade à produção de decisão justa. Reafirme-se: uma decisão somente pode ser considerada justa à base do conjunto dos três valores ou critérios.

Alguns exemplos são oportunos. Primeiro: a escolha, apesar do problema de antinomias e lacunas fatais do ordenamento jurídico, e a interpretação correta da norma aplicável ao caso concreto, por indispensáveis que sejam, não são suficientes para, por si sós, determinarem a justiça da decisão. É concebível que a correta decisão da questão de direito da causa possa estar baseada em errado acerto dos respectivos fatos (*e. g.*, porque o juiz valorou erroneamente as provas, ou desconsiderou material probatório crucial). De conseguinte, a decisão não é justa. Segundo: a correta (racional e verdadeira) reconstrução dos

fatos que estão na base do conflito, por imprescindível que seja, é insuficiente para definir a justeza da decisão. É imaginável que a adequada decisão da questão de fato possa estar fulcrada em incorreta escolha ou errônea interpretação da regra jurídica que se dedicaria àqueles fatos. Terceiro: o emprego de um procedimento válido e justo (v. g., com igualdade, observância do pleno contraditório, imparcialidade do juiz) é necessário para preparar melhormente a decisão final. Porém, na contramão da concepção teórica da justiça procedural, a correção do procedimento, embora condição indispensável, não é solitariamente suficiente para garantir a justiça do *decisum*. Transparece cristalino que, mesmo na ambiência de um procedimento correto e justo, o juiz possa cometer erros seja no juízo de fato, seja no juízo de direito, seja em ambos. A implicação inevitável é a de que a decisão final é injusta.

O processo justo, além de radicar a ideia de meios e fins justos, abandonando a clássica concepção da fase conceitualista ou científica de procedimento puro, haverá de ser permeável às infiltrações da realidade ou às insinuações do mundo dos fatos sociais.⁷¹⁸ O vendaval do pós-positivismo jurídico, ao sacudir a árvore do Direito, trouxe, já agora na paisagem do Estado Constitucional Democrático de Direito, novidades na forma de pensar as garantias estruturais do processo, em especial o contraditório, preenchendo seu conteúdo com novos elementos, reconfigurando suas funções, potencialidades e significados no processo, dando-lhe, também extrinsecamente, original figurino, tudo sob o pálio da eficácia concreta dos direitos fundamentais, das necessidades do direito material e das especificações do caso concreto. Nessa janela, o extraordinário avanço científico do processo civil já não consente que a legitimação do exercício da jurisdição se confine apenas ao procedimento, menoscabando a legitimidade da decisão⁷¹⁹. O que deveras legitima o poder jurisdicional não é a mera e formal observância do procedimento, senão que a participação concreta, real,

⁷¹⁸ Se o Direito origina-se dos fatos (como já assinalara o brocardo *ex facto oritur ius*) e deve a sua existência mesma ao ímpeto de disciplinar o *modus vivendi* em sociedade, não se pode deixar a realidade na estratosfera do processo. É dizer: o mundo real deve permear o mundo do processo, razão pela qual não há mais espaço para a anacrônica concepção de procedimento puro, alheio, desatento à realidade social. O Direito existe para regular a vida em sociedade: aquele não pode achar incômoda a companhia desta.

⁷¹⁹ GIL CREMADES, Juan José. **La motivación de las decisiones jurídicas**. Derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragués, 1983, p. 415-433, esp. p. 426. Em sentido diametralmente oposto, autorizadas vozes sufragam o entendimento de que o toque de relevância estaria não na legitimidade da decisão, senão que na legitimação do procedimento, sendo aquela absorvida por esta. Assim, LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 31-32: “A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso. Os procedimentos encontram como que um reconhecimento generalizado, que é independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, e este reconhecimento arrasta consigo a aceitação e consideração de decisão obrigatória.”

eficaz das partes, mediante contraditório específico, em todo o *iter* processual, cuja essência é a simétrica isonomia das partes. À problematização da decisão justa corresponde o problema da escolha, dentre as alternativas possíveis, da decisão melhor. Na realidade do Estado Constitucional Democrático de Direito, como um de seus mais admiráveis elementos de organização e funcionamento, reafirme-se, irrompe o dever de motivar as decisões judiciais, no âmbito do devido processo⁷²⁰, de sorte que apenas é considerado válido e legítimo o exercício da jurisdição se e quando fundamentadas adequadamente, de modo racional, apto a proporcionar o pleno conhecimento das razões justificativas placitadas pelo órgão judicante. Agora bem, a sentença não se justifica pela existência da lei, senão que por razões objetivas, plausíveis, coerentes, para que os jurisdicionados e a sociedade possam entender a racionalidade e a razoabilidade do *decisum*.

Nesse teor de ideias, a aceitabilidade social da decisão judicial não se contenta unicamente com a justeza do procedimento, senão que meios e fins hão de ser justos. Contemporaneamente, no acesso à ordem jurídica justa, o eixo de visão deslocou-se do devido processo legal, tradicionalmente pensado em sentido formal, para o devido processo justo, abastado de significados ético-deontológicos. A jurisdição estatal, como um dos desígnios medulares que um ordenamento jurídico deve nutrir, encontra a sua mais abissal legitimação na reverência às garantias fundamentais do processo equitativo e justo, identificadas na perspectiva dos direitos fundamentais, com a viga-mestra da obrigatoriedade de motivar todos os pronunciamentos jurisdicionais de cunho decisório. Não por acaso, fica bem clara a vinculação entre a teoria do processo justo e a perspectiva de eficiência da justiça civil, máxime ao ângulo da necessária proporcionalidade na utilização dos instrumentos visando à tutela dos direitos e à reflexão sobre a proibição do abuso de processo.

Noutro giro, a certeza do direito, a segurança jurídica, a isonomia, a juridicidade, a economia processual-judicial recomenda a uniformização e a estabilização da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Em semelhante perspectiva, quaisquer mudanças na orientação jurisprudencial (*overruling*), em tema processual, deve obedecer, pelo menos, a duas regras básicas de justiça: o aresto paradigmático há de individuar adequadas razões que possam idoneamente justificar a inovação jurisprudencial e produzir efeitos prospectivos (*ex nunc*),

⁷²⁰ GONZALEZ ALEGRÍA, Marco Antonio Gabriel. La motivación como derecho fundamental. **Sufragio**, México, 3ª Época, v. 1, n. 1, p. 45-49, año 2008, esp. p. 49: “*En este entendido, es que ya procedo a abordar la base valorativa de la función de administrar la justicia, que es precisamente, el debido proceso, pues es sólo mediante este concepto visto como un patrón o módulo de justicia, lo que sirve para determinar dentro del arbitrio y la libertad del individuo dentro de un proceso, pues sólo así se logrará el respecto a las garantías procesales tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro de un proceso.*”

vale dizer, embora sirva de ponto de referência para os processos em curso, é de rigor que, na linha da irretroatividade, respeite os casos definitivamente julgados, sob a égide de entendimento jurídico já agora superado.

Assim, a mutação jurisprudencial na interpretação e aplicação de normas processuais (vetustas ou novas, pouco importa), reguladoras do processo, que impliquem uma releitura de institutos, sistemas, subsistemas, há de conformar-se à referência de justo processo, essencialmente caracterizado pelas garantias fundamentais da igualdade das partes (“*parità delle armi*”), contraditório, imparcialidade do juiz, duração razoável. De sorte que, por exemplo, a legitimidade da interpretação das normas processuais, segundo a rede do garantismo, proclamada na constituição, é no sentido de evitar que o processo tenha uma duração irrazoável, com dilações indevidas, decorrentes de sucessivas mudanças em seu curso, retardando a justa composição do conflito. Quando houver mais de uma interpretação válida, há de ter primazia aquela que melhor cumpra os cânones do justo processo. Seja como for, o advento da mudança de um precedente consolidado, que desfrutava de longa estabilidade, e no qual a parte depositou sua confiança, estabeleceu sua conduta e estratégia processuais de defesa, não pode acarretar-lhe um prejuízo irreversível. O problema assume contornos mais agudos quando se considera que a função nomofilática tenha sido deflagrada *ex officio* sobre questão de direito não suscitada pelas partes e a cujo respeito, até então, havia firme orientação jurisprudencial. O ato processual, praticado segundo as regras previstas no momento de sua consumação, ainda que sob a égide de equivocada interpretação jurisprudencial (*contra legem*), reiterada no tempo, não pode obviamente ser alcançado por *revirement* da jurisprudência: há de ser considerada a *lex temporis*, sob pena de deformação do escopo do justo processo⁷²¹.

Inversamente, pode ocorrer que, antes da inovação jurisprudencial, a decisão judicial haja aplicado corretamente a norma processual, embora de forma diametralmente oposta aos precedentes judiciais de então. Nesta hipótese, a virada de jurisprudência deve valer apenas para os processos futuros.

⁷²¹ RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell’interpretazione delle norme processuali e “giusto processo”. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno LXVI, seconda serie, n. 6, p. 1.390-1.406, nov. 2011, esp. p. 1.399.

5.4 Os perfis horizontal e vertical da motivação

No raio de influência do Estado Constitucional Democrático de Direito, desponta um novo perfil da atividade jurisdicional. A par do exercício da função judiciária clássica de resolver conflitos, o juiz assume o papel de guardião dos direitos fundamentais e de controle da constitucionalidade dos atos normativos e das atividades executiva e legislativa em geral. O processo transformou-se no *locus* de realização dos valores constitucionais. Presentemente, cada vez com maior intensidade, o juiz é instado a colmatar o conteúdo de normas que hospedem conceitos (ou melhor: termos) juridicamente indeterminados (v. g., boa-fé objetiva, bons costumes, proibidade, interesse público, bem-estar social, função social da propriedade). Passe a obviedade, é insuficiente que o juiz afirme ter o autor agido de boa-fé, porquanto seria mera repetição do preceito legal. Cumprir-lhe densificar o conceito, com o caso concreto e singular *sub judice*, fazendo-o mediante juízo axiológico, valorativo, nos limites da normatividade jurídico-constitucional. Não por acaso, no âmbito do Estado de bem-estar social, com o surgimento de novos direitos e instrumentos de tutela, ao juiz afetou-se a responsabilidade de realizar os objetivos, promocionais e projetados para o futuro, dos direitos sociais, e, por isso mesmo, seus poderes-deveres experimentaram formidável incremento. De sorte que, na moldura da concepção publicista do processo civil, avultam alguns poderes de: (i) admissão ou não da demanda (v. g., exame da petição inicial); (ii) direção do processo; (iii) polícia; (iv) impulso processual oficial (instrumento operativo imprescindível em prol da garantia constitucional da razoável duração do processo); (v) saneamento; (vi) instrução; (vii) julgar (“poder-fim”); (viii) coerção; e, simetricamente, despontam alguns deveres de: (i) promoção do andamento célere da marcha do processo; (ii) repressão de atos atentatórios à dignidade da Justiça; (iii) motivação analítica das decisões; (iv) aproveitamento dos atos processuais, em tributo ao princípio da instrumentalidade das formas; (v) pronunciar as razões de impedimento.

Conducente dizer que, ao novel papel do juiz, foi confiada a missão de buscar, com empenho inovador, em cada caso concreto, a solução equitativa e razoável, fazendo-o, de um lado, abandonar, por reflexo mecanicista, a postura inanimada de singela boca que pronuncia as palavras da lei (*‘la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n’en*

peuvent modérer ni la force ni la rigueur’, na celebérrima expressão montesquiana⁷²², como uma reação à desconfiança no “*ancien régime*”) ⁷²³, cuja essência da jurisdição estava na sua logicidade, embora esteja jungido às suas prescrições e sem sair dos limites que o ordenamento jurídico lhe fixa, e, de outro, robustecendo, sobremodo, o relevo da justificação argumentativa das premissas de fato e de direito, inexoravelmente concatenadas, à base de sua conclusão final. Já agora se afigura insuficiente aludir apenas aos motivos pelos quais aplicava ou não determinada regra jurídica (justificação perante o legislador). À sua margem de apreciação (v. g., busca da solução mais adequada às especificações do caso concreto, fundada em juízos de valor), salpicou-se o fermento do crescimento: fez abrolhar a terceira margem do rio. A atividade jurisdicional de hodierno, sem repudiar a concepção jurídica de justiça, não abre mão de uma intensa criatividade do juiz, com responsabilidade, mormente no julgamento de questões que, não raro, transbordam da normatividade estrita (v. g., interpretação de normas de textura aberta, ou quando a lei é obscura ou incompleta), para fazer governar a justiça.

Sua empreitada agigantou-se em complexidade, extensão e profundidade, passando a exigir-lhe incondicional submissão ao reino dos porquês: há de indicar as razões justificativas que nortearam suas percepções de escolha, apontar os motivos de suas opções valorativas (v. g., no preenchimento de normas que abrigam conceitos juridicamente indeterminados), explicar por que os fatos relevantes da causa foram conformados *daquela maneira*, assinalar por que entendeu que era aplicável *aquela* dispositivo legal; por que lhe abonou *aquela* interpretação, dentre outras possibilidade exegéticas juridicamente válidas. Usualmente, os enunciados jurídicos contêm pelo menos duas soluções legítimas, o que, para espancar o arbítrio judicial, robustece a necessidade de motivação adequada, coerente, racional, aceitável. Como inafastável exigência do direito de defesa e da garantia fundamental do contraditório (v. g., o direito de ser ouvido, produzir alegações, provas e contraprovas e, de conseguinte, vê-las examinadas e, acolhidas ou não, resolvidas, mediante motivos racionalmente aceitáveis), ao juiz, para além de mostrar sua preferência por determinada versão probatória ou por determinada interpretação da norma, impõe-se o dever de analisar criticamente as versões

⁷²² CALAMANDREI, Piero. Giustizia e politica: sentenza e sentimento. In: **Processo e democrazia**. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell’Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954. p. 43-67, esp. p. 58.

⁷²³ Sobre ser a motivação das decisões uma reação à praxe judiciária vigente durante o antigo regime, vide NARDO, Giulio, op. cit., p. 377.

antagônicas (fática e jurídica), para demonstrar *in concreto* sua flacidez e indicar explicitamente as razões pelas quais mereceram crédito escasso⁷²⁴.

Sem o exame das versões contrapostas, infirmadoras do raciocínio judicial, a motivação (meia sola) é inapropriada, incompleta, irracional e, bem por isso, desbordante do padrão de razoabilidade aceitável e transgressora do direito de influência radicado no contraditório. A ser diferente, o direito de defesa e o contraditório seriam garantias puramente quiméricas e desprovidas de efetividade, reduzidas a menos que zero. Quando a motivação deserta da exigência elementar de inteireza ou de plenitude (“*completezza*”) justificativa, deixando de fornecer a totalidade dos elementos de convicção (versões e, sobretudo, contraversões), acaba por inviabilizar a ulterior compreensão tendente ou não à aceitabilidade, à validade, à correção e à legitimação do exercício da jurisdição estatal. É o enlace entre motivação e arbítrio, a solapar o prestígio e a credibilidade do poder jurisdicional perante a sociedade. Em suma, para forrar-se dessa falsa motivação, o juiz deve prestar contas (*reddere rationem*) da equidade de todos os discernimentos utilizados nos enunciados de fato (versão e contraversão infirmatória da convicção judicial)⁷²⁵ e de direito (v. g., a interpretação eleita e as afastadas), os quais servem de esteio à solução dada ao conflito: porque determinado motivo preponderou sobre outros igualmente aceitáveis, à luz dos valores estratificados no meio social do lugar e em determinada quadra histórica.

Neste particular, a chamada teoria tópica do juízo e da motivação (que, em essência, emprega as noções de senso comum, de princípios gerais, axiomas e conceitos geralmente aceitos, com a prevalência de fatores de razoabilidade e de equidade, em um contínuo fluxo de diálogo semântico, cultural e valorativo com a ambiência social), contraposta à teoria silogística (de orientação sistemático-dedutiva), a despeito das críticas que se lhe endereçam, têm o inegável mérito de facilitar a compreensão da opinião pública, mediante comunicação

⁷²⁴ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione, op. cit., p. 238.

⁷²⁵ FILIBERTO, Marisa, op. cit., p. 94-96: “*Pertanto, se esistano all’interno del giudizio prove suscettibili di condurre ad un diverso accertamento dei fatti, il giudice dovrà giustificare in maniera più specifica le ragioni per cui non le ha ritenute convincenti. In tale direzione muovono non soltanto la prevalente giurisprudenza di legittimità, che ritiene, come visto, che, in presenza di acquisizioni probatorie sul fatto da accertare, che potrebbero condurre ad una decisione diversa da quella adottata, il giudice del merito non può ometterne in motivazione l’esame e la valutazione critica, giacché nel fatto che determinate prove siano state ritenute convincenti può essere implicita la valutazione negativa delle prove contrarie, ma non le ragioni di tale valutazione, ma anche autorevoli analisi dottrinali che riconducono il dovere di motivare in ordine alle prove che contrastano con il suo convincimento alla garanzia del diritto alla prova.*”

mais eficiente e singela do discurso do juiz, e de servir de ponte de ouro entre os valores por ele adotados e os existentes na sociedade ou em determinado grupo social⁷²⁶.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, a potencialização da liberdade e a otimização dos poderes do juiz implicam, simétrica e proporcionalmente, maior esforço argumentativo-justificativo, alicerçado na “razão prática”, na qual se contêm as ideias de universalidade, coerência, consenso (e abstraindo-se do juiz Hércules dworkiniano, onisciente e onipotente), máxime nos chamados casos difíceis⁷²⁷, cujo arcabouço conceitual envolve noções díspares (v. g., inexistência de resposta correta,⁷²⁸ justificada pelo senso comum ou pelo realismo; dúvidas sobre quais sejam os fatos relevantes; quando a norma aplicável admite mais de uma interpretação; a norma de regência conduziria a resultados manifestamente injustos ou irrazoáveis; direito incompleto ou inconsistente, donde a questão à base do conflito não está determinada pelos *standards* jurídicos existentes)⁷²⁹, além de conexionar-se ao crescimento de sua reponsabilidade⁷³⁰ perante a comunidade e o povo, em cujo nome a sentença é pronunciada. Tem o sabor do óbvio a assertiva de que um poder estatal sem responsabilidade é dissonante dos valores prestigiados pelo regime democrático. É inexorável, na perspectiva do fenômeno do garantismo e na pauta da ordem jurídica, a relação de causalidade entre poder público e responsabilidade, com implicações recíprocas. Ao crescimento de poder do juiz corresponde correlatamente o aumento dos controles sobre seu exercício (sistema *checks and balances*). O fito primordial é possibilitar, endo e extraprocessualmente, controlabilidade racional sobre o raciocínio judicial. A única via eficaz, para tanto, é consentida pela obrigatoriedade de motivação pública dos pronunciamentos

⁷²⁶ A problematização a respeito de algumas teorias do juízo e da motivação (v. g., silogismo judicial, tópica, retórica) é objeto do Capítulo Sexto *infra*.

⁷²⁷ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003. p. 532-538.

⁷²⁸ No tocante à refutação da objeção segundo a qual, em um caso difícil, não pode haver uma resposta correta, mas apenas uma miríade de respostas aceitáveis, vide DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF). p. 445 e 446.

⁷²⁹ LYONS, David. Justification and judicial responsibility. **California Law Review**, Berkeley, 72, p.178-199, 1984, esp. p. 184-188.

⁷³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989, firme em John H. Merryman, p. 18: “Os Juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade. De consequência, o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou menor poder dos juízes em questão.”

jurisdicionais de cunho decisório (v. g., sentença). Não por acaso, a legitimação do exercício da jurisdição está fortemente alicerçada na motivação⁷³¹.

No eixo extensão (horizontalidade), em visão de amplitude e sob o aspecto formal, ao juiz cumpre obrigatoriamente motivar todos seus pronunciamentos jurisdicionais de conteúdo decisório. O dever de motivar, nessa perspectiva, abarca, no ordenamento jurídico brasileiro, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Um passo à frente, a exigência de motivação de todas as decisões judiciais, obrigatória e pública, induz a pensar um exclusivo padrão de decisão: a decisão motivada. De sorte que, como elemento estruturante do próprio julgamento, a motivação ostenta o condão de moldar o raciocínio decisório. Não se pode admitir, por exemplo, que o juiz motive sentença e tenha a faculdade de deixar de dar as razões que justifiquem a solução encontrada em um acórdão, ou vice-versa. Tampouco se revela crível que a exigência se (i) reduza a determinados órgãos judiciais, (ii) adstrinja a certo grau de jurisdição ou (iii) circunscreva a esta ou àquela instância. A garantia de motivação abrange, igualmente, as decisões proferidas por instâncias judiciais supranacionais (v. g., Corte Internacional de Justiça de Haia, Tribunal Penal Internacional, Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, Tribunal de Justiça da União Europeia)⁷³². A não ser assim, estar-se-á colocando a eficiência do controle endoprocessual no cesto das coisas imprestáveis. Deveras, como impugnar adequadamente uma sentença se ao juiz tiver sido franqueada a possibilidade de não a motivar? Nesse caso, sem qualquer guia de localização de eventuais erros e vícios constantes do *decisum* impugnado, por falta de motivação, e, por isso mesmo, ante a ausência de razões justificativas dos critérios de escolha do juiz, de suas opções valorativas, através de argumentos racionais, sólidos e válidos, os juízes revisores terão suas tarefas de controle sobremaneira dificultadas.

Corte Suprema, como ver-se-á, ainda que esteja a pronunciar palavra final, também está dentro do espectro de incidência do dever de motivar; não há duvidar que é mesmo o *set* onde a exigência de motivação se revela ainda mais imprescindível, viva. A falta de motivação justificada, ou o deserto de prestação de contas de razões que justifiquem a decisão da causa, reduziria também o controle extraprocessual a uma inutilidade análoga àquela de acender uma vela no interior da estrela Sol. De fato, como, por exemplo, a sociedade,

⁷³¹ A problematização do discurso justificativo racional radicado na motivação, para fins de consenso e de aceitabilidade sociais e de legitimação do exercício da jurisdição é objeto do Capítulo Décimo Segundo *infra*.

⁷³² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 189-195.

expressada na opinião pública, pode proficuamente empreender controle sobre a decisão judicial se a ninguém foi dado conhecer motivos, razões justificativas?

Pertinentemente à extensão, o modelo de motivação há de ser analítico, implicando a necessária e específica análise concreta de todas as questões ou pontos de fato e de direito, agitadas nos autos do processo, relevantes para o julgamento da causa. As questões ou pontos reputados não-relevantes ainda também hão de ser, mesmo que de forma concisa, explicitamente justificados pelo órgão judicial, em reverência ao superior valor igualdade, ao acesso à ordem jurídica justa, à efetividade da tutela jurisdicional, ao direito de defesa, ao contraditório, à imparcialidade do juiz, à segurança jurídica, ao devido processo legal. O que mais importa, nesta sede, é conhecer racionalmente os critérios de escolha do juiz e suas opções valorativas (v. g., por que apreçou um elemento de prova em detrimento daqueloutro, ou por que um ponto fático era mais relevante, menos ou desprovido de mais ténue importância). A motivação não prescinde da análise judicial das questões e pontos de fato e de direito aportados em contraditório pelas partes, como também da acurada apreciação, valoração e comparação do resultado das provas produzidas nos autos.

Não é supérfluo dizer que, dependendo do ponto de observação ou do exame mais atento, determinada questão que, antes, se projetava como essencial, passou, ao depois, a ser reputada como periférica, insignificante ou circunstancial, e vice-versa. Se acaso o juiz entender que determinada questão debatida em contraditório pelas partes revela-se desinfluyente para o deslinde da controvérsia, é de rigor que, então, ministre as razões que condicionaram sua convicção. O problema não é de economia processual, senão que de adimplemento de um novo modelo constitucional de sentença: a sentença adequadamente motivada. As dificuldades não se camuflam. Desponta o problema de se saber quais questões ou pontos hão de ser reputados essenciais e quais inessenciais. Onde, à luz das especificidades de cada caso concreto, a reclamada exigência de expressa e específica justificação analítica.

No que tange à profundidade (verticalidade), é inaceitável a motivação meramente formal, vale dizer, como quando o juiz apenas apresente as razões que justifiquem suas conclusões, mas que, às expressas, não se connexionem com as questões ou pontos de fato e de direito abordados e debatidos, em contraditório, pelas partes ou terceiros intervenientes no processo. Agora bem, muito ao contrário, a motivação não prescinde de substancialidade, no preciso sentido de apreender todos os elementos de fato e de direito considerados necessários e suficientes para, com congruência, supedanear o *decisum*. Não às fórmulas genéricas, às

expressões ocas e vazias de sentido contudístico referentemente àquilo que se decide: “defiro a liminar”, “defiro a antecipação de tutela porque presentes os requisitos legais”, “indefiro por falta de amparo legal”. Nem a sobrecarga de serviço dos juízes tampouco o pretexto de acelerar a prestação jurisdicional podem, com seriedade, justificar semelhante estado de coisas. Antes de mais nada, é necessário que as específicas razões justificativas guardem intrinsecamente pertinência temática (congruência concreta) com a espécie retratada nos autos do processo. Demais disso, há hipóteses que não se acomodam à noção de motivação substancial, pois que se reconduzem ao campo da justificação meramente formal (v. g., motivação fulcrada em enunciado de súmula vinculante⁷³³, editado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, motivação implícita, motivação *per relationem*, motivação *aliunde*)⁷³⁴. Com efeito, a sentença não se pode limitar a remeter a outra motivação, de modo a impossibilitar a individualização dos motivos e das razões que estão à base do dispositivo. Nesse sentido, a motivação há de ser autossuficiente.

Na eventualidade de o juízo de fato estribar-se, total ou parcialmente, em indícios, ao juiz cumpre demonstrar a correção das inferências concretizadas, inspirado em máximas de experiência válidas, bem como, ainda, evidenciar precisão e concordância dos componentes alcançados. A requalificação jurídica dos fatos, em decorrência da aplicação do princípio *iura novit curia*, não refoge à exigência de justificação específica e adequada; antes, aqui, a vindicação de um discurso justificativo, antecedido do necessário contraditório, faz-se, como é intuitivo, até mais premente e intensa, pois o figurino jurídico da demanda não foi recortado pelas partes, mas pelas mãos do próprio juiz.

Já na motivação de direito, todas as etapas da sequência decisória hão de ser necessariamente justificadas, seja o critério de escolha de determinada norma jurídica justaposta (premissa normativa adotada), seja a sua interpretação, com a indicação das razões do porquê de ter adjudicado aquele sentido ao enunciado normativo e não outro igualmente válido e aceitável. Na motivação *in iure*, a interpretação literal, a despeito dos delicados problemas que teoricamente suscita, ainda desempenha, na prática dos órgãos julgadores, papel abundante. Comumente, lança-se mão de interpretação lógica - *a pari*, *a fortiori*, *a contrario sensu* -, sistemática, mormente em questões de mais elevada complexidade. Não é infrequente o juiz assentar em suas decisões opinião de autores de obras científico-doutrinárias, notadamente em questões controvertidas. A motivação, por assim dizer, é tão

⁷³³ A temática é objeto do Capítulo Oitavo *infra*.

⁷³⁴ O problema é objeto do Capítulo Nono *infra*.

forte quanto o seu enunciado mais fraco. Cumpre ao juiz demonstrar, mediante a declaração de argumentos racionais, a justiça, a correção, a validade de suas opções postas como baldrame de sua conclusão final.

A motivação, no que toca ao seu modo, há de ser completa, no sentido de que estruturalmente o raciocínio justificativo abrace a integralidade da decisão, desde todos os passos do complexo procedimento de accertamento dos fatos, integrado por vetores de ordem racional e crítico, que se exigem sejam sempre objetivos, até as razões e os variegados critérios de escolha do juiz (decidir sempre implica cadeia de escolhas concatenadas e sucessivas, finitas, mas indefinidas, em sistema aberto, atentas a uma multiplicidade de critérios e de regras, as quais sucedem cada escolha): jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos. Diversamente, é incompleta (e viciada) a motivação, quando graficamente deixar de oferecer uma justificação concernente a cada um dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz, em seu passo a passo, para desembocar na conclusão. Os destinatários da motivação (*v. g.*, partes, seus advogados, sociedade) não podem debater e criticar razões que a decisão final se dispensou de expressar. A exigência de motivação, com inegável papel de racionalização da administração da justiça, implica que o juiz deva fornecer as razões justificativas concernente a cada argumento de fato e de direito relevante para o julgamento da causa. Os não-relevantes também hão de ser justificados, ainda que concisamente. É claro que a extensão do dever de motivar pode variar de acordo com a natureza do pronunciamento judicial, mas deve ser analisada à luz das especificações do caso concreto e revestir-se de precisão e detalhamento. A motivação deve evidenciar que o juiz leu as peças essenciais do processo. Ademais, por silêncio eloquente ou não, pouco importa, é incompleta a motivação que, em seu texto, contenha o gérmen da omissão, como quando o juiz deixe de se pronunciar sobre questões e pontos de fato e de direito, suscitados e debatidos pelas partes, relevantes para produzir julgamento adequado e justo da lide.

O contraditório é o coração do processo. Um dos elementos que integram o seu núcleo central é direito de influir (contraditório como direito de influência - *Einwirkungsmöglichkeit*), concreta e eficazmente, na formação intelectual da convicção do juiz e, desse modo, no conteúdo das decisões judiciais. Para tanto, as partes podem apresentar alegações orais e escritas, processuais ou referentes ao mérito da causa, propor e produzir provas, contraprovas, e participar da produção de provas requeridas pelo *ex adverso* ou de provas determinadas *ex officio* pelo órgão judicial, comparecer às audiências, afirmar fatos

jurídicos e fatos simples, pleitear providências em prol de sua posição jurídica⁷³⁵. A imediatidade da impugnação maximiza sua eficácia. Este conjunto de prerrogativas também está dentro do espectro da garantia da ampla defesa⁷³⁶.

A oralidade, com revigorado significado, irrompe na paisagem do direito processual civil cooperativo. Os monótonos monólogos de cada parte em si mesma considerada, no renovado viés da oralidade, com pendor de humanização das relações intersubjetivas no processo (atmosfera de *fair play*), e na esteira da ética, através do fenômeno da fotossíntese processual, são transformados, pelo juiz, em diálogo humano (voz animada)⁷³⁷. É inestimável, no quadrante do diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*), a possibilidade de observação imediata na apreciação das provas e contato direto do juiz com partes, testemunhas, peritos, mediante coleta de depoimentos orais e apresentação de alegações finais orais dos advogados. O impositivo diálogo judicial tem o condão de converter o juiz em “partícipe” da causa; poderá geri-la e dirigi-la com maior precisão, por melhor conhecer suas estradas, ruas, vielas. E, como consequência lógica, o juiz, assim “participante” do processo, pelo dever de nutrir ininterrupto diálogo com as partes, terá as rédeas daquele em mãos, o que, decerto, lhe permitirá dominá-lo com maior eficiência e, desse modo, proferir decisão mais justa e aderente à realidade fática subjacente à demanda judicial. Nesse contexto, a dialeticidade, como instrumento operacional do processo, impõe que, em condições de igualdade⁷³⁸, todas as questões e pontos de fato e de direito, mesmo aqueles cognoscíveis de ofício, sob pena de menoscabo à cooperação e ao diálogo no processo, com menosprezo evidente ao dever judicial de consulta e ao contraditório, sejam submetidas ao debate entre partes antes da decisão, tirante as hipóteses de tutelas de urgência (cautelar ou satisfativa), nas

⁷³⁵ No que toca à atividade das partes, seus vários atos processuais, alegações, ônus da prova e sua produção, e atos com efeitos substanciais, vide CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 769-800.

⁷³⁶ CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**: saggi. V. 16 de Biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. p. 22 e 23: “*Infatti, il diritto di impugnare, che si vorrebbe del tutto estraneo al diritto alla difesa, sembra a me un componente essenziale e non sopprimibile del diritto alla difesa, non potendosi negare che, se non ci fosse la possibilità di impugnare, le parti sarebbero alla merce del giudice: prova ne è che la Corte costituzionale ha ammesso l’impugnabilità per revocazione delle sentenze della Cassazione proprio per evitare che il diritto alla difesa fosse “gravemente offeso.”*”

⁷³⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos; prefácio de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14). p. 150.

⁷³⁸ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento ao longo de todo o processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório.”

quais se acolhe o seu exercício diferido, postergado⁷³⁹. Não é supérfluo enfatizar que as exigências de celeridade⁷⁴⁰ e de economia processual não podem conspurcar garantias fundamentais (v. g., direito de defesa, contraditório, motivação-justificação obrigatória e pública), vale dizer, perseguir cegamente a celeridade do processo, qual *fast food* judicial, a qualquer custo, mesmo ao do sacrifício de garantias fundamentais, equivale, à semelhança da celeberrima fábula, a matar a galinha dos ovos de ouro⁷⁴¹.

Demais disso, a motivação há de alinhar as órbitas do suporte fático-jurídico adotado intrinsecamente na decisão e os componentes efetivamente revelados nos autos do processo. Daí decorre o requisito intrínseco da motivação: a correção. Há, contudo, vício de incorreção, quando o texto da motivação deixa de fazer acoplamento natural com os subsídios que estão nos autos do processo. Configura-se desacerto entre as notas musicais que, por seu instrumento, o músico está produzindo e a partitura. A sinfonia executada não corresponde aos pentagramas.

A motivação impende que seja específica, completa, correta e expressa sobre todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa. Revela a trilha argumentativa na qual o juiz se enredou e afigura-se instrumento de aferição da racionalidade e da lógica da conclusão final. A técnica da chamada motivação implícita, com o fito de superar omissões no discurso justificativo judicial, lançando-se mão de razões expressas ofertadas para abonar outra escolha, a par da *contradictio in terminis* que encerra, e

⁷³⁹ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 9º: “Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo nos casos de tutela antecipada de evidência previstos no parágrafo único do art. 306 e nos de tutela antecipada de urgência.”

⁷⁴⁰ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 4º: “As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Constituição italiana de 1947, art. 111, § 2º: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.*”

⁷⁴¹ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**, op. cit., p. 508: “*Con tutto questo, resta valido peraltro il principio di fondo, ossia che: ‘la celerità del processo è un valore da perseguire a tutti i livelli con deciso impegno, a condizione però che non se ne faccia pagare il prezzo al diritto di difesa.*” Pelo mesmo diapasão, afina-se BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, p. 228-237, abr./jun. 2001, esp. p. 232: “Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique - nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores - hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.”

precisamente por violar as garantias do acesso à Justiça, da igualdade, do direito de defesa, do devido processo legal, e, sobretudo, do contraditório, o qual implica o dever ao juiz de examinar analiticamente todas as alegações, provas e contraprovas relevantes para o adequado acerto do conflito (quanto às não relevantes, o juiz há de ofertar, também e expressamente, as razões que justifiquem a repulsa, porque não foram levadas em consideração) não se coaduna com a organização e o funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Não se pode descuidar, sem fermentar perplexidades, da necessária conexão entre atividade de defesa das partes e o conteúdo do dever de motivação: ao juiz cumpre analiticamente examinar, nos perfis horizontal (extensão) e vertical (profundidade), a argumentação fático-jurídica esculpida pelos litigantes. Somente motivação explícita, não clandestina, cumpre semelhante papel. Nessa moldura, de superfície expressa, clara, e não de subterrâneo tácito, escuro, é intolerável motivação subentendida, por contrair garantias fundamentais do processo (v. g., igualdade, direito de defesa, contraditório, devido processo legal) e inviabilizar a eficácia dos controles endo e extraprocessual, pois não se pode procurar o discurso justificativo judicial nas entrelinhas de uma página em branco.

Além das partes, também o juiz se insere nesse procedimento dialético, dialógico⁷⁴². Porque assim é, ao juiz cumpre demonstrar, de um lado, que (i) todas as opções decisórias foram adremente submetidas ao filtro purificador do contraditório, e, de outro, (ii) o seu raciocínio decisório levou em conta o conglomerado de alegações, de provas, de contraprovas das partes, relevantes para o adequado julgamento da causa, em profundidade que vá além do pré-sal.

Sob o ângulo de mirada vertical, em decorrência das garantias fundamentais do acesso à tutela jurisdicional efetiva, da igualdade, e do contraditório e do devido processo legal, a motivação de fato do juiz há de cobrir, como um guarda-chuva aberto, todas as questões e pontos de fato relevantes para o julgamento da causa. Significa dizer que, através de procedimento racional e controlável, o juiz deve abonar, um a um, os critérios de triagem do material probatório (admissibilidade, pertinência e relevância). Justificar a valoração dos elementos de prova coletados, pouco importando de qual parte sobreveio originariamente, pois o importante é verificar se os fatos relevantes foram provados, e indicar pormenorizadamente os critérios de inferência utilizados para migrar dos elementos de prova

⁷⁴² Código de Processo Civil português, art. 3º, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se manifestarem.”. Ainda, art. 207, 1: “A arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária”.

ao resultado da prova, exprimindo, v. g., as razões de aproveitamento de máximas de experiência.

Ponha-se em alto relevo que o discurso justificativo *in facto*, com a explicitação de argumentação jurídica e racional válidas, permite atribuir, em cada caso concreto, determinado coeficiente de eficácia a todos os meios de prova, haja vista o dever constitucional de justificar, na motivação, os critérios de escolha ou de valoração dos perfis fáticos disponíveis nos autos do processo.

Nessa ordem de ideias, quando o juiz utiliza argumentos de prova⁷⁴³ que apenas no corpo da sentença vem de classificar como categóricos e capitais, também, nesta hipótese, a decisão se funda em questão de fato em relação à qual as partes não tiveram anteriormente azo de defesa, sonogando-se o direito de apresentar alegações defensivas de suas próprias razões e de produzir contraprova⁷⁴⁴. No encadeamento, ao juiz cabe, um passo adiante, ofertar as razões de sua convicção acerca da verdade, da probabilidade ou da verossimilhança dos acontecimentos históricos (historiografia) agitados nos autos, e que possam justificar o *decisum*.

5.5 O problema das decisões não suscetíveis de revisão proferidas por Corte Suprema

O argumento irrefutável de que valorativamente a motivação transcende o seu aspecto exclusivamente técnico-processual descansa no problema das decisões insuscetíveis de revisão (e, portanto, de impugnação) proferidas em última ou única instância por Corte Suprema. O *plus* é justamente sua dimensão de garantia fundamental, objetiva e estrutural, no

⁷⁴³ No sistema norte-americano, o progressivo alargamento dos poderes do juiz traduz-se no diâmetro do princípio de '*judicial notice*', invariavelmente escoltado das razões de '*fairness*,' que atrai para o órgão judicial o dever de consentir às partes o debate seja sobre este meio de aquisição processual, seja sobre o material probatório. Desta sorte, por exemplo: '*Model Code of Evidence*' (rule 804), '*Uniform Rules of Evidence*' (rule 10.1).

⁷⁴⁴ No que toca à aplicação extensiva do novel art. 101 do Codice di Procedura Civile italiano às questões de fato, confira-se TARUFFO, Michele. **Le riforme del diritto italiano**, op. cit., p. 12-13: "*Conseguenze analoghe si verificano quando il giudice fonda la decisione su presunzioni semplici o su argomenti di prova, stabilendo però soltanto in sede di decisione finale che questi elementi probatori hanno rilevanza o efficacia decisiva. Anche in questi casi, infatti, accade che la decisione si fondi su ragioni di fatto rispetto alle quali le parti non hanno avuto alcuna possibilità di difesa in un momento che precede la decisione: in particolare, esse vengono private del diritto di dedurre prove contrarie o di contestare l'attendibilità degli elementi probatori che il giudice intende porre a base della decisione in fatto.*"

quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. Disso descende que a inexistência de oportunidade de impugnação é desinfluyente para subtrair a decisão judicial da irreprimível necessidade de motivação⁷⁴⁵.

Por outras palavras, a impossibilidade de impugnação, em casos tais, não tem qualquer repercussão sobre o dever de motivar; antes, ao revés, densifica-o. Com efeito, frequentemente, as decisões proferidas por Cortes Supremas implicam necessariamente também valoração política, quando não as próprias questões políticas (v. g., mudança de partidos, cláusula de barreira partidária), e, por isso mesmo, ostentam formidável abrangência deste jaez, circunstância que torna ainda mais intensa a exigência geral de justificação, através de explicitação de razões adequadas que consintam que o tribunal se mova nesta direção ou naquelo outro endereço.

É de rigor sublinhar a importância, em sede de tribunais superiores, de uma singular justificação para, com coerência e homogeneidade, o desenvolvimento da construção hermenêutica, além de esculpir e de uniformizar jurisprudência, embora sujeita à evolução, flutuações e mudanças⁷⁴⁶, a cujo respeito são concebíveis funções persuasiva (v. g., precedente horizontal, proveniente de órgãos judiciais postados no mesmo patamar hierárquico), paradigmática, monofilácica (a interpretação uniformizadora, que deve ser apresentada como a correta, o modo escorreito de aplicação da lei no âmbito do território de um país). Não se pode olvidar a função crítica ou censora da jurisprudência, como fonte de inspiração do legislador, visando ao aprimoramento das próprias leis e ao aperfeiçoamento dos sistemas legais. Como as hipóteses submetidas à cognição de Corte Suprema versam sobre matérias e finalidades distintas, a motivação também há de exibir semblantes

⁷⁴⁵ O ponto não escapou à argúcia de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**, op. cit., p. 89-91: “Não é a circunstância de estar emitindo a *última palavra* acerca de determinado litígio que exime o órgão judicial de *justificar-se*. Muito ao contrário, é neste instante que a necessidade da justificação se faz particularmente aguda: o pronunciamento final, exatamente porque se destina a prevalecer em definitivo, e nesse sentido representa (ou deve representar) a expressão máxima da garantia, precisa, mais do que qualquer outro, mostrar-se apto a corresponder à função delicadíssima que lhe toca. Não é admissível que a garantia se esvazie, se despoje de eficácia, no momento culminante do processo mediante o qual é chamada a atuar. (...) Já tivemos ocasião de acentuar que, vista a fundamentação obrigatória como garantia inerente ao Estado de Direito, desaparece qualquer motivo para que a exigência se limite a decisões suscetíveis de revisão. Não há distinguir, portanto, nessa perspectiva, entre pronunciamentos decisórios deste ou daquele órgão. Os tribunais que se situem na cúpula do aparelho judiciário não de sujeitar-se, como todos os outros órgãos judicantes, à necessidade da “*justificação formal*”, tornando públicas as razões de decidir. Essa necessidade subsiste mesmo nas hipóteses em que o tribunal esteja a julgar em último grau, e a emitir pronunciamentos que nem sequer por meio de ação autônoma comportem impugnação.” (Grifos no original)

⁷⁴⁶ VANWELKENHUYZEN, André. La motivation des revirements de jurisprudence. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 251-286, esp. p. 258-269.

específicos, refletores de tais especificidades. Quer-se dizer que, nesta sede, decisão tendente à unificação da jurisprudência há de assumir um determinado discurso justificativo, diferente daquela motivação que tem o fito de controlar a juridicidade da decisão em um caso concreto⁷⁴⁷.

Não parece duvidoso que, no plano técnico, somente a decisão motivada exiba idoneidade, teórica e prática, para enriquecer, uniformizar e se constituir em *lídimo* precedente judicial, ou, quando menos, em bussola de orientação para as instâncias inferiores. Sem o núcleo central consistente na *ratio decidendi* não haveria sequer a possibilidade, no solo empírico, de existir um sistema de vinculação obrigatória ao precedente. A doutrina do *stare decisis* estaria fadada a morrer de desidratação e, por conseguinte, o sistema da *common law* iria desmoronar na incerteza do direito⁷⁴⁸. Da ruína não se salvaria o sistema da *civil law*, pois que, em arquitetura hierarquizada, de controle vertical, também é permeável à formidável influência da jurisprudência dos tribunais superiores.

É conveniente dizer, em sentido oposto, que, apesar de reconhecerem a relevância da motivação na formação de precedente judicial, autorizadas vozes doutrinárias sustentam que, nos tribunais superiores, não haveria qualquer nota de peculiaridade a ser aposta à justificação como dever geral de motivação. O ponto-chave, segundo entendem, está incubado na possibilidade de pensar-se em um modelo teórico no qual corte suprema estivesse obrigada única e exclusivamente a motivar suas “*decisões mais importantes*”, sem que isto signifique atenuação da ideia de motivação como garantia⁷⁴⁹. Semelhante modelo de motivação acidental, conquanto abstratamente possa ser concebido, induz, no mundo de carne e osso, maiores percalços que convidam a uma reflexão crítica: a uma, porque a couraça da garantia fundamental da motivação obrigatória, dada sua inerência, como elemento de organização e

⁷⁴⁷ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 16.

⁷⁴⁸ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, Bari, anno 8, n. 1, p. 1-19, 2013, esp. p. 18: “*Si spiega, inoltre, quell’imponente aspetto dell’esperienza giuridica che si manifesta nella minuziosa raccolta e catalogazione dei precedenti giurisprudenziali e nella loro osservanza per la soluzione di analoghe casi futuri. La motivazione delle sentenze, con cura raccolte e sistemate, costituisce la guida per risolvere le future controversie analoghe, contribuendo così incomparabilmente a rendere certo il diritto.*”

⁷⁴⁹ Vide, por todos, TARUFFO, Michele. **Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione**, op. cit., p. 40: “*Talvolta si parla anche di una diversa giustificazione, riferita in particolare alle pronuncie delle corti supreme, per cui la motivazione serve a “fare la giurisprudenza”, in quanto solo la sentenza motivata può costituire un precedente o una guida per le corti inferiori. La funzione che in questo modo si assegna alla motivazione è di grande importanza, ma, mentre non giustifica in assoluto un obbligo generale di motivazione (potendosi in astratto concepire una Corte di Cassazione che motivi solo le sentenze più importanti), di per sè non significa affatto la recezione del concetto di motivazione come garanzia.*”

de funcionamento, ao Estado Constitucional Democrático de Direito, é insuscetível de ser perfurada por exceções; a duas, porque, a ser diferente, fragilizada a garantia, abrir-se-ão as portas do arbítrio judicial e as janelas do processo autoritário⁷⁵⁰; a três, porque todas as demais garantias fundamentais do processo civil, as mais da vezes, ficariam suspensas no ilusório céu das abstrações e, sem o dever geral de motivação, perderiam sua medida de efetividade prática; a quatro, porque a aferição da justiça material da decisão restaria irremediavelmente comprometida, ante a impossibilidade, por exemplo, de verificar-se ser a decisão fruto de uma correta interpretação em aplicar normas jurídicas ao conflito; a cinco, porque incidiria uma visão minimalista de controlabilidade externa (política) difusa do conjunto das decisões judiciais, pela comunidade em geral, através das cordas vocais da opinião pública, e pelo cidadão *uti singuli*; a seis, porque o conceito de “decisão mais importante” é fluido, amorfo e perigosamente subjetivo, sobretudo nos chamados casos difíceis, nos quais podem ocorrer, por exemplo, problemas de interpretação (premissa normativa), de relevância dos fatos, de provas e de qualificação (premissa fática); a sete, porque haveria inúmeros (e dissonantes) pontos de referência para se aquilatar o coeficiente de importância da decisão: ao ângulo das partes, sob a ótica do tribunal superior, sob o prisma do controle externo do povo; haveria luzes e sombras, argumentos favoráveis e contrários pressionando as escolhas; a oito, porque a criação de decisão judicial de segunda classe (*scilicet*, “menos importante”) não responde a razão técnica alguma. Não é exagero admitir, no limite, em algumas hipóteses excepcionais, que a motivação possa ser sucinta, mas, em qualquer caso, expressa, clara, precisa, coerente, cônica. Decerto, a falta de motivação gráfica ou ideológica (a qual, soa trivial, não se confunde com motivação concisa) é que não se compadece com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Não é ocioso ressaltar, nesse contexto, que se a motivação (i) é elemento essencial da estrutura intrínseca da sentença em que se exercita a jurisdição, e, portanto, (ii) componente vital de sua constituição, (iii) é o *locus* no qual o juiz *resolve* todas as questões e pontos de fato e de direito debatidas, em contraditório, pelas partes (*v. g.*, questões preliminares,

⁷⁵⁰ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso Extraordinário 540.995 / RJ, Relator Ministro Menezes Direito, data de Julgamento: 19/02/2008, data de Publicação: DJe-078 – 02.05.2008, encimado da seguinte ementa: “Recurso extraordinário. Garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Artigo 118, § 3º, do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar. 1. A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa. 2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação. 3. A lavratura do acórdão dá consequência à garantia constitucional da motivação dos julgados. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido.”

prejudiciais e de mérito), a falta de motivação (gráfica ou ideológica) ou motivação simbólica, precisamente por não se reconhecer, nesta hipótese, o legítimo exercício do poder jurisdicional e aniquilar a controlabilidade (interna e externa) racional das razões justificativas, consente pensar e situar o fenômeno no plano da inexistência jurídica, e não no degrau posterior de sua invalidade⁷⁵¹. O paroxismo é avassalador: como decidir um conflito sem, antes, resolver as questões que o conformam? Basta fazer um singelo e breve exercício: fechar os olhos e, agora, projetar na mente a figura de uma sentença somente com relatório e parte dispositiva, como se fosse uma reluzente armadura toda branca, mas, sem corpo nem rosto, vazia?⁷⁵² Não se pode, com honestidade intelectual e fé reflexiva, sacrificar o superior valor justiça (seja qual for o sentido que se lhe queira emprestar: de alto ideal moral ou social ou como equivalente ao Judiciário, ou ainda limitado ao contexto do processo civil) no altar da segurança jurídica. Como acreditar que a justiça do arbítrio, do autoritarismo, possa inspirar uma convivência fraterna no seio da sociedade? Que paz social poderá advir de um processo, em sua realidade dinâmica, cuja sentença, sem nada resolver, foi proferida com absoluta ausência de razões justificativas? Fica-se no limbo, pois não se sabe, por exemplo, quais foram objetivamente as opções axiológicas que conformaram os critérios de escolha de premissas fáticas das quais decorre logicamente a conclusão final (ou parte dispositiva). Contudo, há vícios de pigmeu peso ou de menor gravidade (v. g., determinadas omissões, insuficiências e contradições, não atreladas a ponto decisivo da causa, seja alegado pelas partes, seja relevado de ofício), os quais, a par de não impedirem a controlabilidade racional das razões justificativas e da conclusão final, caracterizam hipóteses não de inexistência jurídica do *decisum*, mas de sua inexorável invalidade.

⁷⁵¹ A tese da inexistência jurídica da sentença, com falta de motivação (gráfica ou ideológica), ou incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre estas e a ilação final é objeto do Capítulo Nono *infra*.

⁷⁵² CALVINO, Italo, 1923-1985. **O cavaleiro inexistente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 9-10: “- Aaah... – fez Carlos Magno. Mas logo franziu as sobrancelhas. - E por que não levanta a celada e mostra o rosto? O cavaleiro não fez nenhum gesto; sua direita enluvada com uma manopla férrea e bem encaixada cerrou-se mais ainda ao arção da sela, enquanto o outro braço, que regia o escudo, pareceu ser sacudido por um arrepio. – Falo com o senhor, ei, paladino! – insistiu Carlos Magno. – Como é que não mostra o rosto para o seu rei? A voz saiu límpida da barbela. – Porque não existo, sire. – Faltava esta! – exclamou o imperador. – Agora temos na tropa até um cavaleiro que não existe! Deixe-nos ver melhor. Agilulfo pareceu hesitar um momento, depois com mãos firmes e lentas ergueu a viseira. Vazio o elmo. Na armadura branca com penhacho iridescente não havia ninguém. – Ora, ora! Cada uma que se vê! – disse Carlos Magno. – E como é que está servindo, se não existe? – Com força de vontade – respondeu Agilulfo – e fé em nossa santa causa! – Certo, muito certo, bem explicado, é assim que se cumpre o próprio dever. Bom, para alguém que não existe está em excelente forma!”

À falta de motivação, massacra-se o controle racional das implicações e da coerência entre os enunciados de fato. Surge o quarto modelo de juiz⁷⁵³: Crono. O juiz Crono, ao devorar a motivação da sentença, consente que se dividam suas habilidades: arremessar, para o fundo do Tártaro, os filhos gerados pelo garantismo, cuja iconografia são as imagens das garantias fundamentais do processo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade, contraditório e ampla defesa, imparcialidade, publicidade, devido processo legal). Nessa perspectiva autoritária, o juiz Crono, além de dirigir procedimento formalmente injusto, produz, por isso, solução substancialmente injusta do conflito. Considerado o tempo personificado, o voraz juiz Crono devora, do mesmo modo, o cânone da duração razoável do processo, acarretando-lhe dilações indevidas, em desfavor da parte mais fraca. Que, afinal de contas, segurança jurídica é esta? Outra faceta do juiz Crono é que, no atinente à exigência de motivação, ele se dá por jubiloso que a fundamentação formalmente exista, conquanto abusiva e gravemente lacunosa, precária, insuficiente, incôgrua, falsa, anos-luz de distância das circunstâncias do caso concreto e das necessidades do direito material. A aposta do jogo é

⁷⁵³ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Academia** (Revista sobre enseñanza del Derecho), Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007, esp. p. 102-105: “*Tomemos el modelo de la pirámide o del código. Lo llamaremos el Derecho jupiterino. Siempre proferido desde arriba, de algún Sinaí, este Derecho adopta la forma de ley. Se expresa en el imperativo y da preferencia a la naturaleza de lo prohibido. Intenta inscribirse en un depósito sagrado, tablas de la ley o códigos y constituciones modernas. De ese foco supremo de juridicidad emana el resto del Derecho en forma de decisiones particulares. Se dibuja una pirámide, impresionante monumento que atrae irresistiblemente la mirada hacia arriba, hacia ese punto focal de donde irradia toda justicia. Evidentemente ese Derecho jupiterino está marcado por lo sagrado y la trascendencia. De este modo, la aparición del segundo modelo el “herculáneo” aplicado sobre la tierra, toma la figura de revolución –gesto iconoclasta que hace del hombre, más concretamente del juez, la fuente del único Derecho válido–. En la huella de las diversas corrientes que se declaran realistas – pensamos especialmente en el “realismo americano” y particularmente en la sociological jurisprudence–, entra en juego un modelo que calificaría de embudo (pirámide invertida) o de dossier. (...) Proponemos representar este modelo bajo los rasgos de Hermes, el mensajero de los dioses. Siempre en movimiento, Hermes está a la vez en el cielo, en la tierra y en los infiernos. Ocupa resueltamente el vacío entre las cosas, asegura el tránsito de unas a otras. Dios de los mercaderes, preside los intercambios; Psicopompo, conecta los vivos y los muertos; dios de los navegantes, supera travesías desconocidas. Hermes es el mediador universal, el gran comunicador. No conoce otra ley que la de circulación de los discursos, con la que arbitra los juegos siempre recomenzados. Si la montaña o la pirámide convenían a la majestad de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, en cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto un polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos en interrelación. Un campo jurídico que se analiza como una combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo intercambiables; una multiplicación de los actores, una diversificación de los roles, una inversión de las réplicas. Tal circulación de significados e informaciones no se deja ya contener en un código o en un dossier; se expresa bajo la forma de un banco de datos. El Derecho posmoderno, o Derecho de Hermes, es una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos. Sin embargo, para intentar describir estos juegos del lenguaje, infinitamente complejos y enredados, propondremos algunos aspectos de lo que se podrá llamar una teoría lúdica del Derecho. Finalmente, terminaremos dejando en toda su radicalidad la cuestión de la legitimidad: pues si Hermes no es ni trascendencia ni inmanencia, sino, una vez más, se encuentra entre la una y la otra (dialéctica) o, mejor todavía, paradoja (la una y la otra), entonces tendremos que, igualmente, aprender a reformular nuestras respuestas a la cuestión del “buen Derecho”.*”

alta: ao prestigiar a patologia judiciária de classificar a motivação como tela de hipocrisia, acentua sua crise, colabora para o declínio do direito, a incerteza jurídica, e o desdenho do valor eterno do processo.

O juiz Crono, embrulhado em brumas de mistério, faz prevalecer o juízo sobre a ação, mas, por sua performance, acaba por negá-lo, e refutar a justiça⁷⁵⁴. Não é lógico, nem sensível, não é consequencial, tampouco precursor. Esfalha-se em encaixar a qualquer preço, arbitrariamente, o caso particular aos esquemas jurisprudenciais, para justificar, apartando-se do dever de lealdade, as mais ignominiosas injustiças. Outra nota essencial do juiz Crono: serve, antes e acima de tudo, à sua carreira, e não à jurisdição, mesmo ao preço do sacrifício de direitos fundamentais e de garantias essenciais do processo judicial, o qual, na expressão sattiaiana, é reduzido a uma pura farsa, a uma mera paródia de justiça. Habitualmente, patrocina injustiça no atacado, além de inserir, em horas trágicas de terror, os jurisdicionados no quadro de uma *via crucis*. O juiz Crono anima o decisionismo judicial, é o inverno do processo, refratário ao diálogo humano de dupla mão com as partes, indigente de sentimento de equidade e, sem estar em uníssono com seu povo, deserta da responsabilidade de abonar sustentação racional ao sentimento social de justiça, do lugar e do tempo no qual está inserido. Move-se, diabolicamente, na zona de penumbra e abdica de fazer uma valoração moral e política da lei, e, assim, aplica burocraticamente normas como elas são, sem julgá-las, ainda que sua “consciência” as considere socialmente injustas e moralmente repugnantes.

O juiz Crono, invertendo a ordem do silogismo moral, primeiro adota o dispositivo da decisão e, ao depois, busca garimpar argumentos fáticos, e escudar-se exclusivamente em fundamentação de fato, que é insuscetível de impugnação, ocultando as razões de direito, para inviabilizar o acesso recursal aos Tribunais Superiores. Ainda outra nuance das habilidades do juiz Crono: *ex vi* do tipo de motivação utilizada (singularizada por omissão, insuficiência e incongruência de motivos justificativos), é uma mola propulsora do formidável número de recursos na vida prática do processo. Às partes, por refinada ironia, ainda é creditada a pecha de abuso do direito de impugnar. Não por acaso, o sistema recursal é o ponto mais sensível e, via de regra, exposto aos imponentes e sucessivos influxos renovatórios da legislação processual civil. Há, porém, evidente desvio de perspectiva no trato desse problema. Como aquelas mulheres nas areias da praia da Barra da Tijuca, mostra-se o universo, mas esconde-se o *punctum dolens*: o exponencial incremento do número de recursos e do correspondente ingurgitamento patológico das veias jugulares da atividade judicial é, na experiência forense,

⁷⁵⁴ SATTA, Salvatore. Il mistero del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 4, Parte 1, p. 273-288, 1949, esp. p. 288.

puro reflexo do “padrão” de decisão adotado pelo juiz Crono. Comumente, combatem-se os efeitos, mas, por comodidade, tangencia-se a causa eficiente da problemática. A sociedade contemporânea é complexa, mas não se pode conestar que seu sistema de justiça seja misterioso, enigmático, irracional. Francamente, bem pesadas as coisas, o surrealismo fantástico na literatura calviniana é admirável, mas, no exercício da função jurisdicional, é inaceitável e catastrófico, sob três prismas: dos jurisdicionados, do povo, em cujo nome a decisão judicial é pronunciada, e da vida do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nessa moldura, como degeneração patológica, se o instrumento é impotente para garantir a realização da justiça, se a sentença, por exemplo, com a absoluta falta de motivação, é juridicamente inexistente, não seria razoável vislumbrar modelo abstrato no qual uma corte suprema (ou mesmo um juiz de primeiro grau de jurisdição) possa motivar apenas as decisões que repute mais importantes. Todas as demais, do naipe “*menos importantes*”, as quais o tribunal superior tenha se dispensado de motivar, escusando-se de indicar as razões justificativas da sua conclusão final, seriam juridicamente inexistentes, por falta de elemento essencial de constituição, por supressão de um componente capital de sua compleição: a motivação. O paradoxo é palmar e entra pelos olhos: a falta de motivação, ou sua insuficiência clamorosa, justamente pelo mais augusto dos Poderes, aquele que tem a elevada missão de assegurar, com independência e imparcialidade, a integridade do ordenamento jurídico e garantir a efetividade dos direitos fundamentais, dos direitos subjetivos e interesses legítimos. Contudo, como *prima ratio*, hão de ser resguardados os elementos de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, dentre os quais fulgura a motivação das decisões judiciais. Uma de duas: ou o juiz é guardião ou é algoz, pois não se pode dizer sim e não ao mesmo tempo, tampouco de forma seletiva (causas mais importantes ou menos), adversando direitos e garantias fundamentais: de acesso à justiça, da igualdade, da defesa, do contraditório, da imparcialidade, da publicidade, do devido processo legal.

Demais disso, apesar do *déficit* de controle interno, ante a impossibilidade de impugnação, o olhar externo permanece hígido, no que tange à controlabilidade da racionalidade, da juridicidade, da aceitabilidade do julgado pela opinião pública, como caixa de ressonância e voz da sociedade. A garantia fundamental da motivação pública, nessa perspectiva *extramuros*, assume conotação sociopolítica, visa, com idoneidade institucional, precipuamente, possibilitar um controle crítico e democrático sobre a eficácia da justificação hospedada na motivação em relação à conclusão final e uma fiscalização difusa sobre a administração da justiça, inclusive como pilar de legitimidade acerca da jurisdição prestada

por Corte Suprema⁷⁵⁵, especialmente no atinente ao *modo* como o juiz procede e julga, bem ainda ao produto de sua obra, à sua concreta independência, imparcialidade e sujeição à lei, a par de otimizar, por via reflexa, sua responsabilidade⁷⁵⁶. Portanto, o funcionamento da Justiça submete-se ao filtro crítico da comunidade em geral e ao crivo crucial da opinião de um cidadão médio (*quisquis de populo*)⁷⁵⁷. A maior relevância de corte suprema, a cuja boca institucionalmente está afeta a “derradeira expressão” da atividade jurisdicional, por moldar padrões de conduta no seio da sociedade, atrai, com mais vigor ainda, a motivação obrigatória como garantia fundamental. As decisões de corte suprema, ninguém o ignora, muitas vezes, estão conectadas a questões dotadas de alta octanagem política. As implicações políticas, por assim dizer, são mais agudas no campo específico da jurisdição constitucional, na qual, amiúde, se desborda das fronteiras estritamente jurídicas, e são mais intensas as relações entre corte suprema e parlamento⁷⁵⁸. Suas decisões, não raro, têm maior ressonância e alcançam

⁷⁵⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes**: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 140.

⁷⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?**, op. cit., p. 98-99: “Particularmente, de forma diversa dos legisladores, os tribunais superiores são normalmente chamados a explicar por escrito e, assim, abertamente ao público, as razões das suas decisões, obrigação que assumiu a dignidade de garantia constitucional em alguns países, como a Itália. Essa praxe bem se pode considerar como um contínuo esforço e convencer o público da legitimidade de tais decisões (...) De qualquer modo, mantém o seu valor enquanto tentativa de assegurar ao público que as decisões dos tribunais não resultam de capricho ou idiosincrasias e predileções subjetivas dos juizes, representando, sim, o seu empenho em se manterem fiéis “ao sentimento de equidade e justiça da comunidade”. Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais responsáveis perante a comunidade do que entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.”

⁷⁵⁷ Para uma percuciente visão panorâmica do significado ideológico-democrático da motivação, radicado na exigência de controlabilidade difusa sobre a administração da justiça, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 405-414, especialmente p. 406-407: “*Da tale superamento discende anzitutto che la motivazione non possa essere concepita soltanto come tramite di un controllo “istituzionale” (ossia nei limiti e nelle forme disciplinate dal vigente sistema delle impugnazioni), ma anche, e specialmente, come strumento destinato a rendere possibile un controllo “generalizzato” e “difuso” sul modo in cui il giudice amministra la giustizia. In altri termini, ciò implica che i destinatari della motivazione non siano soltanto le parti, i loro avvocati e il giudice dell’impugnazione, ma anche l’opinione pubblica intesa sia nel suo complesso, sia come opinione del quisque de populo. La connotazione politica di questo spostamento di prospettiva è evidente: l’ottica “privatistica” del controllo esercitato dalle parti e l’ottica “burocratica” del controllo esercitato dal giudice superiore vanno integrate nell’ottica “democratica” del controllo che deve poter essere esercitato da quello stesso popolo nel cui nome la sentenza viene pronunciata.*”

⁷⁵⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 1.325: “Numa decisão do Tribunal Constitucional interessa saber em que ‘vícios’, ‘causas’, ‘motivos’ ou ‘fundamentos’ ela se baseia para considerar e declarar uma norma inconstitucional ou não inconstitucional. (...) A fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional tem, também, uma função democrática: materializar a relação de concordância entre o órgão jurisdicional, “guardião da constituição”, e o povo em nome do qual são proferidas as decisões jurisdicionais. Esta função democrática é tanto mais importante quanto as sentenças do Tribunal Constitucional afivelem as máscaras de “legislador negativo” ou de “legislador interpretativo correctivo.”

notoriedade que se perde de vista na linha do horizonte. Inclina-se, por isso mesmo, à inexistência, motivação meramente aparente, contendo vagas alusões, afirmações genéricas e conteudisticamente ocas, que se prestariam a ser aplicadas indiscriminadamente a toda sorte de ocasiões⁷⁵⁹. Vagas referências configuram singelo circunlóquio ou logomaquia. A temática, no entanto, tem hipersensibilidade ou alergia a fórmulas imprecisas de fundamentação, senão que reclama concreta especificação, uma a uma, das razões existentes e tendentes à decisão. A causa deve ser individualizada, com a análise de suas singularidades em sede de motivação.

Não deve se constituir em mera explicação, mas, sim, uma causa. Os dados de fato da demanda judicial devem conexionar-se efetivamente com os elementos de direito. Não por acaso, nesse quadrante, é mais estridente o grito de necessidade de “justificação formal”,⁷⁶⁰ mormente em homenagem aos seguintes princípios democráticos: separação de poderes, participação, dever de fundamentação de decisões. Por mais elevada que seja a corte suprema, no fito de salvaguardar a certeza do direito, que é caráter constitutivo indefectível do ordenamento jurídico⁷⁶¹, como sua expressão e *número de ouro* é dar as razões que justifiquem suas decisões. É no cofre de corte suprema, de suas funções na biografia do Estado Constitucional Democrático de Direito e de sua autoridade moral que os jurisdicionados depositam fé e confiança no modo como os mecanismos da Justiça funcionam.

⁷⁵⁹ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 499, § 1º: “Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;”

⁷⁶⁰ LARENZ, Karl. **Derecho justo**, op. cit., p. 180: “*Ello puede hacer necesarias decisiones que no se puedan fundamentar completamente sólo con consideraciones jurídicas, pero el tribunal debe siempre explicar abiertamente sus razones.*”

⁷⁶¹ MONTELEONE, Girolamo. Riflessioni sull’obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certeza del diritto), op. cit., p. 17: “*Si comprende, allora, perché debbano essere motivate le sentenze, che provenendo dai massimi organi giurisdizionali non sono impugnabili. Come detto, non si tratta solo di soddisfare un interesse delle parti, ma ancor più di assicurare la certeza del diritto che è carattere costitutivo indefettibile dell’ordinamento giuridico. Anzi, per tale categoria di sentenze la motivazione è ancora più importante, perché emergono allo stato puro la sua essenziale funzione e la sua vera origine indipendentemente da qualsiasi considerazione particolare: essa, proprio perché promana dai massimi organi giurisdizionali, fa “diritto” più delle altre creando un precedente autorevole in funzione della risoluzione di casi futuri: ciò in cui consiste il proprium della certeza del diritto.*”

6 A PROPÓSITO DE DETERMINADAS TEORIAS DO JUÍZO E DA MOTIVAÇÃO EA PROBLEMÁTICA DA JUSTIFICAÇÃO DO DEVER DE MOTIVAR E FUNÇÕES DA MOTIVAÇÃO

6.1 Vivências do juiz, contexto sócio-cultural-ideológico, pré-compreensão subjetiva, influência de projeções inconscientes na motivação: o mito da neutralidade

A neutralidade axiológica do juiz é um mito? Afigura-se possível afirmar que exista decisão jurisdicional neutra? Imparcialidade e neutralidade são conceitos equivalentes? A estrutura psíquica e a dimensão política do “ser juiz”, o contexto ideológico, a conjuntura do caso, fatores sociais, condicionam a motivação de sua decisão? Há uma justiça baseada apenas na metodologia do silogismo judicial de jaez dedutivo-axiomático, que abstrai de todo e qualquer componente valorativo de seu palco de atuação?

O juiz, enquanto ser humano (demasiadamente humano), adquire, ao longo da vida, multifárias noções decorrentes, por exemplo, do meio sociocultural, de sua educação, de sua religião, de injunções históricas, de fatores ideológicos. O juiz não é uma espécie de Robson Crusoé, ilhado dos influxos de suas experiências pessoais e das influências de seus tirocínios profissionais, a par de se submeter a imperativos morais⁷⁶². O juiz não pode apagar suas opiniões da memória, tampouco abdicar de sua dimensão pessoal, enquanto desenvolve, em contexto individualizado, seu labor de interpretação-aplicação da lei, qual bloco monolítico⁷⁶³, e julga⁷⁶⁴.

Direito é linguagem, mas o sentido não está no texto normativo, pois é mediado pela sociedade ao nutrir o juiz com seu cardápio de valores e de padrões preponderantes. Não lhe é

⁷⁶² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados.

Temas de direito processual: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72, esp. p. 62:

“Constituiria, aliás, absurdo patente exigir do juiz que, ao exercer suas funções judicantes, se despojasse de todas as noções por ele apreendidas como homem, ao longo da vida, sob condições análogas às dos restantes membros da comunidade.”

⁷⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. 13. ed. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán *Wahrheit und Methode*. Salamanca: Sígueme, 2012. p. 381: “*Es la misma falla que atraviesa la interpretación jurídica en la medida en que el conocimiento de un texto jurídico y su aplicación a un caso concreto no son dos actos separados sino un proceso unitario.*”

⁷⁶⁴ VIANNA, Jose Ricardo Alvarez. Considerações iniciais sobre semiótica jurídica. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010, esp. p. 119: “Some-se a esse quadro que não existe intérprete (sujeito cognoscente) neutro, quer pelas limitações sensoriais; quer por fatores culturais.”

crível exigir, ao formular a solução do caso concreto, que se afaste de si mesmo, pulando sobre a própria sombra, e se descole de sua interpretação do mundo⁷⁶⁵, de suas opiniões políticas, fé religiosa, condição econômica, classe social, convicções filosóficas, (pre)conceitos, fobias, fetiches, e por aí vai⁷⁶⁶. Nem as forças titânicas que movem as placas tectônicas podem separar o juiz de suas noções, da compreensão do modo de ser do homem no mundo⁷⁶⁷ (a existência do ser no mundo heideggeriana), de seus sentimentos⁷⁶⁸, de suas utopias e desilusões⁷⁶⁹. Não se pode isolar o juiz de suas vivências pessoais, de sua identidade, de sua tradição, de seus valores existenciais, de seu espaço-tempo humano⁷⁷⁰. Por

⁷⁶⁵ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 68: “O “preconceito” como experiência do gênero não é obtido pela reflexão; ele surge da totalidade da interpretação do mundo num determinado mundo circundante [*Umwelt*] e sobretudo já é dado na e com a linguagem. A concretização de direito, impossível fora da linguagem, sempre é cocaracterizada por esse horizonte universal, pré-jurídico da compreensão. Ao lado dos seus problemas de interpretação, o texto, também o texto normativamente intencionado da norma jurídica, veicula ao mesmo tempo uma precedente referência material do intérprete a esses problemas. Prejuízos [*Vor-Urteile*] nesse sentido, a opinião prévia [*Vormeinung*] geral do uso da linguagem, bem como pré-compreensões contedísticas devem ser vistas na sua função produtiva como pressuposto e condição da compreensão.”

⁷⁶⁶ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 4. edizione. Firenze: Le Monnier, 1959. p. 237.

⁷⁶⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 4.

⁷⁶⁸ PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005. p. 20: “Assim como um ator vive um drama teatral, o juiz, por meio da intuição, pode *viver* a lei, isto é, as ideias contidas na ordem jurídica, transportando-as para o mundo real de onde tinham *escapado*, por causa das *amputações* feitas pela lógica tradicional. Para submergir na realidade, entende DUALDE ser necessário que o magistrado se abra para a instância do *pré-lógico*, dos *pressentimentos*. Para ele, a intuição surge como resultado das concepções intelectuais, dos impulsos sentimentais e das forças inconscientes.” (Grifos no original).

⁷⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 4. edizione. Firenze: Le Monnier, 1959. p. 272: “*E invece si vorrebbe nel magistrato soprattutto larghezza delle idee: la spregiudicata esperienza del mondo, la cultura che permette di intendere i lieviti sociali che bollono sotto le leggi, la letteratura e le arti, che aiutano a discendere nei misteri più profondi dello spirito umano. Sotto il ponte della giustizia passano tutti i dolori, tutte le miserie, tutte le aberrazioni, tutte le opinioni politiche, tutti gli interessi sociali. E si vorrebbe che il giudice fosse in grado di rivivere in sé, per comprenderli, ciascuno di questi sentimenti: aver provato lo sfinimento di chi ruba per sfamarsi, o il tormento di chi uccide per gelosia; essere a volta a volta (e talvolta nello stesso tempo), inquilino e locatore, mezzadro e proprietario di terre, operaio scioperante e padrone d'industria. Giustizia è comprensione: cioè prendere insieme, e contemperarli, gli opposti interessi: la società di oggi e le speranze del domani; le ragioni di chi la difende, e quelle di chi la accusa. Ma se il giudice comprendesse tutto, forse non potrebbe più giudicare: tout comprendre, c'est tout pardonner.*”

⁷⁷⁰ PELLINGRA, Benedetto. La sentenza nei suoi aspetti della metodologia e della tecnica. **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 417- 422, esp. p. 420-421: “*in definitiva ogni giudizio involge il fatto e la norma da applicare al fatto concreto, ma la separazione della norma dall'azione si basa su una premessa ideologica, mentre le implicazioni tra fatto e norme poggiano sulla struttura assiologica: proprio l'assiologia è quella che serve a individuare i fattori determinanti del giudizio. (...) Indubbiamente nella fase della ricostruzione storeografica dei fatti e non nella successiva dell'applicazione del diritto il giudice è influenzato da fattori psichici offerti dal modo interiore di concepire e di valutare il*

exemplo: a atividade⁷⁷¹ do juiz de interpretação-aplicação dos textos normativos, de accertamento da verdade dos fatos e de correta qualificação jurídica há de espelhar não apenas perfis conceituais ou meramente dogmáticos, senão também, e sobretudo, os valores preponderantes na quadra histórica e no seio da sociedade em que opera. Conducente dizer que as idiossincrasias e as crenças do juiz devem ceder o passo aos padrões e costumes consolidados no meio social⁷⁷².

Nessa moldura, a figura do “juiz asséptico”⁷⁷³, flutuando dentro de uma redoma de cristal, a produzir motivação asséptica, que oculta opções valorativas, representa uma ingênua utopia⁷⁷⁴, ou, quando nada, semelhante imagem serve de instrumento para o exercício camuflado do poder e para a desresponsabilização do juiz⁷⁷⁵. A rigor, não se pode, por

mondo empirico essendo il giudice un uomo condizionato dai vari fattori sociali e dalla partecipazione intima alle cose del mondo esterno, e valori desumibili dalla strutturazione sociale di un determinato tipo.”

⁷⁷¹ MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 3-46, esp. p. 45: “A interpretação é uma atividade distinta das atividades descritivas e explicativas características da ciência.”

⁷⁷² No tocante à aplicação do método da sociologia pelos juízes e tribunais, vide. CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Coleção justiça e direito). p. 79-80: “Contudo, se o caso suposto se desse aqui, acho que o juiz erraria se impusesse à comunidade, como regra de vida, suas próprias idiossincrasias de conduta ou crença. Suponhamos, a título de ilustração, que um juiz considerasse pecado ir ao teatro. Estaria ele agindo certo se, num campo em que o princípio geral de Direito ainda não estivesse estabelecido, permitisse que essa convicção dirigisse sua decisão, mesmo sabendo que ela estava em conflito com o padrão dominante de conduta correta? Em meu ponto de vista, ele teria o dever de se conformar aos padrões aceitos da comunidade, aos costumes da época. Isso não significa, no entanto, que um juiz seja impotente para elevar o nível de conduta predominante. Num ou noutro campo de atividade, práticas que se opõem aos sentimentos e padrões da época podem aumentar, ameaçando arraigar-se se não forem removidas. Apesar de seu domínio temporário, não resistem ao confronto com as normas morais aceitas. A indolência ou a passividade tendem a tolerar aquilo que o juízo ponderado da comunidade condena. Em tais casos, uma das funções mais elevadas do juiz é estabelecer a verdadeira relação entre conduta e profissão. Há momentos, inclusive, para falar em termos um tanto paradoxais, em que nada menos que uma medida subjetiva poderá satisfazer critérios objetivos. Algumas relações na vida impõem a obrigação de agir de acordo com a moralidade costumeira e mais nada. A moralidade costumeira deve ser então o critério para o juiz.”

⁷⁷³ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 101-104. Assim, também, SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 215-216: “A afirmação pura e simples de que os juízes não estão sujeitos às ingerências provenientes dos meios de comunicação em massa somente seria justificável diante de um juiz rigidamente “neutro”, “passivo”, cuja função seria apenas declarar, tornando explícita a solução ideal da questão trazida ao processo. (...) Essa visão de um juiz dissociado do contexto social, marginalizado da sociedade, purificado de qualquer concepção ideológica, social, cultural e psicológica, costuma-se denominar de “juiz asséptico”, que, segundo J. A. G. Griffith, corresponde à figura de alguém que “(...) quando se dispõe a julgar, deve atuar como eunuco político, econômico, social, desinteressado do mundo fora do tribunal.”

⁷⁷⁴ Sobre os fatores socioeconômicos referenciados à exegese jurídica, vide MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 128-134.

⁷⁷⁵ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. **La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile**, op. cit., p. 180-214, esp. p. 213.

exemplo, desconsiderar a capacidade dos meios de comunicação em massa de influenciar, mediante a oferta de modelos, a opinião pública em seus influxos comportamentais e, simbolizando grave deformação do sistema jurisdicional, também o juiz, com a impregnação de fatores condicionantes de sua decisão, mormente no campo criminal. Provoca-se prejulgamento desfavorável ao réu, com violação das garantias fundamentais a um processo justo⁷⁷⁶. Tal fenômeno evidencia-se mais agudo nos julgamentos operados pelos Tribunais do Júri, haja vista que os jurados são mais vulneráveis às informações veiculadas pela mídia.

Impõe-se, numa perspectiva crítica, desmistificar o mito da neutralidade⁷⁷⁷, pois todo ato humano se reporta sempre a valor. Ademais, a visão de administração da justiça como função neutra é refutada por sua própria concepção como uma instância de natureza política⁷⁷⁸, orientada pelo texto constitucional e empenhada com a (i) dignidade da pessoa

⁷⁷⁶ SOUZA, Artur César de, op. cit., p. 224: “Não se pode esquecer que a interpretação possui uma história e que essa história é o segmento da própria tradição. O tempo da interpretação pertence ao tempo da tradição. Mas a tradição, e isso é importante afirmar, somente permanece viva na interpretação. Na verdade, os *medias* criaram mitos não pelo que “dizem”, mas porque nos oferecem padrões para que possamos observar, analisar e interpretar o nosso universo. E não sendo o juiz um ser *asséptico ou eunuco*, pode ser sujeitado aos mitos criados pelos meios de comunicação em massa no momento da concretização do direito penal e processual penal, quando realiza o direito por meio de uma decisão que pretenda atender às expectativas prático-sociais dos sujeitos comunitários.” (Grifos no original).

⁷⁷⁷ PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63: “A ideologia da classe no poder vai influenciar desde o conceito de ciência (em geral) até o Direito (em particular) sem esquecer a lei e a atividade judicante. A ciência não é neutra. Em todas as ciências existem interferências ideológicas (...). Como diz Luiz Fernando Coelho (1985, p. 51), nem Kelsen foi neutro. Pelo contrário, sua Teoria Pura é o mais seguro indicador de uma ideologia. Tal ideologia no aspecto externo atende ao interesse de justificar o afastamento dos juristas da problemática social. Assim serviu aos donos do poder: quanto menos se questionasse o aspecto ético do exercício do poder, melhor. A leitura do silêncio da obra (aspecto interno) revela ideologia remota e próxima. Remotamente, revela a cosmovisão atomista da época: a norma é o átomo do Direito. Por fim, a vinculação com o positivismo geral (rejeição de toda metafísica) é a ideologia próxima.” Assim, também, ALMEIDA, Bruno Rotta; ALBRECHT, Diego Alan Schöfer; BAGATINI, Júlia. O juiz e as motivações no ato de julgar: para além das legais. **Revista Direito em Debate**, v. 20, n. 35-36, 2011. p. 75-99, esp. p. 78-79: “Uma advertência, no entanto, faz-se necessária: não se pode confundir imparcialidade e neutralidade. Como visto, a imparcialidade pode ser compreendida como a necessidade de o juiz manter-se distanciado das partes de forma igualitária. A neutralidade, por seu turno, configura uma qualidade impossível de ser atingida. É que todo o ser humano está inserido em um contexto social, desenvolvido dentro de determinados parâmetros (culturais religiosos, morais, éticos, enfim, todo um complexo subjetivismo que forma a personalidade). Trata-se, portanto, de uma característica que não se pode exigir de um magistrado (nem de qualquer outro indivíduo). Isso porque, ao decidir, ele inevitavelmente exporá as convicções formadas ao longo de sua vida, mediante a sedimentação de preconceitos, a observação e o desenvolvimento de seu conhecimento. Todo sujeito está imerso em ideologias - não uma, mas variadas de acordo com o tema - e, especialmente, naquela que é dominante a sua época.”

⁷⁷⁸ SOUZA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985, esp. p. 129-130: “Uma tal concepção dos tribunais teve duas conseqüências muito importantes. Por um lado, colocou os juízes no centro do campo analítico. Os seus comportamentos, as decisões por eles proferidas e as motivações delas constantes passaram a ser uma variável dependente cuja aplicação se procurou nas correlações com variáveis independentes, fossem elas a origem de classe, a formação profissional, a idade ou sobretudo a ideologia política e social dos juízes. A segunda conseqüência consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça

humana, (ii) a concretização direitos fundamentais, (iii) a efetividade dos preceitos constitucionais e (iv) a realidade social. Tais são as notas essenciais do constitucionalismo contemporâneo. O poder do juiz não é nulo, tampouco neutro,⁷⁷⁹ nem ascético⁷⁸⁰, pois não se pode ignorar o papel dos valores na atividade jurisdicional, cuja escolha cumpre aos próprios juízes⁷⁸¹. Para dizê-lo de outra forma: a atividade judicante está intrinsecamente ligada ao mundo dos valores, posto que todo o procedimento está irredutivelmente pontilhado de escolhas pessoais do juiz e permeado por seus pontos de vista subjetivos (juízos de valor - *Wertfreiheit*). Cumpre-lhe, no entanto, justificar seus critérios de escolha ou de valoração, por meio de argumentos jurídicos, metajurídicos e, em qualquer caso, racionalmente válidos. A empreitada tendente a separar pensamento e ação equivaleria a massacrar a índole crítica da atividade jurisdicional.

O juiz não pode ir embora de si mesmo. Não é razoável reclamar que, num passe de mágica, o juiz se divorcie de seu contexto sociocultural e ideológico, a ponto de impermeabilizar o juízo de tais infiltrações. A formação jurídica do juiz está inexoravelmente conectada a uma gama infinita de fatores metajurídicos que exercem influência, em maior ou

como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes. São conhecidos os estudos de Nagel, Schubert, Ulmer, Grossman e outros nos EUA, de Richter e Dahrendorf na Alemanha, de Pagani, Di Federico e Moriondo na Itália e de Toharia na Espanha. Nos EUA os estudos iniciais centraram-se no Supremo Tribunal de Justiça. A título de exemplo, Schubert, distinguindo entre juízes liberais e conservadores, correlacionou as suas ideologias políticas com as suas posições nos relatórios e declarações de voto nas sentenças em vários domínios do comércio jurídico desde as relações econômicas até aos direitos cívicos e obteve índices elevados de co-variação. Outros estudos incidindo sobre as decisões dos tribunais de primeira Instância, tanto nos domínios penal como no civil, mostraram em que medida as características sociais, políticas, familiares, econômicas e religiosas dos magistrados influenciaram a sua definição da situação e dos interesses em jogo no processo e conseqüentemente o sentido da decisão.”

⁷⁷⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 23; MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 253: “Se bem que o poder político se ostente de modo mais forte, mais intenso e mais impressivo na feitura das leis e nas decisões de governo, não deixa de se manifestar igualmente na função administrativa e na função jurisdicional. Sociológica e juridicamente, a Administração apresenta-se como poder. E o poder do juiz não é, de jeito algum, um poder nulo ou neutro como supunha MONTESQUIEU; muito menos o do juiz constitucional. A justiça é administrada “em nome do povo” (art. 101º da Constituição italiana e art. 202º, nº 1, da Constituição portuguesa), o que significa que o juiz se deve fazer também intérprete da intenção jurídico-social da comunidade. Tão pouco pode ignorar-se a significação política que assumem muitos dos actos tanto da função administrativa (quando provenientes do Governo ou de órgão electivos de entidades descentralizadas) como da função jurisdicional (v. g., actos de fiscalização abstracta, preventiva ou sucessiva, de constitucionalidade ou de jurisdição relativa a crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos). Isto ainda sem atender às precompreensões, conotações ou implicações metajurídicas a que nunca conseguem subtrair-se os titulares de órgãos de uma e de outra função.”

⁷⁸⁰ Sobre a superação do dogma da neutralidade do juiz, vide PRADO, Lídia Reis de Almeida, op. cit., p. 102-104.

⁷⁸¹ Nem sempre a melhor escolha terá por objeto uma caixa de ouro, mas, sim, de chumbo, como preleciona William Shakespeare, na célebre peça “O mercador de venezia”.

menor escala, sobre seu esforço hermenêutico, sua atividade de apreçamento do resultado das provas e o ato de julgar⁷⁸². Não é lícito imaginar que a colegialidade do julgamento possa servir de antídoto contra semelhantes impregnações⁷⁸³. Preconizar a alegoria da neutralidade do juiz, qual traço característico do positivismo jurídico⁷⁸⁴, é como tentar preservar a incolumidade física de um picolé sob um sol de 40 graus. Ambas as pretensões estarão fadadas à ingloria frustração.

Não há demasia em repetir que a decisão dista anos-luz de constituir o produto acabado de uma frígida fórmula lógico-matemática. O juiz não é um *hardware*, tampouco sua alma um *software*. Também o juiz é um ser humano⁷⁸⁵: a humanidade do juiz é a imortalidade da justiça⁷⁸⁶. É certo que, no âmbito do complexo discurso da decisão judiciária, há fatores de manipulação consciente da linguagem, que conformam o texto da decisão (v. g., construção gramatical discursiva, em que o juiz se vale de táticas argumentativas, como a da utilização de determinados argumentos e não de outros, em prol da justificação jurídica⁷⁸⁷ e racional da

⁷⁸² DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 37-52, set./dez. 1995, esp. p. 42: “O Juiz, quando interpreta, jamais é neutro. Ele está revelando o seu sistema de convicções, que serve de inspiração na descoberta da regra e na sua incidência ao caso concreto. Com muito mais razão, não é neutro quando realiza o trabalho de integração. Dizer que o Juiz é neutro quando presta jurisdição é uma hipocrisia.”

⁷⁸³ LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica jurídica. Madrid: Civitas, 2001. p. 184: “*Hoy se señala frecuentemente que existe este tipo de prejuicios colectivos, en que fácilmente inciden todos o casi todos los jueces, porque todos o casi todos proceden del mismo estrato social, que por lo general es superior.*”

⁷⁸⁴ OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79-100, esp. p. 81: “Logo, a argumentação jurídica está fundada, via de regra, em aspectos lógico-formais da interpretação jurídica, o que impede a influência de pontos de vista valorativos, ligados à Justiça material. De fato, o positivismo jurídico formalista sempre exigiu a neutralização política do Judiciário, com juízes racionais, imparciais e neutros que aplicariam o Direito legislado de maneira lógico-dedutiva.”

⁷⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 4. edizione. Firenze: Le Monnier, 1959. p. 169-170: “Si rappresenta escolasticamente la sentenza come il prodotto di un puro giuoco logico, friamente compiuto su concetti astratti, legati da una insanabile concatenazione di premesse e di conseguenze; ma in realtà sulla scacchiera del giudice le pedine sono uomini vivi, da cui si irradiano invisibili forze magnetiche che trovano risonanze o repulsioni, illogiche ma umane, nei sentimenti del giudicante. Come si può considerar fedele una motivazione che non riproduca i sotterranei meandri di queste correnti sentimentali, al cui influxo magico nessun giudice, sia pure il più severo, riesce a sottrarsi?”

⁷⁸⁶ PRADO, Lúcia Reis de Almeida, op. cit., p. 22.

⁷⁸⁷ No que concerne à impossibilidade de justificação estritamente jurídica, vide a posição contrária de Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**: introdução à problemática científica do direito. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (RT – textos fundamentais; 5). p. 180: “Quando a Teoria Pura do Direito rejeita a legitimação do Estado pelo direito, não é por considerar impossível toda legitimação do Estado. Contesta apenas que a ciência do direito possa conseguir a justificação do Estado pelo direito, ou - o que é o mesmo - do direito pelo Estado. E contesta, em especial, que possa ser tarefa da ciência do direito justificar algo. Justificação significa valoração; e valorações - sempre de caráter subjetivo - são coisas da

bondade da solução formulada para a justa composição da lide). Entretanto, não é menos certo que, no texto, “existe” um discurso radicado no inconsciente⁷⁸⁸, como processo psíquico suposto, que circunda o decisório⁷⁸⁹. O inconsciente pode elaborar um discurso, banhado por múltiplas escolhas, e mutuá-lo à consciência racional do juiz⁷⁹⁰. Tal ocorre porque, como qualquer ser humano, o juiz é clivado por seu inconsciente, submetido, amiúde, a um feixe de forças que esculpem o “ser juiz”, cinzelam sua personalidade, determinam sua visão de mundo.

Todo juízo se relaciona com um sistema de referência e depende de um conjunto lógico complexo e profundo. O juízo definitivo se conecta com uma série de juízos preliminares (v. g., sobre a prova dos fatos) que o preparam⁷⁹¹.

ética e da política, mas não do conhecimento objetivo. Só a este deve servir a ciência do direito, se quiser ser ciência e não política.”

⁷⁸⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel. Temas de direito processual*: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 109-129, esp. p. 119: “*On aurait tort de s’attendre à trouver dans cette justification l’énumération expresse de tous les motifs qui ont amené le juge - ou même un seul d’entre eux - à décider de telle ou telle manière. Beaucoup de facteurs extrajuridiques (psychologiques, sociologiques), qui ont pourtant contribué à façonner la décision, sont passés sous silence dans la motivation de l’arrêt. Du reste, quelques-uns jouent dans les couches profondes de l’inconscient, et l’on aspirerait en vain à les voir étalés au grand jour.*”

⁷⁸⁹ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. *AJURIS*, Porto Alegre, n. 102, p. 287-303, 2006, esp. p. 289: “Mas, embora se considere todo este campo da manipulação consciente da linguagem, objetivando um propósito no discurso, no texto, existe, também, um discurso inconsciente que subjaz à decisão.” Vide, na mesma página, a nota n. 2: “O campo das determinações inconscientes é constituído de um conjunto de temas e figuras que constituem a maneira dominante de explicar os fatos do mundo numa determinada época e que são oriundos de outros discursos já articulados, cristalizados inconscientemente e cujas condições de produção foram apagadas.”

⁷⁹⁰ *Ibidem*, p. 300: “Não deveríamos dispensar todo conhecimento que diz de nós mesmos. Não deveríamos deixar de reconhecer que somos cegos às escuras de nosso inconsciente que trabalha paralelamente à consciência racional de nós mesmos e do mundo. Não deveríamos deixar de reconhecer que, mesmo quando dizemos estar atuando de maneira racional, é nosso inconsciente que pauta nossas escolhas, justificadas ponto a ponto sob premissas racionais, mas que no fundo maquiavam opções impetuosamente inconscientes. Se o tributo da consciência de si mesmo (mesmo que parcial) é devido a qualquer ser humano, mais ainda quando ele se trata de um juiz, que tem o ônus e o privilégio de analisar as situações, posicionando-se, dentre as escolhas possíveis, a que maior oferece segurança, legalidade e imparcialidade. Não podendo abdicar dessa imensa tarefa, carregada de profunda reflexão e responsabilidade, o juiz deve saber das influências e abalos que sofrem a razão quando da sua escolha, para nela mais dificilmente resvalar. Em assim sendo, consciente o juiz dos conceitos e preconceitos apriorísticos que formam a personalidade de cada ser humano, pode preferir uma decisão mais justa, adequada ao verdadeiro sentido que determina a lei, tendo como propósito o momento histórico em que está inserido.”

⁷⁹¹ GORPHE, François. *Les décisions de justice: Étude psychologique et judiciaire*. Paris: Presses universitaires de France, 1952. pc. 22: “*Ces jugements préalables ne sont pas tous formulés, ou ils peuvent être l’aboutissant de synthèses automatiques de représentations, que la pensée vient ordonner pour conclure. Les psychologues ont relevé des états intermédiaires plus ou moins favorables à la formation du jugement. Comprenant dans le jugement toute “forme de raisonnement logique qui établit une combinaison consciente et déterminée entre les éléments de la conscience”, Höffding montre comment les termes du jugement, avant d’apparaître liés d’une façon claire et déterminée, sont réunis par l’intuition et l’association en un ensemble*

A reflexão hermenêutica, na teoria jurídica, permite a descrição do processo de interpretação de enunciados contidos em textos legais, cujo ponto de partida é a pré-compreensão⁷⁹² do juiz (condição de possibilidade)⁷⁹³, que representa uma antecipação do sentido daquilo que se compreende⁷⁹⁴. Uma expectativa de sentido, uma promessa de aceção, uma esperança de significado. O juiz transporta, na compreensão de um texto jurídico ou de um fato, suas próprias opiniões prévias, mas não-arbitrárias, a partir de determinadas expectativas interligadas a algum sentido determinado, descendente de diagrama prévio (antecipações que não de se confirmar), permeáveis à revisão de significado e à avaliação. A interpretação (de um fenômeno empírico ou de um texto) tem sua gênese, sempre, em conceitos prévios que se inclinam a ser substituídos gradualmente por outros mais apropriados. São dunas do deserto que mudam, diuturnamente, de posição e de formato. É a escalada hercúlea da cordilheira da compreensão: compreender é experiência, na concepção gadameriana. Este ininterrupto reprogramar consiste no movimento de sentido do compreender e interpretar, no fito de convalidação daquelas opiniões prévias.⁷⁹⁵ Os conceitos antecedentes não descansam, posto que continuamente submetidos a um processo de metamorfose: ontem um significado elucubrado, hoje a revisão da elucubração, amanhã a compreensão definitiva, ou não.

consciente pendant le processus qui constitue la formation du jugement; s'il faut exprimer sous forme de jugement l'abondance d'éléments que peut contenir l'intuition ou la série des associations, on aura besoin d'une multitude de jugements et ce ne pourra jamais être qu'approximatif."

⁷⁹² GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 403: "*Bultmann mismo destaca que en toda comprensión se presupone una relación vital del intérprete con el texto, así como su relación anterior con el tema. A este presupuesto hermenéutico le da el nombre de precomprensión, porque evidentemente no es producto de procedimiento comprensivo sino que es anterior a él.*"

⁷⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141: "A pergunta que (sempre) fica é: na busca da construção das condições ideais de fala (*prima facie*), o que fazer com a pré-compreensão (que, na hermenêutica, é condição de possibilidade)? É possível suspendê-la a ponto de poder ingressar na discussão sem aquilo que é condição de possibilidade da própria discussão? Essa pergunta não encontra resposta na teoria discursivo-procedimental."

⁷⁹⁴ Sobre a ideia de a compreensão servir, no fenômeno hermenêutico, de baldrame à interpretação, vide CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 50: "Tratando-se, outrossim, de uma função prática, relativa ao agir humano, a apreensão do sentido insere-se, necessariamente, em um complexo processo dialético, no qual várias interpretações apresentam-se como logicamente possíveis. Entendemos, portanto, que a compreensão serve de base à interpretação, como produto final, uma vez que nos exprimimos sobre aquilo que compreendemos."

⁷⁹⁵ No que toca ao fenômeno da pré-compreensão, vide GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 620.

Em semelhante perspectiva, a compreensão dos enunciados de um texto consiste na elaboração de projeto prévio de sentido, submetido a constante revisão, para servir de supedâneo a um novo projeto de aceção, que poderá conflitar mesmo com o anterior, e assim sucessivamente, até que se possa definir uma unidade de sentido⁷⁹⁶.

O intérprete (sujeito) desenvolve um diálogo com o texto (objeto). Daí a ideia de circularidade, posto que a interpretação é nutrida desde o intérprete e desde o texto. A compreensão, em determinada visão, é dotada de um movimento circular. O círculo hermenêutico descreve um momento estrutural da compreensão do texto continuamente conformada pelo movimento antecipatório da pré-compreensão⁷⁹⁷. A compreensão do texto, por assim dizer, é catapultada a um novo patamar⁷⁹⁸. O juiz, impregnado com sua tradição histórica e social, transportando suas noções (compreensão prévia)⁷⁹⁹, se aproxima do texto e, por seu turno, o texto se aproxima do juiz, em diferentes graus de aproximação, no complexo processo da compreensão (espiral hassemeriana). Reafirme-se que, nessa atividade hermenêutica, o juiz não pode ser arbitrário, pois os juízos de valor formulados hão de ser adequadamente justificados com argumentação sólida e racionalmente válida. É o processo de argumentação, explicitatório de razões, como um processo de justificação⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg, op. cit., p. 333.

⁷⁹⁷ No tocante à concepção de círculo hermenêutico, firme em Gadamer, vide GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 114.

⁷⁹⁸ Acerca da estrutura circular do compreender e a importância da pré-compreensão, vide LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 285-293, esp. p. 286-287: “Se o significado de uma palavra aceite em primeira mão pelo intérprete não se adequa ao nexo do sentido do texto, tal como este se vem a revelar ao intérprete do decurso do processo interpretativo, então o intérprete terá que rectificar a sua suposição inicial; se os possíveis (aqui imagináveis) significados da palavra revelam uma conexão de sentido diversa daquela que inicialmente o intérprete tenha conjecturado, este rectifica então a sua conjuntura. O processo de olhar para frente e para trás pode ter que repetir-se inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global - por exemplo, uma só frase ou parágrafo. Mesmo no caso em que se confirme plenamente a conjectura inicial de sentido, o intérprete já não estará situado no mesmo ponto, já que a sua mera suposição ou idéia se converte, de ora em diante, em certeza. A conjectura de sentido tem o carácter de uma hipótese, que vem a ser confirmada mediante uma interpretação conseguida.”

⁷⁹⁹ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 114: “Os preconceitos do intérprete não são o resultado de meras idiosincrasias pessoais, refletindo na verdade toda a sua vivência histórica; assim, os preconceitos do intérprete marcam seu perfil existencial e a interpretação é uma experiência histórica do intérprete, porém conformada por todas as suas experiências históricas anteriores.”

⁸⁰⁰ MACCORMICK, D. N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 23: “Em especial, como se exige que os juízes adotem apenas decisões que sejam justificadas nos termos da lei, eles precisam aplicar-se para descobrir qual das decisões pretendidas pelas partes de um processo está devidamente justificada. Como se exige que exponham as razões para suas decisões, eles não devem meramente refletir em profundidade. Devem declarar e explanar publicamente as razões justificatórias para suas decisões.”

De outra banda, a imparcialidade, como característica indispensável do ato de julgar, é um princípio básico do processo equo e justo. A confiança na imparcialidade do juiz significa que, até o penúltimo instante do processo, o órgão julgador não tenha de antemão se inclinado, por simpatia pessoal ou sentimento subalterno, para qualquer das partes. Ou seja: sem a predisposição de prejudicá-las ou de favorecê-las, dispensando-lhes, ao longo de todo o *iter* procedimental, tratamento isonômico. A transcendentalidade da igualdade, como valor universal, é fundamento, medida e finalidade de qualquer sistema de criação e de aplicação do Direito que aspire à seriedade. Não por acaso, a independência e a imparcialidade do juiz (tuteladas pela garantia do juiz natural) são notas essenciais da jurisdição contemporânea. Ninguém, em sã consciência, cogitaria em submeter seu caso à decisão de um juiz que, adredemente, oferecesse pistas de sua parcialidade, evidenciando que se inclinará, por preferências de natureza pessoal, para a parte *x* ou *y*⁸⁰¹. Até a loucura tem seus rasgos de lucidez.

O juiz parcial conspira sua toga. Há casos em que a parcialidade do juiz é de pontiaguda evidência, está à flor da terra, como quando ostentar interesse pessoal na causa (v. g., o juiz é parte ou seu cônjuge é o autor da demanda judicial). Em casos tais, é-lhe defeso exercer suas funções no processo⁸⁰². Todavia, existem casos em que os pré-juízos formados sob os alicerces da tradição (no sentido de ideias pré-concebidas) são fenômenos mentais inconscientes ou que o juiz sequer sabe ter ou cuja influência na decisão ignora⁸⁰³.

Em semelhante contexto, se o juiz (como, de resto, os demais homens) experimenta os condicionamentos ditados por sua origem e pelo meio sociocultural em que vive, se o seu saber não está imune a juízos previamente fixados, nem a ideias pré-concebidas, tampouco à sua pré-compreensão sobre os temas empíricos que penetram a vida, isto não significa que tais

⁸⁰¹ É digno de nota que as garantias fundamentais do processo justo (independência e imparcialidade do juiz, igualdade de tratamento entre as partes, contraditório e direito de defesa) já constavam da Bíblia Sagrada, como se verifica da seguinte passagem do Deuteronômio, 1, 17: “Não mostrareis preferências nos vossos julgamentos, escutareis tanto os pequenos como os grandes, não temendo homem algum, porque o julgamento é o de Deus.”

⁸⁰² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 134, incisos I-VI. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 144, incisos I-VII.

⁸⁰³ LARENZ, Karl. **Derecho justo**, op. cit., p. 183: “*Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre, y por tanto ningún juez, está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera que sea su origen o su educación. Cada hombre está marcado en su modo de entender las cosas, sea por su origen, por su entorno vital, por la educación cultural recibida, por sus experiencias vitales y profesionales y por otros muchos factores más. La “independencia de pensamiento” no es congénita para nadie y tampoco se adquiere con la instrucción, sino que exige el trabajo solitario del hombre a lo largo de toda su vida.*”

fatores do mundo de carne e osso sejam absolutamente insuperáveis⁸⁰⁴ ou que não se tenham mecanismos tendentes a controlar ou a aferir, *in concreto*, a imparcialidade do magistrado.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, como requisito de paz social, de confiança dos litigantes, dos jurisdicionados e, mais amplamente, da sociedade no processo justo e em seu sistema de justiça, a imparcialidade do juiz há de se refletir, tanto quanto seja praticamente possível, na exigência de objetividade na apreciação da causa⁸⁰⁵, como também no uso de critérios objetivos de julgamento⁸⁰⁶. Mas não é só. Todos os discernimentos de escolha ou de valoração empregados pelo juiz hão de ser devidamente justificados por meio de razões jurídicas e metajurídicas, racionalmente válidas. Ao juiz cumpre, inspirado em boas razões, articular argumentação justificativa que demonstre a adoção dos melhores critérios de julgamento objetivamente considerados, bem como a correção e a justeza de sua decisão. Daí descende que a motivação da decisão é o único meio para se avaliar, em cada caso concreto, se o juiz se houve, ou não, ao longo de todo o procedimento, com imparcialidade⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ LARENZ, Karl. **Derecho justo**, op. cit., p. 185-186: “*Resta, por ello, en este punto que la imparcialidad del juez se contrapone de vez en cuando a sus prejuicios, que pueden ser no sólo personales, sino especialmente determinados por su estado social, pero que no son insuperables en línea de principio. Pueden superarse en un largo y fatigoso proceso, aunque dado que los jueces son hombres como los demás, nunca enteramente. Sin embargo, ello no es razón para no establecer la exigencia de que el juez debe juzgar imparcialmente entre los requisitos del Derecho justo. Su cumplimiento puede asegurarse con normas jurídicas como las mencionadas y más allá es una cuestión de ética.*”

⁸⁰⁵ ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 27, p. 1-24, jul./ago./set. 2011, esp. p. 3: “A imparcialidade abrange, ainda, o sentido de objetividade, exigindo que qualquer decisão seja tomada sempre com base em razões legítimas, assim entendidas aquelas que encontram amparo no ordenamento jurídico e que dizem respeito às circunstâncias efetivamente presentes nas questões que se põem no âmbito decisório do juiz.”

⁸⁰⁶ LARENZ, Karl, op. cit., p. 184: “*Ciertamente no se puede pensar ningún juez que viva fuera del mundo de su tiempo y de su entorno y que por esto se encuentre libre de las ideas “específicas de clase” y de los juicios de valor de su propia clase social. Sin embargo, tales ideas no tienen que ser un obstáculo para la objetividad del juez. Hay factores de objetivación que no podemos pasar por alto, como son la formación jurídica y el papel de juez en sí mismo considerado que obliga al juez a oír diferentes puntos de vista y le obliga a fundamentar la decisión.*”

⁸⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 87: “Nesse contexto, avulta a ideia de *garantia* como inspiração básica e fim precípua da imposição do dever de enunciar, publicamente, as razões justificativas da decisão proferida. Várias são as manifestações dessa função de garantia que se atribui à obrigatoriedade (e à publicidade) da motivação. Ela começa por ministrar elementos de aferição, *in concreto*, da *imparcialidade do juiz*: só pelo exame dos motivos em que se apoia a conclusão poder-se-á verificar se o julgamento constitui ou não o produto da apreciação objetiva da causa, em clima de neutralidade diante das partes.” (Reforços gráficos no original).

O princípio constitucional da impessoalidade⁸⁰⁸ - que transborda do leito da atividade administrativa para alcançar as funções legislativa e judiciária do Estado - não se compraz com preferências pessoais e tratamentos privilegiados, salvo quando o fator de diferenciação observar os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, assegurando-se, por conseguinte, a transcendentalidade da igualdade como valor universal. Vale dizer: a razoabilidade e a proporcionalidade são os parâmetros da igualdade. A lei existe para distinguir, fazer diferenciações. Aparentemente haveria contrassenso entre distinção e isonomia. Entretanto, significa dizer que as diferenças previstas em lei devem ser racionalmente justificadas, com base no critério de razoabilidade. A razoabilidade é um parâmetro de valoração de todos os atos do poder público para se aferir se eles estão sendo informados pelos valores constitucionais, como a Justiça. Numa linha: é razoável aquilo que, a um só tempo, consone com a razão e refute o arbitrário. O princípio da impessoalidade ilumina a garantia fundamental da imparcialidade, inclusive no tocante às questões processuais de impedimento e de suspeição do órgão jurisdicional.

O Direito, em sua concepção tridimensional, envolve fato, valor e norma. Disso resulta que os múltiplos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz em sua decisão revestem-se, inexoravelmente, de colorido ideológico. Os componentes ideológicos, que permeiam a dimensão valorativa (v. g., juízo de valoração dos enunciados fáticos e dos resultados das provas)⁸⁰⁹, no entanto, descansam, geralmente, sob a sombra do anonimato⁸¹⁰. Semelhante consciência axiológica, quando referenciada ao caso particular, não raro carece de justificação jurídica e metajurídica, racionalmente adequada.

Releva notar, por essencial, que, ao contrário do que se possa imaginar, a imparcialidade do juiz, integrante da tutela constitucional do processo, não se confunde com

⁸⁰⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 37, *caput*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

⁸⁰⁹ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2012. (Estudos 46 / dirigida por J. Guinsburg). p. 149: “Um juízo é um ato da consciência no qual reconhecemos uma crença, e uma crença é um hábito inteligente segundo o qual devemos agir quando se apresentar a ocasião.”

⁸¹⁰ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivum, 2008. p. 215: “A tal neutralidade axiológica que se imagina exigir dos juízes é uma farsa. Não se nega que o juiz ao julgar deva conhecer problemas que transcendem aos problemas jurídicos, que ele não perca de vista as conseqüências sociais e econômicas do seu julgamento, principalmente quando o caso envolve temas complexos ou difíceis, mas apesar disso, ao juiz cabe motivar a sentença juridicamente.”

sua “neutralidade”⁸¹¹. A rigor, os conceitos de imparcialidade e de neutralidade, intrinsecamente, não se conciliam entre si⁸¹², embora, não raro, sejam tratados como fenômenos equivalentes ou, quando nada, complementares⁸¹³. Formalmente, o juiz pode atuar no processo com imparcialidade (v. g., não interveio como mandatário da parte, nem oficiou como perito, tampouco funcionou como órgão do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha), assegurando concretamente a indispensável paridade de armas entre as partes. Implica dizer que ele deve governar o processo sem dobrar-se, ao longo de seu acidentado percurso, seja para o autor, seja para o réu, por circunstâncias pessoais de um ou de outro, conferindo a um deles, e. g., chances mais dilatadas de defender suas próprias razões e de produzir provas. Nada obstante isso, o juiz jamais operará com neutralidade⁸¹⁴, posto submetido à indefectível ingerência do inconsciente e de fatores históricos, familiares, educacionais, religiosos, culturais e ideológicos.⁸¹⁵

⁸¹¹ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos, op. cit., p. 288: “Contudo, imparcialidade e neutralidade possuem delimitações diferentes. O juiz poderá até julgar de uma maneira formalmente imparcial (não ser parte), mas isso de longe suprime sua neutralidade subjetiva no processo, aquela projetada sobre o processo que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu *modo de ser* no mundo, pois o sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade. A verdadeira compreensão do sentido daquilo que nos é dado deve extrapolar uma mera exegese prática de afirmação literal do sentido, porquanto deve ocupar-se das próprias condições de possibilidade do horizonte do entendimento.” (Grifos no original).

⁸¹² O tema calandriano sobre o sentimento na sentença e a imparcialidade do juiz: o mito da neutralidade será objeto de ulterior estudo em outra sede.

⁸¹³ ÁVILA, Ana Paula Oliveira, op. cit., p. 10: “O Princípio da Igualdade é uma importante interface da imparcialidade. Nas suas relações com os indivíduos, considerados perante o Estado, é decisivo que as decisões estatais sejam tomadas sem a consideração da pessoa, e sim com a consideração objetiva dos pontos de vista estabelecidos em lei. Tal consideração passa, obviamente, por mecanismos que tornem o sistema impermeável a simpatias ou antipatias pessoais, a motivações político-partidárias, ou a preferências ditadas pela afinidade com determinados grupos ou segmentos na sociedade. Entre tais mecanismos, a imparcialidade e neutralidade aparecem para tornar o sistema infenso a tais perigos.”

⁸¹⁴ GOMES, Mario Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 39, p. 259-284, 2009, esp. p. 261: “É essa carência de legitimidade do Direito hodierno em termos mais amplos que o mero preenchimento do arquétipo normativo e a cada vez mais crescente procura do Judiciário como última instância de implementação dos direitos e garantias individuais dos cidadãos, que nos levam a crer que a intensificação do diálogo entre Direito e Análise do Discurso tem muito a acrescentar enquanto proposta de conscientização dos operadores do Direito de que não existe um discurso livre, axiologicamente neutro ou sociologicamente amorfo, e que as decisões judiciais, longe de refletirem opções legais originárias do legislador, muitas vezes refletem preconceitos dos seres humanos que geram tal interpretação e que precisam estar atentos a respeito disso para que possam desenvolver um espírito crítico através do qual possam ter consciência de seus atos falhos e dos silêncios constitutivos de suas decisões.”

⁸¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos, op. cit., p. 305-306: “É utópico pensar que as regras positivadas, a interpretação e seu estudo científico possam ser realizados à margem dos valores sociais, dos paradigmas históricos, filosóficos e psicológicos, ou seja, de forma neutra. Processos inconscientes atuam nas motivações da decisão judicial. Mesmo quando o julgador pensa estar motivando sua decisão em critérios

O juiz pode, na busca da descoberta da verdade dos fatos relevantes, atuar de ofício na determinação de produção de provas. Não padece dúvida de que, se as provas necessárias não vêm adquiridas, disso resultam a incorreção e a inatendibilidade do juízo acerca dos fatos. Neste caso, o distanciamento do juiz (ou sua “neutralidade”) em relação à controvérsia arrosta graves riscos à correta e aceitável reconstrução histórica⁸¹⁶ dos fatos em juízo. De sorte que o juiz zeloso, empenhado com a consecução de resultado justo do processo, desejará, naturalmente, o triunfo da parte que tenha razão, sob a égide da juridicidade e do Direito⁸¹⁷. Nesse aspecto, ao juiz não é dado banhar-se nas águas da indiferença acerca da produção de resultado justo para a lide. Mal se compreende que, por amor à utopia da neutralidade, o juiz possa dormir tranquilo ao patrocinar ignominiosa injustiça, julgando a lide em favor da parte que não tenha a mais tênue razão.

racionalis, atua trazendo consigo uma rede de elementos inconscientes que deram causa à sua ação. O mito da neutralidade e da racionalidade pura é rompido pelas interferências do inconsciente e de diversos fatores: estrutura do psiquismo, históricos, ideológicos, culturais. Portanto, a decisão judicial não é fruto tão-somente de uma racionalização fática e jurídica. (...) Uma pletora de fatores, entre eles os familiares, econômicos, culturais, integram o psiquismo e determinam a forma de proceder da pessoa. A decisão judicial emana de um ser humano, motivo por que não se pode dizer que é neutra.”

⁸¹⁶ CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964. p. 129: “*Al pari dello storico, inoltre, il giudice ha di fronte a sé il fatto non come una realtà già esistente, ma come qualcosa da ricostruire.*”

⁸¹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29-30: “Há, com efeito, propensão bastante difundida a identificar dois conceitos: o de *imparcialidade* e o de *neutralidade*. Trata-se, a meu ver, de grave equívoco. Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo do itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas de que disponha. Tal dever está insito no de “assegurar às partes igualdade de tratamento”, para reproduzir os dizeres do art. 125, n° I, do Código de Processo Civil. Outra coisa é pretender que o juiz seja neutro, no sentido de indiferente ao êxito do pleito. Ao magistrado zeloso não pode deixar de interessar que o processo leve a desfecho justo; em outras palavras, que saia vitorioso aquele que tem melhor direito. Em semelhante perspectiva, não parece correto afirmar, *sic et simpliciter*, que para o juiz “tanto faz” que vença o autor ou que vença o réu. A afirmação só se afigura verdadeira enquanto signifique que ao órgão judicial não é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, e menos que tudo atuar de modo a favorecê-la, por motivos relacionados com traços e circunstâncias *personais* de um ou de outro: porque o autor é X, simpático, ou porque o réu é Y, antipático, ou vice-versa.” (Grifos no original). Assim também, ao que se deduz, VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**. Milano: Giuffrè Editore, 1973. p. 104-105: “*L'imparzialità che l'esercizio della funzione giurisdizionale impone in effetti al magistrato non è più inerzia o indifferenza, ma è invece attività vigile e partecipe; è neutralità rispetto agli interessi al cui regolamento è diretta, ed insieme garanzia vera e non fittizia di correttezza. È, infine, impegno e volontà di mantenere quell'equilibrio processuale, con cui si vuole garantire alle parti il diritto a svolgere pienamente le proprie difese, e che solo consente il regolamento imparziale della lite.*” Averte-se, no entanto, a posição contrária de TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 399, quando, como decorrência da “*imparzialità concreta*”, enfatiza “*la neutralità del giudice nei confronti di ogni singola controversia sottoposta alla sua decisione.*”

6.2 Mas, afinal, quais são as linhas essenciais da justificação racional?

A racionalidade da fundamentação da decisão judiciária concerne ao modo de construir, argumentativamente, em determinada visão, o discurso justificativo judicial regulado, também em determinada concepção, pela lei, no escopo de estabelecer a validade jurídica do decisório⁸¹⁸. A aferição da racionalidade da decisão judiciária obedece, primeiramente, à sua estrutura lógica, cuja validade, vinculada aos enunciados fáticos e jurídicos do discurso justificativo, há de ser suscetível, à luz de critérios lógicos, de reconhecibilidade e de controlabilidade⁸¹⁹. Entrementes, a ossatura lógica da decisão e sua estrutura justificativa não têm o condão de esgotar o diagnóstico da correspondente racionalidade⁸²⁰.

Como é cediço, o modelo do silogismo judicial (ou de cadeias de silogismo) propalou a falsa ideia de que uma inferência automatizada das premissas fixadas pudesse escudar a decisão contra a arbitrariedade do juiz. Intentou-se vincular o juiz a critérios racionais de decisão e de justificação, por meio de normas e regras válidas e aceitáveis de raciocínio jurídico. Na fórmula silogística da subsunção dos fatos (premissa menor) à norma abstrata (premissa maior) é dedutivamente extraída a conclusão final: a solução formulada para o conflito. Nesse esquema rígido, a norma geral e abstrata seria aplicada ao caso concreto particular de modo racional. O silogismo judicial, no entanto, não exhibe a virtude de esgotar integralmente a complexidade do raciocínio decisório e justificativo. Decisão e justificação não resultam apenas (ou completamente) de um desenho lógico com tintas de dedução silogística.

Todo e qualquer sistema jurídico que tenha a pretensão de ser racional deverá estar estruturado de modo a produzir, sistematicamente, decisões judiciárias, em alguma medida, definíveis como racionais⁸²¹. A racionalidade da decisão judicial, em linha de princípio, não

⁸¹⁸ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. 27. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 181-257, esp. p. 185, 217.

⁸¹⁹ Sobre a estrutura racional do direito de matriz leibniziana, vide GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 22: “A exigência de racionalidade se revela, assim, como a mola lógica primordial da inteligibilidade das regras e das situações jurídicas.”

⁸²⁰ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario (a cura di). **L'attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 139-153, esp. p. 143.

⁸²¹ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 139.

prescinde de motivação adequada no juízo de fato, presidida também por critérios racionais, quer no acertamento da verdade⁸²² dos fatos relevantes, quer quanto à controlabilidade da validade lógica, da coerência maccormickiana e da aceitação (v. g., a formulação da hipótese de decisão no juízo de fato há de legitimamente estar lastreada no resultado das provas dos fatos reproduzidos nos autos do processo).

A segunda maneira de se perscrutar a racionalidade da decisão judicial diz respeito à retórica não como instrumento de persuasão, mas representada pelo emprego de argumentos racionais. Urge desfazer um equívoco teórico e prático. A função primária do juiz não é a de persuadir retoricamente as partes ou a sociedade, expressada na opinião pública, embora reflexamente seja bom que tal ocorra. Ponha-se em alto relevo, no entanto, que o papel primordial do juiz é o de justificar (convalidar, racionalizar, tornar aceitável)⁸²³ sua decisão mediante o uso de argumentos válidos⁸²⁴, identificáveis e racionais. Neste específico desígnio, é de se atentar para a classificação taruffiana entre lógica do juízo (v. g., eleição do valor, sua avaliação para formulação do juízo, inserção do juízo de valor no complexo do raciocínio decisório) e lógica da motivação (v. g., justificação do critério de escolha do valor, justificação do juízo de valor, justificação das consequências extraídas do juízo de valor).

Avultam as argumentações razoáveis e racionais no âmbito das decisões judiciais, conquanto se afaste a possibilidade de que possam descender de raciocínio dedutivo-silogístico ou demonstrativo⁸²⁵ (v. g., tópica jurídica viehwegiana). O que mais importa é que a racionalidade dos argumentos possa, com suficiência, garantir a controlabilidade das razões que justificam a decisão judicial, sobretudo no que toca à justificação racional⁸²⁶ das

⁸²² TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 144: *“Naturalmente non si tratta di scoprire Verità o Falsità assolute, ma di stabilire - in modo contestuale, approssimato, variabile, provvisorio, e così via relativizzando - se tali enunciati sono o non sono razionalmente attendibili in base agli elementi di conoscenza e di verifica di cui il giudice dispone.”*

⁸²³ GRAÇA, António Pires Henriques da. Aspectos metodológicos do discurso judiciário. In: **Estudos jurídicos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**. Lisboa, 2008. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/apiresgraca_discursojudiciario.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014. p. 19: “O Juiz, por ter de adoptar uma decisão razoável e juridicamente motivada, é levado, na maioria das vezes, a exercer sua liberdade de decisão ao escolher entre argumentos que favorecem um ou outro valor. Para motivar sua decisão, é conduzido a interpretar textos legais, a estender ou a restringir o seu alcance, a preferir uma regra ou precedente a outro, de forma a justificar a decisão com argumentos que a possam tornar aceitável.”

⁸²⁴ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 146. Assim, também, TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. 134 p. 122-123: *“La motivación que el artículo 120 de la Constitución exige es justificación y justificar una decisión es exponer razones intersubjetivamente válidas capaces de dar a ésta el necesario soporte.”*

⁸²⁵ Ibidem, p. 147.

valorações cumpridas pelo juiz para construir sua hipótese de decisão. Em semelhante contexto, o juiz formula múltiplos juízos de valor, como quando na atividade axiológica de interpretação-aplicação do direito positivo⁸²⁷ (v. g., concretização de normas que contenham conceitos juridicamente indeterminados ou cláusulas gerais) e no raciocínio probatório, para efeito de acertamento da verdade dos fatos (v. g., avaliação da confiabilidade e da credibilidade do resultado de uma prova oral). Mister se faz que as avaliações efetuadas pelo juiz para alcançar sua decisão possam (*rectius*, devam) ser justificadas com razões jurídicas e racionalmente válidas. A não ser assim, estar-se-á no campo irracionalístico do puro arbítrio, à beira do despenhadeiro da injustiça.

O terceiro critério para se sindicarem a racionalidade da decisão judicial pertence à interação dialética no processo. Frutos do princípio político da participação democrática, as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa salpicam, como sua condição essencial, a dialeticidade na dinâmica do procedimento. Há processo (ou mais amplamente procedimento) apenas onde houver contraditório⁸²⁸. Disso resultam duas realidades dialéticas básicas: (i) constante e ininterrupto diálogo entre partes, ante simétrica paridade, em contraditório, entre partes e juiz e entre juiz e partes; e (ii) possibilidade de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz, especialmente na relação fato-norma e, em certa medida, na formulação de sua decisão. O discurso decisório jurisdicional aperfeiçoa-se dialeticamente no seio de um procedimento e, além de apreender argumentos, provas, implicações de significado dos demais discursos, com os quais mantém intercâmbio necessário, submete-se a coerções probatórias e racionais que se refletem na justificação provada da decisão⁸²⁹.

⁸²⁶ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 311: “A justificação racional recorre (deve recorrer) a uma “mescla de argumentos jurídicos, empíricos e morais”.”

⁸²⁷ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica – proposição jurídica (Significação semiótica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, p. 12-26, jan./mar. 1982, esp. p. 22: “A ciência dos juristas tem sido e ainda é um misto de enunciados descritivos e prescritivos. É difícil conter-se diante do direito positivo, sem ajuizá-lo em seu conteúdo intrínseco de valor. É difícil uma atitude adiafóra, axiologicamente neutra.”

⁸²⁸ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p.147: “*Il contraddittorio è comunemente considerato, dai teorici del procedimento, come la condizione essenziale ed il fattore fondamentale del processo. Vi è processo, si dice, solo dove vi è contraddittorio. In altri termini, è la libera contrapposizione dialettica delle parti, e delle posizioni che queste sostengono nel corso del procedimento, a far sì che una mera sequenza di atti diventi un processo.*”

⁸²⁹ Sobre a participação dialógica na formação do discurso decisório racional judicial, vide BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 316-317, especialmente nota n. 68.

O ponto precisa ser adequadamente compreendido. A aberta contraposição dialética das partes, cada qual sustentando argumentativamente suas posições jurídicas, o entrelaço contínuo e articulado entre tese e antítese, fornecerá o material contencioso da decisão judiciária⁸³⁰. Melhor e mais democrático método não há, do que o juiz levar em consideração, estimar as alegações fáctico-jurídicas relevantes dos contendores. Como é intuitivo, o grau de probabilidade de correção⁸³¹, de qualidade técnica, de efetividade, de justeza e de aceitabilidade da decisão será tanto maior quanto for a capacidade de o juiz fazer observar e (ele próprio) de observar o pleno contraditório das partes, seja mediante isonômica participação, seja assegurando-se equânimes oportunidades de fazerem valer suas razões no âmbito de procedimento racional, seja, ao fim e ao cabo, levando em conta o material oriundo da atividade processual dos litigantes.

A motivação da decisão judicial é que permite averiguar se o juiz considerou, de verdade, o material fáctico-jurídico usinado pelas partes em contraditório. Não por acaso, diz-se que a motivação representa a última manifestação do contraditório. A metáfora da melhor decisão judiciária, estreme de dúvida, é aquela diretamente proporcional aos fins dialético-participativos dos contendores no procedimento, a condicionar o raciocínio decisório. Nesse contexto, tem-se que a justificação racional da decisão (racionalidade=clareza/coerência) implica análise de todos os perfis fáctico-jurídicos relevantes carreados para os autos do processo, mediante esforço das partes ou iniciativa *ex officio* do órgão julgador, com observância das garantias fundamentais do contraditório, do direito de defesa e do devido processo justo. Diversamente, é irracional uma justificação que deixe de considerar a integralidade de tais elementos. Agregue-se, por inspirar elevado ideário de democracia procedimental, que o instrumento operacional do contraditório, para além da concepção franciscana da pura dedução silogística, é um dos fatores medulares de legitimação do concreto exercício do poder jurisdicional.

⁸³⁰ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 157-175, esp. p. 164: “*Non è un per caso, infatti, che proprio nell’idea fondamentale di contraddittorio si vada ravvisando, da parte dei giuristi, il nucleo necessario ed inderogabile di ciò che va propriamente definito come “processo”, distinguendone per differentiam specificam gli altri procedimenti nei quali non esiste questo fondamentale nucleo dialettico. (...) Si tratta soprattutto di capire che la struttura basilare del processo si fonda sulla contrapposizione di due o più ipotesi relative alla situazione di fatto e di diritto che sta alla base della controversia. Occorre - appunto - comprendere che il processo è anzitutto controversia, e che la controversia nasce dal conflitto tra posizioni contrapposte.*”

⁸³¹ No tocante à aplicação de raciocínios baseados nas probabilidades, vide PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 290-295.

O acerto esperado da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa bem ainda a conexão fato-norma que o juiz descortina para formular sua decisão, com a qualificação jurídica dos fatos, dentro de um arquipélago normativo, são aspectos vitais de verificação da validade racional do *decisum*⁸³².

A racionalidade da decisão judiciária há de ser objeto de aceitável controle. Para tanto, a decisão deve estar adequadamente motivada e conter razões justificativas satisfatórias (de fato e de direito), a corroborar a benignidade dos critérios de escolha ou de valoração aproveitados pelo juiz. As boas razões empregadas pelo órgão julgador, como bem se compreende, transportam a aceitabilidade do pronunciamento jurisdicional.

Nem sempre uma motivação impecavelmente estruturada do ponto de vista lógico, e dotada de razões racionalmente válidas, cumprirá a exigência de justificação racional. É imprescindível que, um passo à frente, em reverência (i) à dialeticidade do processo, (ii) ao direito de as partes sustentarem em juízo suas próprias razões, (iii) ao direito à prova e à contraprova e (iv) ao direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz, o órgão julgador demonstre, às expensas, na motivação, que efetivamente levou em conta toda a atividade argumentativa e probatória desenvolvida pelas partes em contraditório. Impõe-se-lhe justificar, na motivação, com argumentos racionalmente válidos, tanto a hipótese de julgamento vencedora, quanto a hipótese perdedora⁸³³. Por exemplo: na

⁸³² TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 74: “Da questo punto di vista il fatto determina l’interpretazione della norma, e la norma determina il giudizio sui fatti. Tutto ciò si verifica attraverso un procedimento dialettico di trial and error che implica il confronto, la verifica e il controllo di ipotesi. Questo procedimento è tanto più lungo e complesso quanto maggiori sono le difficoltà che il giudice incontra nell’interpretazione della norma e nell’individuazione dei fatti ai quali la norma si riferisce. Esso può essere configurato in vari modi, ma proprio il suo essere “procedimento”, e la sua complessità, inducono a pensare che esso sia analizzabile in termini di sequenze razionali e di criterio di validità logica.”

⁸³³ GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 ago. 2013. p. 18: “Não é certo dizer que uma fundamentação racionalmente consistente atende à exigência de motivação. Isso não basta. É preciso demonstrar que todas as alegações, fatos e provas potencialmente relevantes foram examinados.” Como já assinalado, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, § 1º, inciso IV, preceitua: “art. 499 – *omissis*. § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Nesta nova sistemática, atentando-se para a efetividade das garantias constitucionais do processo justo, não apenas a hipótese vencedora de decisão deverá ser fundamentada, senão também, e sobretudo, aquela derrotada, sempre que os argumentos fáticos-jurídicos aduzidos pela parte vencida puderem, “em tese”, conduzir o processo para um resultado diferente. Cumpre notar-se que o legislador usou a expressão “em tese”, circunstância que encoraja a pensar que o juiz haverá de fazer uma análise minuciosa dos argumentos fáticos-jurídicos aportados pela parte vencida para definir se os mesmos têm o condão de conformar a decisão em sentido diametralmente oposto à solução originalmente formulada. É preciso abandonar a tendência atual dos Tribunais e, a partir daí, quebrar as resistências no tocante à aplicação deste dispositivo que, decerto, surgirão, aqui e acolá, em várias instâncias do judiciário. *Legem habemus*.

motivação *in facto* ao juiz cumpre evidenciar de que modo foram avaliados os resultados das provas e por que a umas foi emprestada maior confiabilidade ou credibilidade do que a outras. Assim o depreca, também, o princípio da congruência, como expressão da garantia fundamental de tutela jurisdicional efetiva.

A motivação não tem por escopo reproduzir fielmente o processo mental desenvolvido pelo juiz para, como fio de Ariadne, alcançar sua decisão. Ou seja: a motivação não representa uma historiografia da decisão. A motivação exhibe a natureza de um discurso tendente a justificar jurídica e racionalmente a solidez e a validade dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz para formular a melhor solução para a justa composição do conflito. Vale dizer: a função da motivação é articular razões idôneas para justificar o decisório, por força, em ótica habermasiana, não apenas de argumentos intrinsecamente qualitativos, senão também da estrutura do processo argumentativo⁸³⁴. O raciocínio decisório exhibe características valorativas e deliberativas, ao passo que a motivação revela seu pendore justificativo. Trata-se, pois, de um discurso que gravita na órbita de razões que confirmem a bondade da solução adotada pelo juiz para o caso particular. Nesse sentido, a motivação, a um só tempo, racionaliza a atividade jurisdicional e imprime aceitabilidade à decisão.

A justificação é um procedimento do discurso prático racional, isto é, o juiz deve aduzir boas razões em favor de determinada entidade linguística (v. g., uma conclusão, um juízo, uma norma). A argumentação justificativa exerce um significativo conjunto de funções⁸³⁵. O discurso judicial há de ser densificado por razões dotadas de racionalidade

⁸³⁴ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 152.

⁸³⁵ VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento justificatorio judicial. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), v. 2, n. 21, p. 483-499, 1998, esp. p. 498-499: “*Las funciones que cumple la argumentación justificatoria son variadas y, entre ellas, nos parecen destacables: 1) función validante: Cotta, a partir de entender que una norma es un plexo compuesto por enunciado deóntico, justificación e interpretación, ha concluido que “la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla”, y en consecuencia la validez de una norma depende de su justificación; 2) función controladora: atento a que la sentencia es una unidad, sólo puedo juzgarla considerando las razones que intentan avalarla, y, además, el carácter institucional ya apuntado se manifiesta en los distintos tipos de control: el académico, el superior, el profesional, el social, el político, el disciplinario, etc.; 3) función legitimadora: Mauro Cappelletti entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas “virtudes pasivas, formales o procedimentales”, entre las que destaca la justificación de las decisiones; 4) función concretizadora: aquella orden racional general que implica la ley reclama intrinsecamente ser proyectada a los casos que en ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acaba o completa en la tarea individualizadora judicial; 5) función didáctica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia; 6) función científica: a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del derecho, etc., es forzoso atender al discurso justificatorio judicial; 7) función estabilizadora: justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos, es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad*”

justificativa, que a motivação desempenha, instrumentalmente, em relação ao *decisum*. Mas quais são as linhas essenciais de uma justificação racional?

O conceito de racionalidade é permeável a significados diferentes. Pode-se falar, por exemplo, em racionalidade geral e em racionalidade jurídica. Esta última conexiona-se com o paradigma da dogmática e da adjudicação jurídico-instrumental, ao orientar-se por pautas interpretativas específicas e fundar-se em certas fontes do direito⁸³⁶. O procedimento de justificação jurídica deve ter aptidão para gerar aceitabilidade racional. Trata-se, em linguagem habermasiana, de racionalidade comunicativa, conexcionada com a argumentação e o convencimento: é plataforma de compreensão humana e alicerce de aceitabilidade racional⁸³⁷. A racionalidade é um elemento assaz relevante do raciocínio jurídico, que amálgama dialética e lógica formal⁸³⁸.

A racionalidade é argumentação coerente. Culturalmente, como um fato intersubjetivo, a racionalidade diz com o seu uso na linguagem comum. Equivale a dizer que a maneira coerente de pensar está estratificada em cada cultura, que pode servir de parâmetro de avaliação comportamental⁸³⁹. Nessa perspectiva, não seria despropositado dizer que a ideia de racionalidade perpassa a vida em sociedade.

de respuestas concretas; 8) función pacificadora: la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquellos a los que son derrotados en el proceso; 9) función moralizadora: al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional, y así superar el conflicto moral – apuntado por Kant – que supone el disponer acerca de la libertad del otro.”

⁸³⁶ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: Un tratado sobre justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 240.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 241: “La aceptabilidad racional es una propiedad del resultado final del procedimiento de justificación jurídica. Por consiguiente, se habla de la aceptabilidad racional de los puntos de vista interpretativos. A su vez, por lo que respecta a su naturaleza, la interpretación jurídica es un diálogo, es decir, en este sentido, una forma de la comunicación humana.”

⁸³⁸ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 372-373: “Os raciocínios jurídicos combinam, portanto, a dialética e a lógica formal. Neles a lógica formal é apenas um instrumento a serviço da dialética, nutrida pela argumentação. Mas ela proporciona ao raciocínio a precisão, o rigor, a certeza e a objetividade necessárias. Entretanto, ela não deve imprimir-lhe um dogmatismo hermético às realidades que se afastaria do objeto do direito, da vida dos homens em sociedade e da edição de regras de conduta. Portanto, ela depende de escolhas racionais e deve sempre ser orientada ou corrigida consoante critérios racionais ou empíricos. As soluções instiladas pelos raciocínios jurídicos dependem, por conseguinte, da escolha das proposições empregadas.”

⁸³⁹ AARNIO, Aulis, op. cit., p. 251: “En este sentido, el concepto de coherencia es un elemento necesario de nuestro concepto común de racionalidad. Pertenece a la base de la comunicación humana. Nuestra vida social y nuestra interacción comunicativa funcionan sólo si esta precondition está satisfecha. Por ello, sería correcto decir que la reconstrucción de la racionalidad sólo explícita algo que está profundamente oculto en el uso lingüístico común de la gente occidental con mentalidad moderna.”

A justificação não prescinde (ela própria) de ser justificada. Configura-se, por assim dizê-lo, uma espécie de justificação abissal: toda justificação, antes de justificar, deve ser justificada. Uma justificação jurídica sólida e um discurso racional logicamente consistente de razões não de prestigiar certas condições gerais necessárias. De sorte que, no campo da chamada teoria procedimental do discurso racional, os princípios da racionalidade prática, comumente aceitos, podem ser sintetizados em cinco características: i) consistência (v. g., inexistência de contradição interna no discurso)⁸⁴⁰; ii) eficiência (v. g., a efetividade do discurso prático faz com que resulte em uma conclusão)⁸⁴¹; iii) coerência (v. g., proibição de coação física ou mental contra algum participante da discussão)⁸⁴²; iv) universalidade-generalidade (v. g., um juízo de valor ou um ponto de vista jurídico formulado por um participante do debate, como fundamento básico de toda e qualquer argumentação racional⁸⁴³, não de ser suscetíveis de generalização para abraçar casos análogos)⁸⁴⁴; e v) sinceridade-apoio

⁸⁴⁰ AARNIO, Aulis, op. cit., p. 254: “*La ausencia de contradicción interna significa que un enunciado y su negación no pueden existir al mismo tiempo en la misma configuración de justificación.*”

⁸⁴¹ Ibidem, p. 255: “*Las partes en la interpretación no sólo deben tener un lenguaje común sino que también deben usar cada expresión de una manera uniforme. Una parte en la interpretación no puede cambiar inesperadamente el juego del lenguaje sin justificar el cambio en el uso del lenguaje. Un cambio inesperado en las convenciones lingüísticas perturba el todo del discurso. Al obligarse uno mismo a este tipo de regla de consistencia, se evita la posibilidad de que, durante la interpretación, un desacuerdo material se convierta en un desacuerdo lingüístico.*”

⁸⁴² Ibidem, p. 255-256: “*La exigencia de honestidad significa que un participante no puede invocar una justificación que sabe es inválida. Una persona que conscientemente utiliza una justificación inválida no está intentando influenciar el resultado sobre bases substanciales sino a través de la persuasión. Con otras palabras: una persona que viola la exigencia de honestidad viola una de las condiciones de la racionalidad. Este grupo incluye, aunque en menor medida, la actividad en la que una persona afirma que la justificación es válida aunque no está segura de ello.*”

⁸⁴³ Sobre o ideal de pensamento racional universal, vide PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e direito). p. 263: “Mas o que podemos exigir de uma argumentação racional é que tenha pretensão à universalidade. Seu autor só deveria utilizar enunciados e meios de prova que, em sua mente, são suscetíveis de obter a adesão de todas as mentes razoáveis. Seu esforço deveria ser, no campo do pensamento, conforme o imperativo categórico de Kant: deveria seguir, e propor a outrem, apenas construções intelectuais que possam sempre valer conjuntamente nos termos de uma universalidade das mentes.”

⁸⁴⁴ AARNIO, Aulis, op. cit., p. 256-257: “*La violación de la regla de universalidad conduce al uso de razones que están sólo conectadas con la situación en cuestión. Son, por así decirlo, argumentos ad hoc cuyo poder justificatorio no va más allá de una situación particular. Por esta razón, ellos tampoco satisfacen el requisito de racionalidad. La regla de universalidad incluye, entre otras cosas, lo siguiente: (i) hay que aceptar las consecuencias de una norma que uno mismo ha aceptado, aun cuando ello afecte la propia posición; y (ii) las consecuencias de una norma que satisface los intereses de una persona tienen que ser aceptables para cualquier otra; tienes que comportarte de forma tal que tu acto pueda ser universalizado.*”

(v. g., toda proposição deve ser justificada e a respectiva clareza-coerência é um critério para o apoio)⁸⁴⁵.

Demais disso, em esquema simplificado, para que a justificação de uma decisão possa ser havida por racional⁸⁴⁶ é indispensável que a estrutura do raciocínio: (i) considere os fatos que tenham sido devidamente provados; (ii) leve em conta todos os fatores juridicamente relevantes; (iii) não introduza no processo de elaboração nenhum outro fator que não o seja; (iv) atribua a cada um dos fatores a considerar o peso ou valor que efetivamente lhe outorgue o ordenamento jurídico; e (v) na condição de que todos tenham o mesmo valor, expresse as razões de sua opção em favor de um deles sem incorrer em erros lógicos.

Ademais, como a finalidade da motivação é a de justificar racionalmente a decisão, deve, no âmbito de um processo justo, possuir um conteúdo mínimo essencial que abranja: (i) a explicitação das escolhas feitas para a identificação das normas aplicáveis; (ii) a enunciação das eleições tendentes à interpretação de tais normas; (iii) o correto acertamento da verdade dos fatos relevantes; (iv) a atribuição de qualificação jurídica aos fatos e, a partir daí, a extração das consequências jurídicas; (v) o feixe de nexos de implicação e de coesão entre os enunciados fático-jurídicos e entre estes e a conclusão final; e (vi) a fundamentação dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz, de sorte que se revelem como racionalmente corretos. Por aí se vê que a concepção de racionalidade justificativa, por sua formidável complexidade, não pode ser reduzida ao diagrama clássico do silogismo judicial; antes deve observar as regras de validade da argumentação prática (v. g., uso adequado da linguagem comum e jurídica; congruência entre os enunciados, correção de inferências, e assim vai).

Merece menção à parte o problema da racionalidade dos argumentos com que se justifica o juízo de fato, especificamente em relação à valoração da prova. A valoração dos resultados probatórios há de ser objetiva e empregar critérios conhecidos de aferição da confiabilidade e da credibilidade de cada meio de prova que devem ser justificados na motivação da decisão. Com efeito, a justiça da decisão - além da perspectiva de sua juridicidade, consistente na correta escolha, interpretação e aplicação das normas e da utilização de procedimento válido, equo e justo - deita raízes no adequado acertamento da

⁸⁴⁵ AARNIO, Aulis, op. cit., p. 260: “*El objetivo de la justificación es lograr la coherencia y, por medio de ella, la aceptabilidad en la comunidad jurídica. Los medios que sirven este objetivo son justamente las reglas de la interpretación jurídica y las reglas generales de la racionalidad.*”

⁸⁴⁶ TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. p. 126-127.

verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Nem por irrisão poder-se-á pensar em uma decisão justa quando esteja assentada sobre falso ou errôneo acerto dos fatos subjacentes ao conflito⁸⁴⁷.

6.3 Considerações críticas às teorias do juízo e da motivação: silogismo judicial, tópica, retórica

A fórmula de matriz juspositivista, que se esfalfa em representar o juízo como um silogismo (premissa maior: formulação da norma aplicável ao caso particular; premissa menor: fixação dos fatos acertados como verdadeiros; e conclusão), embora tenha corrido o mundo e feito fortuna, há pelo menos sete décadas mostra visíveis sinais de fadiga e de incompletude, além de empobrecer as virtualidades e complexidades do raciocínio judicial. O juízo é muito mais rico e não se harmoniza com a ideologia que percebe o juiz como *la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*, na famosa locução montesquiana, desprezando, também, a evidência de que a lei não exaure o Direito ou - o que é o mesmo - de que este não se esgota naquela. Existe Direito acima da lei formal, tendo como lídimas fontes justiça, política, ética e costume. Não por acaso, transcendendo à normatização estática, o fenômeno jurídico é dinâmico, posto que aderente à realidade social, que é igualmente dinâmica. No âmbito do dedutivismo-axiomático tem-se a figura opaca de um juiz passivo que não cria a decisão justa, mas, nessa visão, a encontra, idealmente, no âmbito do ordenamento e da lógica formal. A lógica do raciocínio é infensa à extração de conclusões valorativas de premissas de fato, bem como, inversamente, é refratária à ordenação de premissas fáticas de proposições axiológicas. O juiz utiliza várias ferramentas tanto na construção da melhor hipótese de solução quanto no controle racional dos enunciados de fato e de direito e na racionalização das razões justificativas colocadas na base do decisório.

Nessa latitude, não se pode reduzir o juízo decisório a uma concatenação lógico-dedutiva, como se a decisão traduzisse uma mera operação aritmética⁸⁴⁸. Não e renão. Nem

⁸⁴⁷ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007, esp. p. 233.

⁸⁴⁸ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivum, 2008. p. 214: “Evidentemente que toda sentença envolve um raciocínio lógico. No entanto, a complexidade do fenômeno jurídico evidencia

sempre uma justificação logicamente impecável assenta-se na formulação de juízo de valor de acordo com parâmetros racionais. O juiz formula, por exemplo, valorações de cariz axiológico que devem ser devidamente justificadas com argumentos jurídicos e racionalmente válidos, no escopo de permitir controlabilidade, interna e externa, sobre o concreto exercício da atividade judiciária. É importante frisar que avaliações de caráter axiológico, como contraponto da logicidade ou da concepção de juízo como concatenação puramente lógico-dedutiva, não têm o condão de transformar os juízos de valor em juízos irracionalísticos. Fique claro que a presença dos valores não justifica uma concepção irracionalística do juízo ou da motivação⁸⁴⁹, de modo a massacrar os mecanismos de controle jurídico-técnico-instrumental e político-social-garantístico sobre a concreta administração da justiça⁸⁵⁰.

A vertente teórica que reduz o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo a uma equação silogística sistemático-dedutiva afigura-se manifestamente insatisfatória e insuficiente. É insatisfatória, porque o figurino silogístico pode se alicerçar, por exemplo, em falsas premissas e, igualmente, conduzir a inidôneas conclusões. É insuficiente, porque, no plano do raciocínio justificativo, não consente espaço algum para a construção de juízos axiológicos e de procedimentos de apreçamento, seja na fixação das premissas de direito⁸⁵¹, seja no assentamento das premissas de fato⁸⁵². O pensamento jurídico não se adstringe a deduções lógicas. Na órbita da teoria da motivação, a doutrina do silogismo judicial afigura-se

que a lógica jurídica é muito diferente da lógica matemática, ou seja, o raciocínio jurídico se envolve num jogo de variáveis e de complexidade, a não encontrar saída no âmbito fechado do raciocínio matemático.”

⁸⁴⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 146.

⁸⁵⁰ Ibidem, p. 147: “*In tale prospettiva, è evidentemente rilevante la distinzione di fondo tra piano del giudizio e piano della motivazione, più volte accennata. Sul piano del giudizio, il problema dei valori si scinde in tre profili principali: a) la scelta del valore come criterio-guida della valutazione; b) la valutazione come formulazione del giudizio sulla base del valore scelto come criterio-guida; c) la collocazione del giudizio di valore nell’insieme del ragionamento decisorio. (...) Sul piano della motivazione, invece, il problema da risolvere non è quello della razionalità del giudizio di valore, ma quello della sua giustificazione, e può a sua volta scindersi in tre sottoproblemi: a) giustificazione della scelta del valore-guida; b) giustificazione del giudizio di valore; c) giustificazione delle conseguenze che il giudice trae, ai fini della decisione, dal giudizio di valore.*”

⁸⁵¹ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**, op. cit., p. 481: “Assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo fator de decisão, que é, contudo, essencial. O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas - nisso a dedução em direito nada tem de particular - mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor.”

⁸⁵² HUSSON, León. Les trois dimensions de la motivation judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 69-109, esp. p. 96.

incompleta, haja vista que a estrutura silogística é apenas uma peça da engrenagem da motivação, mas não é a única⁸⁵³.

Nessa moldura, a teoria do silogismo judicial dista anos-luz de representar o complexo fenômeno do juízo. Tampouco exhibe a virtude de esgotá-lo, porque se adstringe ao momento da extração de uma conclusão das premissas fático-jurídicas fixadas. É dizer: a concepção dedutivista é exata para o raciocínio judiciário quando o juiz há de subsumir o fato ao direito⁸⁵⁴. Entretanto, tal modelo silogístico deixa de fora justamente a atividade nevrálgica de fixação das premissas de fato e de direito⁸⁵⁵.

Há, porém, mais. Tal modelo subsuntivo, a par de evidenciar o estorvo de se abarcar a qualificação jurídica do fato, seja na premissa maior, seja na premissa menor (embora se possa validamente conceber a ampliação da definição desta última)⁸⁵⁶, não distingue a atividade decisória da estrutura justificativa expressada na motivação. Ou seja: não faz a indispensável diferenciação entre contexto de deliberação (v. g., procedimento em que o juiz formula sua decisão final, através de uma concatenação de eleições e de valorações) e, com estrutura argumentativa e não heurística, contexto de justificação (v. g., explicitação de “boas razões” por força das quais sua decisão haveria de ser considerada válida e compartilhável), como se ambos retratassem um fenômeno unitário e ostentassem a mesma espécie de racionalidade⁸⁵⁷.

⁸⁵³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 156, 161-162; ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série IDP – Linha direito comparado). p. 365: “A ordem jurídica não se pode, portanto, descrever como sistema derivável de uns poucos axiomas. O pensamento jurídico não se esgota em deduções lógicas. Mesmo assim, o pensamento lógico-sistemático mantém a sua função enquanto maneira de pensar entre várias, que servem para a solução de questões jurídicas. A tendência fundamental da nossa consciência para a sistematização impele-nos a estabelecer relações claras dentro da multiplicidade das normas jurídicas, mesmo que saibamos que por esta via não chegamos a uma sistematização completa.”

⁸⁵⁴ BERGEL, Jean-Louis, op. cit., p. 357.

⁸⁵⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 152-153.

⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 154: “*Emerge da questo punto di vista che uno dei punti nodali del problema, non risolto dallo schema sillogistico in senso stretto, è dato dalla collocazione, nella struttura del giudizio, del momento della qualificazione giuridica dei fatti della causa: si tratta infatti di un’operazione che non rientra nella premessa maggiore del sillogismo, intesa come formulazione della norma da applicare al caso, né nella premessa minore, intesa come fissazione dei fatti accertati. Questa difficoltà viene superata, secondo l’orientamento prevalente, senza mettere in crisi le linee generali dello schema sillogistico, ma articolando maggiormente la definizione della premessa minore. In questa vengono infatti ricompresi due momenti distinti: la fissazione dei fatti della causa accertati (che secondo lo schema tradizionale esauriva il contenuto della premessa minore), e la loro qualificazione giuridica secondo le categorie normative che costituiscono, con un diverso carattere di generalità, la fattispecie legale che viene enunciata nella premessa maggiore.*”

⁸⁵⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 157.

Pode-se dizer, em terminologia carneluttiana, que juízo precede ao silogismo: este pressupõe aquele, e não o contrário. O juízo sobrevive sem o silogismo, mas a recíproca não é verdadeira. Porque assim é, não se afigura possível a idônea demonstração de que todo juízo se reduza a uma estrutura silogística, ao passo que a comprovação da hipótese inversa é passível de ser articulada.

No tocante à motivação, a estrutura puramente dedutiva, na última parte do raciocínio judicial subsuntivo, não se coaduna com a totalidade da dimensão que, na realidade, a motivação representa como exteriorização do raciocínio justificativo desenvolvido pelo juiz. De mais a mais, em âmbito de motivação, os enunciados não guardam uma pertinência do geral para o particular, típica do raciocínio dedutivista. As proposições de fato e de direito, em seus diversos matizes lógicos e axiológicos, não se deixam aprisionar em uma cadeia de silogismos.

No estágio atual da cultura jurídico-processual, o que parece se revelar impróprio é o raciocínio judicial embasado exclusivamente no método silogístico de argumentação, uma vez que desdenha, por exemplo, da formulação de juízos de valor *in facto* e *in iure*. É dizer: a teoria do silogismo judicial é inconfiável quando tem a pretensão de exaurir a complexidade do juízo ou de espelhar, inteiramente, o raciocínio decisório. Contudo, nada impede que o modelo de silogismo seja empregado em conjunto com outros elementos argumentativos que sejam compatíveis, *v. g.*, com juízos preponderantemente de valor que guiem o órgão julgador até sua conclusão final. Quer-se reafirmar que, sob a ótica da estrutura da decisão, o raciocínio judicial, em seu extremo momento, pode refletir, sim, um silogismo jurídico⁸⁵⁸. Nessa esteira, não se pode negar o acoplamento lógico entre o geral e o particular ou, caso se prefira, a existência de atividade dedutiva ou de subsunção na aplicação da norma ao fato⁸⁵⁹. É útil reafirmar: o derradeiro e crucial momento do raciocínio decisório faz culto à concepção dedutiva (teoria da subsunção), como seja, de aplicação da norma geral ao caso particular de

⁸⁵⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 111: “O silogismo jurídico objetivo em verdade toma corpo para o Juiz especialmente no momento da concretização da decisão no escrito, na motivação, com a qual obedece ao disposto na Constituição Federal e nos Códigos de Processo, textos que, em verdade, apenas explicitam a necessidade de fundamentação inerente à etiologia de qualquer julgamento. A formação da decisão, em si, é ato aninhado nas profundezas do sistema psíquico do Juiz, cujas trilhas, nos casos realmente complexos, nem o próprio Juiz possui meios de reconstituir. (...) Como na alegoria de Platão, também na decisão judicial a explicitação silogística dos motivos não significa mais que sombras projetadas ao fundo da cava, espelhando baça a realidade que se passou no mundo imperscrutável que as produziu.”

⁸⁵⁹ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, *op. cit.*, p. 144: “*non è possibile ritenere che la decisione sia il frutto esclusivo di un iter logico modellato secondo le forme della deduzione sillogistica. Tuttavia non si può escludere che una connessione sostanzialmente deduttiva, o sussuntiva, rappresenti il nucleo fondamentale dell'applicazione della norma al fatto.*”

maneira racionalmente válida. A coerência lógico-formal da rígida organização dos argumentos, pressupondo-se a correção das premissas fático-jurídicas, transporta a uma conclusão final racional. Todavia, como já observado, embora o decidir possa findar com um silogismo, com esquema silogístico nunca poderá encetar. Conducente dizer que a inutilidade do método silogístico de julgamento está em que somente se afigura possível pensar em silogismo após o remate do juízo. A ideologia do silogismo, respirando-se oxigênio carneluttiano, se revela necessária para a verificação do juízo.

A crise experimentada pela corrente teórica do positivismo jurídico, sobretudo no período do segundo pós-guerra, com a erupção do sistema de valores, tendo como centro de gravidade axiológico a dignidade da pessoa humana⁸⁶⁰, contribuiu para que (i) o Direito passasse a ser visto através de novas lentes e (ii) a atividade do juiz fosse, sobretudo, enriquecida por fatores tópico-retóricos e argumentativos.

Na contramão da doutrina do silogismo judicial, e com a retomada da discussão sobre o compromisso do direito com a justiça e a ética, (re)alça-se a teoria do raciocínio tópico, constituindo-se em uma técnica de pensamento orientada para o problema (“pensar problemáticamente”), a refutar a possibilidade de o raciocínio jurídico fluir de fontes rigorosamente dedutivas e de um sistema fechado de conceitos jurídicos (jurisprudência dos conceitos), nos padrões formalistas positivistas⁸⁶¹. A teoria tópica jurídica lança mão de noções de senso comum⁸⁶², de princípios gerais, axiomas e conceitos jurídicos comumente aceitos, com a prevalência de fatores de razoabilidade⁸⁶³ e de equidade, em um ininterrupto

⁸⁶⁰ FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais & Justiça**: Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, n. 12, p. 272-283, jul./set. 2010, esp. p. 278.

⁸⁶¹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. alemã, rev. e ampl. de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 16: “A tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica. Ela apresenta uma estrutura espiritual que inclusive em suas particularidades se distingue claramente de uma estrutura dedutivo-sistemática.”

⁸⁶² WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. p. 97.

⁸⁶³ HERNÁNDEZ, Susana González. La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender). **Praxis de la justicia fiscal y administrativa**, México-DF, año 5, n. 12, 2013. p. 24: “*Por lo tanto, considerando que cuando mediante los criterios de racionalidad no puede adoptarse una decisión - por ser ésta inadmisibile, o contradictoria o llevar a alternativas igualmente plausibles de las que por no existir distinción, no pueden tomarse una decisión - se debe asumir una resolución razonable, la cual es mucho más flexible, sin embargo, no por ello menos rigurosa, en virtud de que además de que acoge principios éticos y morales, atiende a supuestos sociológicos, políticos, culturales, etcétera; por tanto, debe entonces estimarse a la razonabilidad más cercana al problema que en cada caso dilucida, y considerar que siempre estará más dirigida, que la simple racionalidad, a la satisfacción del bienestar humano.*”

fluxo de diálogo semântico, cultural e valorativo com a ambiência social, com o valor justiça e a exigência de uma fundamentação argumentativa. Convida o juiz a atuar em consonância com o quadro cultural da sociedade em que opera.

No âmbito da tópica, como método de pensamento orientado no problema, com ênfase no caso concreto⁸⁶⁴, o juiz, operando segundo a cultura *lato sensu*, jurídica ou não, realça o problema a investigar, para coligar em torno dele pontos de vista (premissas entimemáticas fundadas em valores)⁸⁶⁵ que não chegam a configurar conceitos⁸⁶⁶. Nessa moldura, e na concepção ciceroniana, na qual se evapora a dicotomia aristotélica entre raciocínio aporético e apodítico (tópica como método para enfrentar cada problema de modo dialético, ou seja, não-apodítico)⁸⁶⁷, o juiz busca argumentos (tópica de primeiro grau: momento da invenção - *ars inveniendi*) para, a partir deles, formar o juízo (tópica de segundo grau: momento da formação do juízo - *ars iudicandi*)⁸⁶⁸. O centro de gravidade da prática do direito se desloca do ordenamento jurídico para o caso concreto, migra do geral para o particular, salta do sistema para o problema⁸⁶⁹. Faz-se profissão de fé do catálogo de topoi admissíveis.

É oportuno antecipar um reparo. A tópica, inserindo-se no pensamento problemático, se adstringe à singela afirmação acerca do jaez não sistemático de semelhante raciocínio, valendo notar, também, que a própria concepção de *topos* (ou lugar comum da argumentação) é fluida, vaga e ambígua⁸⁷⁰. Com foco na anoréxica precisão do conceito de discussão, a eleição das premissas relevantes decorre do especioso arbítrio do juiz⁸⁷¹. O procedimento

⁸⁶⁴ MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus Editora, 2008. p. 103.

⁸⁶⁵ WARAT, Luis Alberto, op. cit., p. 94.

⁸⁶⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 174-175.

⁸⁶⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito**: o Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2. p. 265.

⁸⁶⁸ ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p. 374: “A tópica, no sentido da retórica clássica, pretende fornecer “lugares comum” [*topoi*] para questões e argumentos. Anda à procura do ponto de vista, norma ou questão já conhecida que possa ser relevante para a solução de um problema concreto. Tópico é o argumento tirado da gaveta, o argumento que já tem o seu lugar, o seu *topos*. O pensamento tópico tem, portanto, em vista ir buscar aqueles argumentos que são adequados e pertinentes para a solução do problema em questão, que podem “desempenhar um papel” no jogo da discussão.”

⁸⁶⁹ No tocante à concepção viehwegiana de ciência jurídica como ciência não-sistemática, mas problemática, vide LOSANO, Mario G, op. cit., p. 266-267.

⁸⁷⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 175.

⁸⁷¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 38: “Finalmente, a teoria esboçada pela tópica sobre o uso de premissas na fundamentação dos juízos singulares mostra-se problemática. A regra aqui

tópico é elástico e provisório. A seleção recai invariavelmente sobre entendimentos já estratificados no ambiente social, circunstância que parece aniquilar a possibilidade de aparecimento de proposições inovadoras. Outra observação crítica que se pode endereçar à teoria tópica do juízo é a de que, como os *topoi* representam um mero ponto de vista, tal doutrina não tem compromisso com a descoberta da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa⁸⁷².

É fora de dúvida, no entanto, que na teoria tópica descansa uma dimensão relevante do raciocínio judicial, encontrada na jurisprudência (v. g., na interpretação da lei, com o auxílio de argumentos interpretativos comprovados, e na aplicação estruturada do direito). Inobstante as críticas que se lhe endereçam, tem a virtude de, além de retomar a dialética na realização do direito⁸⁷³, facilitar a compreensão da opinião pública, mediante comunicação mais eficiente e simples do discurso do juiz. Serve de ponte entre os valores por ele adotados e os prevaletentes no seio da sociedade em que opera. Já agora no plano da fundamentação, a par de sua valia como uma das bases argumentativas da motivação, a tópica cumpre o papel de indicar as premissas que integram o discurso justificativo da decisão⁸⁷⁴. O raciocínio tópico, apesar de evadir-se da inflexível estrutura lógico-dedutiva, pode guardar, configurando uma doutrina assistemática⁸⁷⁵ e de conteúdo fragmentário⁸⁷⁶, compatibilidade de gênios, no sentido

vigente de considerar todos os pontos de vista não diz nada sobre qual deve prevalecer e nem sequer determina quais são os pontos de vista que devem ser considerados. (...) No entanto, deve-se manter a tese da tópica de que, inclusive quando não são possíveis fundamentações concludentes, não se deve conduzir à decisão irracional, assim como a ideia de que o conceito de fundamentação racional está estritamente entrelaçado com o de discussão racional.”

⁸⁷² ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p. 377: “Os limites da tópica enquanto procedimento epistemológico residem na sua função meramente instrumental. Ela revela quais são os pontos de vista e questões já disponíveis, quais são os “conceitos-chave” que tornaram compreensíveis os problemas e que podem desempenhar um papel de caso para caso. Mas continua a ser um mero acesso a conhecimento já existente, não podendo, por isso, fornecer desde logo só por si a fundamentação suficiente para a solução de novos problemas, mas carece, para este efeito, de uma complementação através de pontos de vista não tópicos, isto é, não disponíveis à partida.”

⁸⁷³ MARRAFON, Marco Aurélio, op. cit., p. 102.

⁸⁷⁴ LOSANO, Mario G, op. cit., p. 267: “Tal estrutura apresenta três características: funda-se no problema (ou seja, sobre limitadas classes de casos concretos ou até mesmo sobre um único caso concreto); os conceitos e os princípios da ciência jurídica devem sempre ser ligados ao caso concreto; todo raciocínio sobre tais conceitos e princípios deve partir e retornar ao problema, ou seja, ao caso concreto.”

⁸⁷⁵ Ibidem, p. 264: “Se, porém, considera-se que o método dedutivo-sistemático não é adequado a essa tarefa, então é preciso voltar à origem do direito, constatar que ele consistia em resolver problemas isolados, segundo a justiça, recorrendo a “uma estrutura espiritual” (*ein geistiges Gefüge*) que se distingue radicalmente do pensamento sistemático. Viehweg opta por essa segunda via. Porém, sua recusa do pensamento sistemático não é total, e por isso é melhor falar do pensamento tópico como de uma doutrina assistemática, mais do que anti-sistemática.”

de complementaridade, de integração ao sistemático⁸⁷⁷, com o pensamento axiomático-dedutivo, cujo núcleo relaciona entre si normas e conceitos⁸⁷⁸.

No contexto argumentativo, vislumbram-se, pelo menos, três cardumes de argumentos tópicos⁸⁷⁹: (i) argumentos clássicos de lógica jurídica (v. g., argumentos *a simili*, *a pari*, *a contrario sensu*)⁸⁸⁰; (ii) princípios gerais de direito, máximas colhidas da doutrina e da jurisprudência, elementos de senso comum metajurídicos, critérios de valoração ética e socioeconômica habitualmente placitados pela sociedade, expressados pela opinião pública e consolidados na *communis opinio*; (iii) perfis propriamente retóricos com força emotiva, evidenciando aspecto persuasivo do discurso justificativo judicial; argumentos de autoridade⁸⁸¹, ao invés de autoridade dos argumentos.

Nessa moldura, cinco considerações críticas podem ser formuladas relativamente à teoria tópica do juízo e da motivação: (i) a aceitabilidade da justificação da decisão judiciária está jungida a um consenso difuso e geral no meio social, por vezes, reafirme-se, fluido (o repertório é flexível)⁸⁸², ambíguo e até infenso à individualização, máxime em sociedades marcadas pelo multiculturalismo, pela pluralidade de ideias e de ideais, pelo dissenso democrático; aliás, o consenso, por si só, não é penhor da correção daquilo com que se concordou⁸⁸³; (ii) a justificação esquiva de controle lógico-jurídico, quando se cogita de critérios racionais de julgamento e de efetivação de uma ordem constitucional⁸⁸⁴, posto que deve se resignar ao senso comum sedimentado; (iii) os *topoi* retratam uma formulação

⁸⁷⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe, op. cit. p. 151.

⁸⁷⁷ VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 9 (Prefácio à quarta edição).

⁸⁷⁸ ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p. 376.

⁸⁷⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 181.

⁸⁸⁰ VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 42.

⁸⁸¹ CRUZ, André Luiz Vinhas da. A tópica neorristotélica de Theodor Viehweg - uma análise crítica de Manuel Atienza. **Revista da ESMESE** (Escola Superior da Magistratura de Sergipe), Aracaju, n. 7, p. 159-179, 2004, esp. p. 162.

⁸⁸² VIEHWEG, Theodor, op. cit., p. 43.

⁸⁸³ ALEXY, Robert, op. cit., p. 36: “Neste sentido, é totalmente consequente a constatação de Viehweg de que *a discussão resta, obviamente, como única instância de controle*; porém, o que significa “instância de controle”? A garantia de correção deve supor qualquer consenso faticamente alcançado? Isso não se justifica pelo simples fato de que em uma discussão posterior pode-se demonstrar o caráter defeituoso de um consenso anterior.” (Grifos no original).

⁸⁸⁴ MARRAFON, Marco Aurélio, op. cit., p. 104-105.

reducionista e meramente aproximativa de uma regra de juízo, razão pela qual, na motivação, semelhante simplificação resulta no emprego de fórmulas padronizadas, de argumentos de autoridade, de aforismos clássicos, de noções de senso comum, que, não raro, arrastam o discurso justificativo para uma praia distante das exigências de justiça, de juridicidade, de correção lógica⁸⁸⁵; (iv) a tópica não configura, de si, um método argumentativo dotado de autonomia⁸⁸⁶, que seja adotável como padrão geral pela motivação, dê que desconforme à estrutura racional do discurso justificativo judicial, nada obstante valorizar elementos metajurídicos (v. g., ideológicos, sociológicos) que povoam o discurso prático da motivação, permitindo controlabilidade extraprocessual, política, democrática e difusa sobre a “obra” do juiz⁸⁸⁷; e (v) os topoi, vale dizer, os aspectos do “problema”, enfocados como ideias de juízes ou de advogados, não são democraticamente legitimados⁸⁸⁸. A validade lógica do raciocínio justificativo e sua eficácia estão condicionados à idoneidade dos argumentos empregados pelo juiz no contexto argumentativo da motivação.

⁸⁸⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, op. cit., p. 204: “Não pode, efectivamente, negar-se que os juristas argumentam, por várias vias, “topicamente”, por exemplo nas audiências de discussão e julgamento. Os argumentos ou “tópicos” que utilizam têm, porém, pesos distintos. Não são pura e simplesmente invocados e alinhados entre si, mas possuem um valor posicional específico e cobram significado sempre em certo e determinado contexto. Mesmo quando se argumenta de modo muito próximo a um argumentar “topicamente”, no sentido de que determinados “tópicos” são utilizados na discussão, postos à prova, seja no sentido da sua rejeição ou do seu acolhimento, a obrigação de fundamentação da sentença torna necessário um processo intelectual ordenado, em que cada argumento obtenha o seu lugar respectivo, processo que conduza a uma determinada inferência silogística. Por meio de uma mera recolha de pontos de vista relevantes no plano jurídico, um catálogo de “tópicos” não alcança tal resultado. O apelo à tópica seria de reduzida valia se não pudesse oferecer mais que isso.”

⁸⁸⁶ ATIENZA, Manuel Rodriguez. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 76.

⁸⁸⁷ Sobre a contraposição entre argumentação lógica e argumentação tópica, bem como os papéis positivos ou negativos que a argumentação tópica pode desempenhar na economia da motivação, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 190-191: “è possibile formulare alcune conclusioni di ordine generale circa la funzione che la topica può svolgere nella motivazione: 1) l’argomentazione topica non è uno schema argomentativo dotato di caratteri strutturali autonomamente definibili, in base ai quali si possa attribuire ad esso una funzione specifica nell’ambito del discorso giustificativo; 2) a fortiori, non si tratta neppure di uno schema che si possa assumere come modello generale della motivazione o come modulo essenziale del ragionamento giustificativo; 3) il ricorso alla topica non risolve il problema della struttura razionale della motivazione; 4) esso è però utile per selezionare e mettere in evidenza una serie di elementi metalogici che sono frequenti nella prassi concreta della motivazione, e che incidono sulla possibilità e sulle modalità d’esercizio del controllo esterno sulla motivazione stessa; la presenza di tali elementi è d’altronde decisiva nel senso di mettere in crisi qualsiasi modello sistematico “chiuso” della motivazione; 5) per contro, lo studio topico della motivazione, se può integrarne l’analisi logico-strutturale, non può sostituirla, e d’altronde esso ha senso non sul piano generale e astratto, bensì su quello dell’indagine ideologica e sociologica delle motivazioni e della funzione che esse svolgono come meccanismi di eliminazione di potenziali conflitti nell’ambito della struttura sociale.”

⁸⁸⁸ MÜLLER, Friedrich, op. cit., p. 233-234.

Um passo à frente. A teoria retórica do juízo e da motivação preconiza, em substância, que o raciocínio do juiz não tem a índole lógico-demonstrativa típica das ciências exatas, mas natureza retórico-argumentativa ou persuasiva⁸⁸⁹. A nova retórica perelmaniana advoga que o raciocínio jurídico é dialético-prático, referenciado a juízos de valor e a eleições de caráter axiológico, cuja racionalidade é sindicada mediante sua capacidade para alcançar aprovação no âmbito de um auditório (universal ou particular).

A teoria retórica, para além de mera dimensão estilística, tem a inegável virtude de revelar, mercê de novos paradigmas de compreensão e de interpretação, resultantes da evolução da exploração hermenêutica, que tanto o raciocínio decisório quanto a motivação não são dotados de estruturas dedutivas fechadas e rigidamente formalizadas; antes, ao revés, do raciocínio do juiz irrompem juízos de valor, valorações de cunho axiológico, eleições discricionárias quando a lei lhe permite. Em casos tais, não se aplica o raciocínio puramente lógico-dedutivo. O raciocínio justificativo racional pode ser permeado de argumentação retórica que reverencie a racionalidade, embora de forma mitigada.

Contudo, nem tudo são flores no campo da teoria retórica referenciada à formação do juízo ou ao procedimento deliberativo e à elaboração do discurso justificativo. Dez observações críticas, pelo menos, revelam-se oportunas: (i) o raciocínio jurídico demonstrativo, no contexto do discurso prático, não exhibe a cogência do discurso lógico-matemático, donde a demasia da análise que lhe é feita pela retórica de útero perelmaniano ao afirmar a carência de logicidade do raciocínio jurídico despido de rigorosa dedução demonstrativa; (ii) o elemento valorativo é apenas um dos componentes do raciocínio jurídico, mas não tem o condão de exauri-lo: este não se reduz àquele; (iii) a doutrina perelmaniana desconsidera que o raciocínio jurídico (longe de ser unívoco) pode assumir, estruturalmente, multifárias configurações, como quando se tem em consideração o legislador, o juiz, o jurista⁸⁹⁰ (v. g., o raciocínio jurídico, essencialmente argumentativo, desenvolvido pelo advogado do autor ou do réu); (iv) não se delinea uma unidade interna do raciocínio jurídico que a argumentação retórica pressupõe; (v) desdenha da distinção entre juízos de valor, conectados à justificação retórica, e juízos de validade, suscetíveis de demonstração racional; (vi) apresenta tendência de generalização do raciocínio, desfavorecendo as

⁸⁸⁹ ROSELLI, Federico. Le clausole generali nella più recente giurisprudenza. L'esperienza del diritto del lavoro. In: BESSONE, Mario (a cura di) **L'attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 95-109, esp. p. 98-99.

⁸⁹⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 197.

peculiaridades reinantes nos contextos de deliberação e de justificação, os quais são caracterizados por tipos diversos de raciocínio (v. g., no primeiro contexto é valorativo e decisório, ao passo que, no segundo, justificatório); (vii) é frágil a concepção de auditório universal como vetor de verificação da racionalidade da argumentação, com esteio em preconceitos e lugares-comuns, haja vista o elevadíssimo risco de manipulação de consensos/dissensos (v. g, através de padrões criados pela mídia) nas sociedades de massa contemporâneas, transformando-se irracionalidade difusa em “racionalidade confusa”; (viii) despreza-se a validade objetiva da justificação do decisório; (ix) no âmbito do assentimento do auditório universal, anaboliza-se uma ideologia do conformismo e do conservadorismo da racionalidade⁸⁹¹; (x) tem a pretensão de, através do destaque de componentes retórico-persuasivos, espancar o cânone da indispensabilidade da estrutura racional da motivação e da estrutura lógica do discurso justificativo judicial. Com efeito, não se pode prescindir do caráter de racionalidade (v. g., validade objetiva das razões que suportam a justificação), a fim de que a decisão seja considerada efetivamente motivada⁸⁹² e renda controlabilidade racional sobre os critérios de escolha ou de valoração utilizados pelo juiz em sua decisão.

Motivar denota dar as razões que servem de sustentáculo à conclusão final. O discurso justificativo judicial há de abarcar os motivos fático-jurídicos que determinaram a decisão. A verificação da legitimidade da decisão e a racionalidade do discurso que tem por escopo justificá-la, endo e extraprocessualmente, derivam de fundamentação apropriada que, expressamente, abranja as alegações relevantes e o material probatório, existentes nos autos do processo, submetidos ao filtro purificador do contraditório dos litigantes, e ministre razões justificativas jurídica e racionalmente apropriadas.

Não cabe objetar quanto à natureza da motivação como discurso justificativo judicial com a ideia arendtiana de que o poder não precisa de justificação, mas, sim, de legitimidade, de sorte que o papel da motivação seria o de permitir a verificação da legitimidade da decisão⁸⁹³. E não cabe de vez que dizer que o poder estatal precisa de legitimidade - enquanto

⁸⁹¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 201.

⁸⁹² Ibidem, p. 200, 203: “*In sostanza, così come il metodo topico opera nei momenti in cui il ragionamento decisivo è logicamente “aperto” ma non ne rappresenta la natura fondamentale, l’argomentazione retorica occupa gli spazi non logici del ragionamento giustificativo, ma non lo esaurisce.*”

⁸⁹³ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 163, 168-169: “*a finalidade última da motivação não pode ser justificar a decisão proferida, pois correta sob o ponto de vista jurídico ou totalmente incorreta, a justificação não teria nenhuma razão de ser, posto que juridicamente irrelevante diante do princípio da legalidade. Se o juiz agiu dentro dos parâmetros impostos pelo ordenamento, não há por que justificar-se. Sob esse aspecto, não teria cabimento o povo soberanamente criar um órgão jurisdicional, estabelecer sua competência e pretender que seus agentes se justificassem a cada*

substrato de validade do poder político - e prescinde de justificação não parece transmitir uma ideia inteiramente correta, porque, na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder público está incondicionalmente submetido ao dever de justificação: é o Estado que, atento aos princípios da publicidade e da transparência, se justifica, semeando razões banhadas pela luz solar. A justificação, baseada em argumentação válida, sobre a racionalidade ou não-arbitrariedade do poder é medida de sua legitimidade e legitimação. Sem razões justificativas da decisão, parece óbvio dizer, não se afigura possível aferir sua conformidade ao direito, para fins de controlabilidade jurídica e racionalmente válida, nos terrenos endo e extraprocessual. Em esquema simplificado: a justificação jurídica e racionalmente válida, enquanto processo argumentativo que tende a afirmar o valor, a correção de algo, é um *prius*, enquanto que a legitimidade/legitimação um *posterius*. Conducente afirmar que a decisão é legítima se e quando, mediante razões justificativas adequadas, demonstre a própria legitimidade⁸⁹⁴. Não se pode tomar uma das funções da motivação (instrumento de controle sobre a legitimidade da decisão) por sua natureza jurídica (em substância: discurso justificativo dotado de argumentos jurídicos e racionalmente válidos).

Ademais, a justificação do exercício do poder político não repousa apenas em sua legalidade (*rectius*, juridicidade), mas, especialmente, em sua racionalidade, vale dizer, na exteriorização de razões que justifiquem a respectiva correção. Não se pode olvidar que, para além do princípio da legalidade ou da motivação *in iure*, a aferição da justeza da decisão tem

sentença proferida. (...) Observada a questão sob o aspecto endoprocessual, pode-se chegar à mesma conclusão. Perante as partes, se uma decisão foi conforme o direito, não há necessidade de justificativa, e se não foi conforme, a justificativa não convalida o erro cometido.” E prossegue, p. 177-178: “pode-se afirmar que a motivação das decisões, cuja obrigatoriedade foi constitucionalmente imposta juntamente com a publicidade dos atos processuais, é o instrumento pelo qual tanto as partes no processo como seu autor ou os órgãos de apelação, assim como qualquer pessoa do povo, têm garantida a possibilidade de controle acerca da legitimidade da decisão - esta última ato de Poder (ou o Poder exercido), materializado na sentença - na medida em que permite a verificação de sua conformidade com o ordenamento, os postulados do Estado de Direito e os fins para os quais este foi criado, segundo os moldes impostos pela Soberania daquele mesmo povo em cujo nome a sentença é proferida, ou, de modo abreviado, a motivação da sentença é o instrumento de controle sobre a legitimidade da decisão.” (Grifos no original).

⁸⁹⁴ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 592: “*Appare dunque accettabile l’opinione di chi vede nel controllo sulla motivazione una manifestazione peculiare, e comunque necessaria, del sindacato di legittimità affidato alla Cassazione; al riguardo bisogna solo sottolineare che ciò implica una rilevante estensione del concetto di legittimità della sentenza, nel senso di ricomprendervi, accanto alla legalità della decisione come sua rispondenza al diritto, l’esistenza di una giustificazione razionale adeguata della decisione stessa. Da questo punto di vista, è legittima la decisione che dimostri di essere razionalmente fondata, e che quindi consenta il controllo sulla sua legittimità giuridica e razionale. (...) significa assegnare alla motivazione il ruolo di saldatura della singola decisione al “sistema” delle norme. Fin qui, opera il principio per cui la decisione è legittima solo in quanto dimostri la propria legittimità, ossia in quanto dimostri di essere una corretta conseguenza di premesse giuridiche insite nell’ambito di tale sistema.*”

igualmente como parâmetro indispensável o correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Daí decorre que, sob o prisma do processo equo e justo, a motivação *in facto*, como discurso justificativo completo e articulado, está no mesmo patamar de importância da motivação *in iure*.

O problema da pretensão de legitimidade da decisão judicial - para além de uma visão meramente dogmática ou positivista de correta aplicação da lei -, posto estar naturalmente atrelado aos fundamentos de validade, provoca reflexões no terreno da ética, ostentando, como paradigmas, valores, tradições, fatores multiculturais no seio de cada sociedade. As razões justificativas, nas quais se concretiza a motivação, consentem, para as partes e para a sociedade, a possibilidade de elaboração de juízos axiológicos, positivos ou negativos, sobre a justiça material acolhida na decisão judiciária, à luz dos valores e concepções preponderantes em determinado espaço sociocultural sobre bondade e justiça. Quando houver em alguma medida coincidência, a decisão terá legitimidade. A novel concepção de jurisdição e de processo, alicerçada na realização dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais individuais e coletivas, mediante motivação reforçada, é ferramenta de afirmação da legitimidade das decisões jurisdicionais.

Os problemas valorativos podem ser resolvidos com base em uma argumentação prática e racional⁸⁹⁵, acolhida na motivação da decisão, e legitimadora do discurso jurídico. Em outras palavras: o juiz deve demonstrar, na fundamentação, que sua decisão é racional, através da racionalidade argumentativa, legitimadora do discurso judicial⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ Ao plácitar o enlace da teoria moral com a teoria do direito, na esfera de um modelo procedimental em quatro níveis: (i) o discurso prático geral; (ii) o processo legislativo; (iii) o discurso jurídico; e (iv) o processo judicial, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 550-551: “Isso leva à necessidade de um quarto procedimento - nesse caso, institucionalizado, em sentido estrito -, a saber, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. Os resultados desse procedimento são racionais se suas regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos primeiros três procedimentos. O fato de as questões valorativas deixadas em aberto pelo material normativo existente serem, no processo judicial, objeto não apenas da argumentação, mas também da decisão, não implica uma renúncia à racionalidade. Em primeiro lugar, porque essas questões valorativas são decididas a partir de vinculações que, enquanto tais, e como demonstra o modelo, são racionais; em segundo lugar, porque essas questões valorativas podem ser decididas com base em uma argumentação prática racional, o que confere à decisão um caráter racional mesmo que mais de uma decisão seja possível nos termos das regras da argumentação prática racional.” (Grifos no original).

⁸⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 68-81, 2006, esp. p. 78: “Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão “se mostra” racional ou não. Para tanto, necessita de “algo”, isto é, da racionalidade da argumentação. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a decisão correta.”

Sob outro ângulo de mirada, já agora no campo da semiologia e como instrumento de comunicação, a motivação, enquanto discurso (sinal linguístico complexo), desempenha o papel de significar algo, ao passo que a motivação como significado de semelhante discurso (contexto de argumentação) exerce a função lógica de justificar a solidez e a coerência dos critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz para formular sua decisão, com base em um raciocínio jurídico e racionalmente válido⁸⁹⁷. A função essencial da linguagem das decisões jurisdicionais é a de servir de instrumento de comunicação eficaz endereçado às partes e aos cidadãos em geral⁸⁹⁸. Para alcançar tais escopos, um “bom juiz”, em acepção técnica, há de possuir uma redação clara, precisa, concisa, objetiva e coerente. A liberdade literária de uso das palavras não se coaduna com o texto de uma decisão judicial, como ato revestido de autoridade estatal, que tem por finalidade a justa composição de um conflito intersubjetivo⁸⁹⁹.

Na definição saussuriana, signo linguístico consiste no amálgama de um significante e de um significado, donde exsurge a natureza relacional⁹⁰⁰. Por significante se entende a entidade linguística (palavra, série de palavras, frase, série de frases, discurso) que constitui o instrumento material do processo de comunicação ou de significação. Já por significado se entende o conteúdo da significação, ou seja, o pensamento, o conceito, a asserção ou a informação que se quer comunicar mediante a expressão linguística que constitui o

⁸⁹⁷ BETTI, Emilio. **Teoria generale della interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1955. p.112; TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 582, especialmente nota 246.

⁸⁹⁸ MALEN SEÑA, Jorge F. El lenguaje de las sentencias. **Reforma judicial**: Revista Mexicana de Justiça, México-DF, n. 7, p. 47-63, 2006, esp. p. 47: “*Por ello, la formulación lingüística utilizada en las sentencias ha de servir como un hilo conductor que favorezca tanto la fundamentación como la comunicación de la decisión judicial y no ser, como ocurre a menudo, un elemento que dificulta o que incluso hace imposible su comprensión y su justificación.*”

⁸⁹⁹ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 359: “O estilo da sentença deve ser cuidadoso. Ponha o juiz na forma também o seu carinho. O aprimoramento da linguagem facilita a veiculação das idéias e revigora os meios de convencimento. (...) Objeta, contudo, CALAMANDREI, que a sentença não precisa ser bela. Basta-lhe ser justa. A conclusão justa será, evidentemente, o seu primeiro predicado. Mas sem uma exposição hábil, clara, metódica, elevada, dos argumentos que a sustentam não logrará convencer os litigantes, nem o público. E aqueles atributos caracterizam precisamente o lavor literário. Tornarão a sentença bela.” Afina-se pelo mesmo diapasão ARRUDA, Geraldo Amaral. Notas sobre a linguagem do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 658, p. 242-253, ago. 1990, esp. p. 245: “A linguagem é mero instrumento de trabalho do juiz, porém será difícil que o juiz possa ter um bom desempenho se não tiver o domínio desse instrumento.”

⁹⁰⁰ SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 34. ed. São Paulo: Cultrix, 2012. p. 106: “O signo linguístico une não uma coisa a uma palavra, mas um conceito a uma imagem acústica.”; p. 107: “Esses dois elementos estão intimamente unidos e um reclama o outro.”

significante⁹⁰¹. Os critérios de individuação do significado gravitam na órbita da semântica, ao passo aqueles relacionados com a individuação das notas essenciais do significante descansam no terreno da semiótica *stricto sensu*.

Sob o prisma semiológico, a decisão judiciária deve ser inteligível, a fim de proporcionar a seus destinatários adequado entendimento de seu conteúdo e significado. A efetividade do ato decisório está condicionada ao apropriado uso pelo juiz da linguagem, com seleção lexical correta e proposições claramente ordenadas⁹⁰². A clareza é uma qualidade indispensável para o fiel cumprimento da decisão.

A semiótica da motivação da decisão ocupa-se do estudo de suas unidades representativas, consistente na análise, na decodificação, na interpretação, na compreensão e na transmissão dos signos (unidades elementares) empregados na linguagem do discurso justificativo judicial, o qual deverá ser, na prática, dotado da possível objetividade jurídica, em contraposição a um subjetivismo exacerbado⁹⁰³. A semiótica da motivação, enquanto peculiar signo linguístico, busca conciliar razão e sentimento, fornecendo instrumento de verificação da correção dos critérios de escolha ou de valoração empregados nos enunciados e no discurso jurídico, acolhidos em sua decisão. A semiótica jurídica, a partir de seus níveis -

⁹⁰¹ TELLES JÚNIOR, Alcides. **Discurso, linguagem e justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p. 59: “O signo é, portanto, a *representação conceitual* daquilo que se formula, em contexto e situação, que compreende tanto a formulação (a sequência de palavras) como a realidade formulada.” (Grifos no original). Assim, VIANNA, Jose Ricardo Alvarez, op. cit., p. 117: “Do vocábulo **signo** advêm outros dois: **significante** (algo, coisa ou objeto em si) e **significado** (representação desse algo, desse objeto), ambos elementares para uma boa comunicação. Um exemplo elucidada o que se quer dizer. A palavra **água**, enquanto realidade natural, vem a ser o **significante**, isto é, o algo, o objeto representado pelo **signo**. Já a palavra água, na qualidade de vocábulo designativo, indicativo desse algo, desse objeto, apenas representa, **significa** o anterior; é o **significado**. A distinção fica mais clara quando se constata que a palavra **água (significado)**, não molha; já a **água em si (significante)**, sim. Em suma, o signo representa o **significante** e expressa o **significado**. A semiótica, dessa maneira, ocupa-se da análise, da decodificação, da interpretação, da compreensão e da transmissão do signo, tal como empregado pelas mais variadas formas de linguagem.” (Grifos no original).

⁹⁰² CARACIOLA, Andrea Boari. Atributos linguísticos das decisões judiciais. **Portal Mackenzie**, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/linguisticos_andrea.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2014. p. 3, 5: “Cumpra ressaltar que a argumentação mediante a qual o magistrado fundamenta e justifica a razão de seu *decisum* deve ser elaborada segundo uma ordem lógica e coerente que, neste sentido, impõe-se como atributo a revestir a linguagem judicial. (...) É que devemos conceber o direito como uma semiótica, oriunda de uniões constelares que inter-relacionam as mais diferentes linguagens que buscam, no infinito, mensagens convergentes e dotadas dos atributos técnico-jurídico-processuais, bem como das elementares linguísticas que se exteriorizam através da clareza, precisão, concisão, coerência e persuasão nas suas elaborações textuais.”

⁹⁰³ VIANNA, Jose Ricardo Alvarez, op. cit., p. 118: “Para amenizar esse cenário de tensão e buscar uma postura conciliadora entre objetividade e subjetividade, a Semiótica Jurídica surge como possível instrumento para se atingir um ponto de equilíbrio. Ela não nega a existência de certa subjetividade no ato de interpretar e de aplicar o Direito, embora não se descure em formatar e propor instrumentos que reflitam uma objetividade possível, que expressem uma **verdade consensual** no ambiente em que é aplicada.” (Grifos no original).

sintática (signo x signo), semântica (signo x objeto) e pragmática (signos x utentes)⁹⁰⁴-, ao examinar a linguagem, seus signos, bem como a mensagem contida no texto da motivação, mediante processo de decodificação dos signos linguísticos veiculados nos enunciados da fundamentação, tem a pretensão de contribuir para que se alcance uma coerência, interna e externa, na decisão jurídica⁹⁰⁵. O operador do Direito e o observador hão de percorrer, com firmeza, coesão e coerência, um itinerário crítico e acidentado. Além da mutação dos costumes na dinâmica da vida em sociedade e da alteração do significado linguístico de determinadas locuções, os signos trazem no sujeito cognoscente percepções de mundo, o modo que cada qual carrega consigo de perceber, (descre)ver o mundo fenomênico, *i. e.*, pré-compreensões, pré-conceitos forjados por múltiplos fatores (endógenos e exógenos), como, por exemplo, experiências pessoais, convicções religiosas e filosóficas, educação, cultura, classe socioeconômica, e por aí vai. Há, por exemplo, fatores psicológicos e sociológicos que condicionam a compreensão do fato e da norma. Daí descende que toda compreensão resulta da rebelião da pré-compreensão do intérprete: são as duas indissociáveis faces de uma mesma medalha.

A motivação da decisão judiciária (suas proposições)⁹⁰⁶ exerce uma função de comunicação, vale dizer, representa o meio através do qual se realiza um procedimento de significação. A sentença é formada por um conjunto de proposições. Portanto, em

⁹⁰⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009. p. 165: “No plano sintático estudam-se as relações dos signos entre si, ou seja, os vínculos que se estabelecem entre eles quando estruturados num discurso. No plano semântico, são examinadas as relações do signo com a realidade que ele exprime (suporte físico e significados). E no plano pragmático, a atenção se volta às relações dos signos com seus utentes de linguagem, isto é, ao modo como os emissores e os destinatários lidam com o signo no contexto comunicacional.” Assim também, VIANNA, Jose Ricardo Alvarez, op. cit., p. 123: “7. A sintática analisa a articulação dos signos que integra a linguagem, de modo que estes possam gerar um enunciado sintaticamente significativo; uma mensagem inteligível e eficaz. 8. A semântica centra seu foco no sentido, no significado dos signos. Estes signos devem representar, com precisão, os objetos respectivos; devem permitir e viabilizar uma comunicação clara, uniforme, sem plurivocidade. Opõe-se à vagueza e ambiguidade; à **homonímia** e à **polissemia**. Busca reduzir a margem a múltiplas ou distorcidas significações. Aperfeiçoa o aspecto denotativo do signo. 9. A pragmática examina a linguagem sob a perspectiva da interação entre **signos** e **usuários**. Analisa o texto no contexto em que os signos são empregados, com o escopo de aferir seu real sentido e alcance. 10. O ponto forte da pragmática é, ao mesmo tempo, seu ponto fraco. Ao franquear análise entre **texto** e **contexto**, abre espaço para desvios de raciocínio; redirecionamento de significados; induções e deduções atécnicas; apelos emocionais; ideologias; enfim, a **entimemas** e **falácias não formais**. Dessa forma, para coibir possíveis desvios, é necessário que o exame dos três planos da Semiótica Jurídica (sintática, semântica e pragmática) se opere de modo sucessivo e interdependente, de maneira que estes se complementem; confirmando ou infirmando o raciocínio ou a conclusão empreendidos.” (Grifos no original).

⁹⁰⁵ VIANNA, Jose Ricardo Alvarez, op. cit., p. 120.

⁹⁰⁶ PEIRCE, Charles Sanders, op. cit., p. 149: “Uma proposição *afirma* alguma coisa. Essa asserção é realizada pelo símbolo que representa o ato de consciência. Aquilo que equivale à *asserção* e que parece tão diferente de outros tipos de significação é seu caráter *volitivo*.” (Grifos no original).

determinadas situações com pluralidade de modos de leitura e de critérios de interpretação, a sentença/motivação pode ser interpretada como sinal que comunica as razões da decisão⁹⁰⁷, tanto pelas partes ou terceiros intervenientes (com critérios preponderantemente técnico-jurídicos), quanto pelo juiz da instância superior e até pela sociedade em geral e pelo cidadão em particular, desde que, evidentemente, compreendam a linguagem em que a sentença é vazada, tendo como vetores os valores preponderantes no momento e no lugar em que a decisão é interpretada. O foco, sob o perfil extraprocessual, é, por exemplo, direcionado à identificação de fatores éticos e políticos influenciadores da decisão, sua justiça material ou equidade.

A chave de leitura ou de interpretação da sentença/motivação implica correto uso das regras convencionais da linguagem comum ou técnico-jurídica. Para tanto, mister se faz que, em seu discurso, o juiz tenha se guiado pelos cânones convencionais de uso da linguagem comum ou jurídica⁹⁰⁸. Pode acontecer, e geralmente acontece, que não haja homogeneidade dos significados desejados pelo juiz, aqueles efetivamente expressos e aqueles outros singularizados pelo intérprete.

É útil remarcar que a sentença/motivação pode servir de instrumento material da tecnologia de comunicação entre juiz e partes e entre juiz e sociedade, cujo significado é extraído das razões ministradas como fundamento da decisão. Ademais, a motivação pode ser suposta como signo linguístico próprio⁹⁰⁹ ou indício⁹¹⁰. Na motivação como manancial de

⁹⁰⁷ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF). p. 585-585: “A semiótica (do grego *sêmua*, sinal) é igualmente um campo novo e conexo, dedicado ao estudo dos modos de comunicar o significado. Esses estudos demonstram que uma massa de palavras ou frases, tal como a de um texto jurídico qualquer, como uma lei ou uma sentença, pode transmitir para aqueles a quem se destina uma “mensagem” total, que vai além da soma dos significados de suas partes; do mesmo modo que, digamos, um romance dá ao leitor habituado à literatura uma impressão que transcende aquela obtida por alguém que só é capaz de entender uma frase ou um parágrafo de cada vez, à medida que vai lendo. Isso, de acordo com a concepção estruturalista, sugere que a mente humana, ou pelo menos a mente humana em determinada cultura, está equipada com “fechaduras” de nível profundo, ou condicionada a elas, fechaduras para as quais as formas e arranjos da linguagem oferecem as chaves. Em sua aplicação jurídica, a semiótica dá a entender, portanto, que uma lei ou decisão judicial podem na verdade estar dizendo algo bem diferente do que o texto diz em sua superfície, ou algo complementar, sendo seu significado profundo naturalmente acessível para aqueles que pertencem ao mesmo mundo cultural e semiótico.”

⁹⁰⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 49.

⁹⁰⁹ *Ibidem*, p. 55: “Intendere la motivazione come segno proprio implica, in base a quanto si è più volte rilevato, porsi nella prospettiva di individuarne il significato sulla base di determinati canoni di carattere convenzionale, che realizzano il collegamento tra la “volontà di significare” del giudice, e l’interprete. Nel caso della motivazione, accanto ai più volte ricordati canoni linguistici e concettuali, assume un’importanza fondamentale il canone rappresentato dalla funzione del discorso, ossia dal fatto che lo scopo della motivazione è dato dal fornire una giustificazione razionale della decisione.”

indícios, tem-se que, na interpretação do discurso justificativo, o observador pode haurir outros fatores e extrair aqueles outros aspectos fático-jurídicos que condicionam a formulação da solução, embora sob um véu - qual “A virgem velada” -,⁹¹¹ que os conserva ocultos, *i. e.*, na motivação, como fonte de indícios, almeja-se tornar algo visível ou invisível⁹¹². A motivação é visualizada não como um conjunto de símbolos linguísticos que exibem significado próprio, mas entendida como um fato, derivado da atividade do juiz, tendente a levar, por exemplo, o observador a prospectar outros fatos ou circunstâncias atinentes ao juiz, ao percurso seguido para alcançar a decisão, aos fatores que a condicionaram. Os resultados deste esquadrinhamento variarão de acordo com os critérios de escolha usados pelo observador e as asserções eleitas no contexto da motivação. De sorte que, em alguns casos, os indícios coincidirão, total ou parcialmente, com o próprio significado da motivação e, noutros, não. Semelhante método pesquisa a diferença entre os “motivos reais” e aqueles explicitados na motivação, a par de investigar a ideologia do juiz e suas escolhas axiológicas e políticas camufladas no texto da motivação. Dessa maneira, abre-se a porta para a desconfiança sobre a possibilidade de uma conexão concreta entre motivação e decisão.

Sobre o conhecimento interdisciplinar⁹¹³, nas sociedades de nossa contemporaneidade a complexidade dos fatos mais se agiganta, a exigir do juiz o desafio de produzir

⁹¹⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 57: “quando la motivazione è assunta come indizio, l’individuazione del suo significato non avviene in base alla funzione che essa svolge nel contesto della sentenza (trascurandosi a tal fine il collegamento motivazione-decisione), ma secondo criteri diversi, estrinseci, non convenzionali, e scelti ad hoc, di volta in volta, dall’osservatore. È chiaro, allora, che a seconda che si verifichi l’una o l’altra situazione, varia anche l’esito dell’operazione di “lettura” della motivazione, ossia il significato che ad essa viene attribuito: se la motivazione è assunta come segno proprio, il relativo significato è costituito dalle ragioni che il giudice ha enunciato a sostegno della decisione; se essa è assunta come indizio, il relativo significato è costituito dalle conclusioni che l’osservatore trae intorno a fatti diversi dalle ragioni espresse della decisione.” Em apertada síntese, no âmbito de duas principais linhas diretivas (p. 61): “la prima, che ha le sue radici nella considerazione della motivazione come indizio, verte essenzialmente sul ruolo che nella decisione, e conseguentemente nella motivazione, è svolto dalle scelte di valore compiute dal giudice e dai condizionamenti che egli subisce; la seconda, che muove dall’interpretazione della motivazione come segno in senso proprio, riguarda essenzialmente l’individuazione della struttura logica della motivazione in rapporto alla funzione che essa svolge nel contesto della sentenza, ed ha quindi prevalente attinenza con la “forma” che la motivazione deve assumere al tal fine.”

⁹¹¹ “A virgem velada” é uma impressionante escultura em mármore considerada uma obra-prima do artista italiano do século XIX, Giovanni Strazza.

⁹¹² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 52.

⁹¹³ PRADO, Lídia Reis de Almeida, op. cit., p. 7-14, esp. p. 8: “Para o entendimento desse mundo, agora vazio de valores, novas abordagens procuram superar o antagonismo entre conhecimento e objeto a ser conhecido. A interdisciplinaridade é um importante instrumento dessa superação, por não separar o saber técnico (que acarreta o progresso científico da nossa era) do mundo ao qual esse conhecimento se destina. Assim, a interdisciplinaridade é considerada como a mais recente tendência da teoria do conhecimento, decorrência obrigatória da modernidade, possibilitando que, na produção do saber, não se incida nem no radical

argumentação justificativa, extrapolando os limites convencionais da cultura jurídica, acolá das fronteiras da lei e do Direito, articulada em abordagens extraídas da interdisciplinaridade do conhecimento⁹¹⁴. Desse modo, quando se aponta para uma nova configuração, em termos de teoria do direito, na relação entre norma e realidade, caracterizando-se o âmbito normativo como componente da norma jurídica, seria de bom alvitre que, na direção de uma formação humanística, as Faculdades de Direito privilegiassem em seus programas conteúdos de interdisciplinaridade⁹¹⁵.

Não à ficção kelseniana do formalismo da pureza das normas jurídicas: a moral, a justiça, a eticidade não foram convidadas para a efeméride de celebração da “essência” do jurídico. Semelhante *apartheid* conspira contra a própria sobrevivência do Direito. Não ao isolamento e à fé na autossuficiência do Direito. Já não se pode mais enxergá-lo como uma ciência que esteja isolada das demais, como um sistema hermético e fechado; antes, ao contrário, impõe-se admitir sua permeabilidade às infiltrações e ao diálogo com outras áreas do conhecimento humano⁹¹⁶, no contexto de uma realidade social em constante mutação e evolução. O Direito há de abrir-se à necessidade de totalização⁹¹⁷ ou interdisciplinaridade na

cientificismo formalista (objetivismo), nem no humanismo exagerado (subjetivismo). Tal saber caracteriza-se por ser obtido a partir da predisposição para um *encontro* entre diferentes pontos de vista (diferentes *consciências*), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade.” (Grifos no original).

⁹¹⁴ No tocante à compreensão de novos paradigmas da jurisdição, vide GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos, op. cit., p. 305: “Sepultado está o tempo em que a motivação da decisão em textos legais e na jurisprudência era tida como válida. Na atualidade, o Juiz assumiu um papel relevante de proteção e defesa da cidadania, de promoção do Estado de Direito e dos novos direitos. Por isso, a motivação válida e socialmente aceita não está somente nas regras positivadas, em decisões molduradas no espírito da lei e na jurisprudência. A complexidade dos fatos reclama um conhecimento multidisciplinar, além dos horizontes da lei e do Direito, capaz de refletir a totalidade dos contornos do problema posto. Passamos do clássico Juiz repetidor de textos de lei e de decisões anteriores, para o Juiz construtor, comprometido com a universalidade da situação concretizada, com a cidadania.”

⁹¹⁵ MÜLLER, Friedrich, op. cit., p. 244-245.

⁹¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. Ano de edição: 2002. p. 7-8: “Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietações em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros. Não devemos, no entanto, resistir a nossos invasores; ao contrário, devemos respeitar seus enfoques e reagir a eles de forma criativa. Através da revelação do atual modo de funcionamento de nossos sistemas jurídicos, os críticos oriundos das outras ciências sociais podem, na realidade, ser nossos aliados na atual fase de uma longa batalha histórica – a luta pelo “acesso à Justiça.”” No tocante à ideia de processo referenciado à interdisciplinaridade, vide CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A ética e os personagens do processo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, nov./dez. 2001, esp. p. 349-350.

⁹¹⁷ Sobre a concepção de totalização aplicada ao Direito, vide PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 133: “Na busca de uma decisão justa, o juiz deve ter presente que o Direito é fenômeno social, intimamente relacionado a todos

ciência que permita, de um lado, suprir o déficit do pensamento jurídico e, de outro, auxiliar o Direito na realização dos resultados que dele são aguardados⁹¹⁸. O Direito não contém em si próprio todos os recursos indispensáveis à correta e justa solução dos conflitos intersubjetivos. A pesquisa acadêmica do Direito, que se pretenda inovadora e não meramente imitadora, deve, como regra e não exceção, explorar novos territórios, fazendo trabalho interdisciplinar. Não pode permanecer indiferente aos *insights* de outras disciplinas que podem ser aplicadas aos temas jurídicos⁹¹⁹. Com os olhos voltados para o futuro, a abertura de seus portos à moral, à justiça, à eticidade tem o condão de revigorar a dialogicidade do discurso do Direito⁹²⁰, conferindo-lhe maior coeficiente de legitimidade.

A ciência jurídica nem sempre consegue, por si só, responder a determinadas exigências do caso concreto. Por assim ser, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, o operador jurídico socorrer-se-á de outras áreas do conhecimento humano, na busca de consolo para suas aflições intelectivas. Pois bem, neste campo fértil - matizado por diversos tons de uma realidade multicolorida -, é que viceja o metamodelo teórico da motivação como fenômeno interdisciplinar nutrido pela abertura cognitiva, permeável às infiltrações e sensível às influências da sociologia⁹²¹, da antropologia, da psicologia⁹²², da

os outros aspectos da vida humana, não podendo, por isso mesmo, ficar estranho às contribuições das outras ciências sociais.”

⁹¹⁸ GOMES, Mario Soares Caymmi, op. cit., p. 267.

⁹¹⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). p. 567-606, esp. p. 573.

⁹²⁰ GOMES, Mario Soares Caymmi, op. cit., p. 280-281: “O Direito, portanto, só tem a ganhar com uma abordagem interdisciplinar, que explore as suas ligações com a moral, a relação entre o ato de julgar e a estrutura social em que vivem os enunciadores, os *frames* psicológicos em que eles se põem por meio do discurso, a análise da retórica, do poder e da ideologia como fenômenos que lhe são inerentes, (...) o direito não pode continuar visto como um sistema auto-suficiente, que não se permite dialogar com nenhum outro em seu próprio interior, que veja a linguagem destes outros com reverência e, a um só tempo, estranhamento, como algo que lhe é estranho ou mesmo insolente.”

⁹²¹ KELSEN, Hans, op. cit., p. 75-76: “A sociologia jurídica não se refere a normas válidas, mas sim a outras, que se apresentam como relações de causa e efeito entre estes e outros fatos naturais. Pergunta-se até por meio de que causas um legislador teria promulgado justamente essas normas e não outras e quais os efeitos que suas disposições possuem. Pergunta-se, também, de que modo os fatos econômicos, as ideias religiosas, influem na atuação dos tribunais e por que motivos os homens ajustam ou não seu comportamento à ordem jurídica. O direito torna-se, assim, o reflexo do fato natural como fato consciente dos homens que criam, seguem ou violam normas jurídicas.” Vide, também, REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 332: “É claro que os estudos sociológico-jurídicos são da máxima importância para o legislador e o jurista, pois é indispensável saber como os homens *estão agindo* para se estabelecer como *devem agir*: a norma jurídica deve surgir embebida de compreensão do fato social, se se quer que ela tenha eficácia. Emanada a regra de direito, cumpre, depois, saber como foi ela recebida pelos indivíduos e grupos, quais as suas conseqüências no plano dos comportamentos efetivos: à luz dessas pesquisas, torna-se possível aperfeiçoar os modelos jurídico-normativos, bem como orientar o jurista no ato de interpretá-los. Donde se conclui que estamos perante ciências distintas, que devem se desenrolar de

economia, da política⁹²³, da filosofia. As complexidades das variadas questões presentes no processo reclamam o apoio sistematizado de um material teórico proveniente de fontes pluridisciplinares⁹²⁴.

No espaço físico da motivação, opera-se o acoplamento estrutural⁹²⁵, a interconexão desses vários subsistemas (o econômico, o político, o religioso, o jurídico), além do processo de integração recíproca entre várias disciplinas e campos do conhecimento. A argumentação jurídica desenvolvida no âmbito da fundamentação da decisão judiciária abrange não apenas elementos hauridos no terreno do direito, senão também perfis importados de outros campos do conhecimento⁹²⁶. Um exemplo é suficiente para ilustrar o raciocínio: a justificação de uma

maneira isomórfica, mesmo porque seria absurdo pensar numa Sociologia Jurídica sem qualquer conhecimento de Ciência do Direito. Não será demais ponderar que a Sociologia Jurídica, hoje em dia, deixou de lado a pretensão de orientar o jurista, ensinando-lhe a fazer as leis, para realizar indagações objetivas sobre os comportamentos humanos em face das leis, em pesquisas relativas a campos distintos da vida social, o que serve de base tanto para a compreensão do sociólogo como para as exigências compreensivo-normativas do jurista.” (Grifos no original); LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e direito). p. 10-12.

⁹²² Sobre o que a psicologia pode oferecer para a compreensão e o aperfeiçoamento do Direito, vide POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF). p. 281 ss.

⁹²³ No tocante à conexão entre política e direito, vide PASTORE, Baldassare. **Decisioni e controlli tra potere e ragione: materiali per un corso di filosofia del diritto**. Torino: G. Giappichelli, 2013. p. 87-89: “*Tra diritto e politica intercorrono rapporti molto stretti. Il problema della politica è il problema dell’ordine. La politica è l’arte del vivere insieme, della convivenza pacifica in una società ordinata. Peraltro, una definizione minima di diritto è quella secondo cui per diritto intende l’insieme delle regole di condotta che inducono gli esseri umani a una convivenza ordinata. È, dunque, un’esigenza comune alla politica e al diritto salvaguardare le condizioni generali dell’interazione sociale. Alcuni elementi, alcuni tasselli, contribuiscono a comporre il mosaico della politica: l’ambito (la convivenza organizzata), il presupposto (il conflitto), lo scopo (la risoluzione del conflitto), il mezzo specifico (la decisione collettiva, tipicamente prodotta da poteri autorizzati e regolati dal diritto, che li rende legittimi, con la possibilità del ricorso, come extrema ratio, all’uso della forza, alla coazione, generalmente basata sul diritto, per raggiungere i fini prescelti). (...) La costituzionalizzazione del diritto incide potentemente sul processo di giuridificazione della politica. Ad essa si lega l’idea della funzione della costituzione volta a porre limiti giuridici all’esercizio del potere, dove garantire la costituzione significa assicurare la certezza che questi limiti non saranno oltrepassati.*”

⁹²⁴ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 15.

⁹²⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241-242.

⁹²⁶ ASENSI, Felipe Dutra. **Curso prático de argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 26-27: “A argumentação jurídica não é somente uma argumentação sobre o direito. Apesar de diversas temáticas serem discutidas no interior do campo do direito, não são exclusivamente jurídicas. Isso quer dizer que os diversos temas discutidos no campo do direito englobam, em ampla medida, aspectos políticos, jurídicos, econômicos, sociais, culturais, religiosos, biológicos etc. Por isso, a argumentação jurídica não se reduz à mera argumentação sobre o direito, assim como não se desenvolve exclusivamente por juristas. Os demais atores sociais e políticos desempenham papel fundamental para a constituição e consolidação de estratégias argumentativas. (...) Uma boa argumentação consegue articular, de forma original e convincente, aspectos culturais, sociológicos, políticos, jurídicos, axiológicos etc. Nesse sentido, como salientado, toda argumentação jurídica não se reduz a uma argumentação sobre o direito, inclusive porque tal reducionismo

sentença que julgue, acolhendo ou rejeitando, determinado programa de ação afirmativa não poderá se confinar ao compartimento exclusivo do direito, senão que deverá abordar o caso, por exemplo, por diferentes referenciais: históricos, sociológicos, antropológicos, políticos, éticos, econômicos.

A motivação representa, por dizer assim, o ponto de interseção entre a esfera do Direito e os demais campos do conhecimento humano. Contexto e intertextualidade. O texto da motivação (plano de expressão) insere-se em um contexto dialógico (in)formado pelos enunciados de outras disciplinas: o discurso justificativo judicial (plano de conteúdo), incrustado num processo comunicacional, mantém relação com enunciados de outros textos e discursos (dialogismo). Nesse sentido, a argumentação jurídica articulada na motivação da decisão judiciária é de natureza sincrética, por operar com aspectos migratórios de diversas áreas do conhecimento humano.

Ao contrário do que preconizava o positivismo jurídico, a linguagem jurídica não é unívoca. No contexto processo-justiça-interdisciplinaridade há enunciações articuladas em decisões judiciais que não podem ser explicadas apenas à luz do Direito. A rigor, não seria exagerado dizer que a regra de ouro para a sobrevivência do Direito está na interdisciplinaridade, em sua capacidade de, necessariamente, dialogar com as demais áreas do conhecimento humano.

Na esteira da totalização do Direito, como dimensão permeada por todas as outras circunstâncias da vida no mundo de carne e osso, o processo, as partes e o juiz experimentam, inexoravelmente, os influxos de um verdadeiro mosaico de conhecimentos alimentado pela seiva de outras ciências sociais. O processo é realidade complexa e dinâmica que não se esgota no fenômeno estritamente jurídico. O ato de julgar, racionalmente, à luz dos valores cultivados no seio da sociedade, é fruto da interação, por exemplo, do direito, da psicologia, da sociologia⁹²⁷, da antropologia⁹²⁸, da economia⁹²⁹, da política⁹³⁰. Conducente sufragar, em

pode implicar o fracasso do argumento. O exercício de interdisciplinaridade é fundamental para o seu sucesso, sendo relevante reconhecer que os recursos argumentativos jurídicos são apenas mais um referencial da argumentação jurídica.”

⁹²⁷ Sobre a valoração da prova e de seu resultado, à luz da sociologia, na perspectiva da ideologia do juiz e da motivação da decisão, vide NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 140-145.

⁹²⁸ SUPLOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (Justiça e direito). p. IX: “O homem não nasce racional, ele se torna racional ao ter acesso a um sentido partilhado com os outros homens. Cada sociedade humana é assim, à sua maneira, o professor primário da razão.” ZIPPELIUS, Reinhold, op. cit., p. 92-93: “A mais importante entre as realidades que estão na base do direito e da ordem estadual é o ser humano. (...) Sobretudo a antropologia jurídica tem de ter em conta o homem não apenas como ser natural, mas também como ser cultural. Ela tem, portanto, de dirigir

perspectiva globalizante e de intercâmbio social, a posição de metamodelo teórico da motivação da decisão judiciária como fenômeno interdisciplinar⁹³¹, que não deve ser tomado em esquema rígido, mas perfeitamente adaptável às peculiaridades de cada caso. Significa dizer que a resolução da problemática jurídica, na motivação, deve ser norteadada pela ideia de integridade⁹³², isto é, o juiz deve aportar conhecimentos do direito objetivo e dos preceitos de hermenêutica que presidem sua interpretação-aplicação, sob aspectos multifacetados: psicológicos, sociológicos⁹³³, antropológicos, históricos, econômicos⁹³⁴, políticos. A motivação, para além das fronteiras puramente jurídicas, em prol do aperfeiçoamento qualitativo da tutela jurisdicional efetiva e justa, bem como do respectivo discurso justificativo judicial e, epistemologicamente, de sua melhor apreensão e compreensão, celebra um compromisso com as múltiplas áreas do conhecimento humano. Não há um modelo unívoco de motivação judicial, posto que se submete aos influxos de circunstâncias culturais e históricas mutáveis no tempo e no espaço.

a sua atenção para as margens de actuação e de conformação que a natureza deixa ao homem. Trata-se também de saber o que os homens criaram, do ponto de vista histórico-cultural, nestes espaços e que desafios culturais e especialmente morais se colocam nestes espaços. Deste modo, já Kant atribuiu duas tarefas à antropologia: “O conhecimento fisiológico do homem orienta-se para a investigação daquilo que a natureza faz do homem; o conhecimento pragmático dirige-se para aquilo que ele, como ser que age livremente, faz de si mesmo, ou pode e deve fazer. (...) mantemos que o direito está vinculado às realidades e que a mais importante destas realidades é o apetrechamento físico e psíquico do ser humano.”

⁹²⁹ Sobre a teoria da interpretação econômica do direito no âmbito da *common law*, em especial nos casos concernentes a acidentes, vide DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p. (Justiça e direito). p. 333 ss.

⁹³⁰ LUMIA, Giuseppe, op. cit., p. 20-21.

⁹³¹ PORTANOVA, Rui, op. cit., p. 134: “A visão totalizadora auxilia o juiz, permite ver além e mais claramente a realidade. Enfim, o juiz deve sair do seu jurídico isolamento e ver o Direito nessa dimensão de totalidade, em interconexão e interdependência com os demais fatores políticos e econômicos.”

⁹³² REALE, Miguel, op. cit., p. 336: “De início, quando a Ciência do Direito ocupava sozinha o campo do Direito, era natural que a Teoria Geral do Direito fosse elaborada apenas em função da Ciência dogmática do Direito. Já é tempo, porém, de ampliar as suas perspectivas, no sentido de uma Teoria Geral do Direito comum a toda a problemática *jurídica*, estudada pelo *jurista*, pelo historiador ou pelo *sociólogo*.” (Grifos no original).

⁹³³ Sobre as explicações psicológicas e sociológicas da decisão judiciária, vide WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Motivation de la décision judiciaire*. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 111-135, esp. p. 130-132.

⁹³⁴ No que tange à visão econômica do Direito, centrada no conceito de maximização da riqueza, vide DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005. (Biblioteca Jurídica WMF). p. 351-434; sobre a abordagem econômica do Direito, vide, também, POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). p. 473-526; KELLY, John M, op. cit., p. 577-583; LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 186-208.

Um ponto merece ser melhor explicado. Quando se alude à psicologia como um ramo do conhecimento inserto no metamodelo teórico da motivação, quer-se referir não à reprodução do iter lógico-psicológico percorrido pelo juiz para formular sua decisão, mas, sim, à psicologia judiciária: da prova⁹³⁵ e do juízo. Por exemplo, tem pertinência o conhecimento necessário para que o juiz possa apreçar (i) a credibilidade e a idoneidade da prova testemunhal e, no espaço físico da motivação, (ii) justificar, com argumentos racionalmente válidos, por que, estribado no subprincípio da imediatidade, estimou mais confiáveis as declarações da testemunha X em dano daquelas da testemunha Y. O juiz, através das lentes da psicologia, para além de apenas um esquema jurídico, deve ser capaz de ver no homem uma necessária relação imediata com o seu próximo⁹³⁶. Todavia, é inegável que semelhantes dados psicológicos ou ideológicos que se insinuam no juízo decisório podem despertar o interesse de estudos de natureza psicológica ou sociológica.⁹³⁷

Em suma, a figura do juiz “boca da lei” não se coaduna com o papel da jurisdição na pós-modernidade, máxime no tocante à concretização dos direitos fundamentais e à preservação da pauta axiológica prevalecente no seio de cada sociedade, intensamente marcada pelo pluralismo e pelo multiculturalismo. O publicismo do processo e o protagonismo judicial ganharam terreno, impulsionados pela ideia de processo como sistema aberto: liberto do pedantismo da autossuficiência. Nessa moldura, parece bem preconizar o realce dos elementos metajurídicos incrustados no processo decisório e na motivação, sem embargo, num e noutra, da primazia da juridicidade⁹³⁸. A avaliação dos resultados práticos produzidos pela atividade processual é colocada, também, sob o olhar indagador, crítico, da

⁹³⁵ Sobre a importância da psicologia na valoração da prova e de seu resultado, principalmente no que concerne à utilização das máximas de experiência, vide NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 113-129.

⁹³⁶ No tocante à psicologia do homem do direito, vide RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF). p. 144-155.

⁹³⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 110, especialmente nota n. 9: “indicando as bases mais profundas das atitudes epistemológicas e valorativas dos juízes.”

⁹³⁸ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3-4: “Assim sendo, urge que se ultrapasse a ótica tradicional, rigorosamente jurídica, para poder analisar tanto a motivação quanto o contexto em que esta vem inserida, sob uma pluralidade de pontos de vista, tomando como ponto de partida os elementos metajurídicos nela presentes, sem deixar escapar, com isso, sua principal característica, que é a juridicidade. O critério se justifica, pois, a partir da nova visão do processo imposta pela doutrina moderna; a partir, também, da maneira como hoje passou a ser encarada a figura do juiz - não mais um mero aplicador maquinal e neutro de preceitos normativos, mas alguém portador de valores ético-políticos e protagonista dos conflitos sociais -, surge a necessidade de se estudarem as atividades e as funções do julgador sob pelo menos outros dois enfoques principais: o sociológico e o político, evidenciando-se os componentes metajurídicos que envolvem o processo decisório e o papel da motivação dentro desse contexto.”

interdisciplinaridade. Por exemplo: o metamodelo da motivação da decisão, atravessado pela interdisciplinaridade⁹³⁹, sob o prisma de interesse da psicologia, da sociologia, da economia, da filosofia, da política e do próprio direito, consente, em razão dos variegados juízos de valor exprimidos em toda fundamentação, desenhar um quadro de valores do perfil da magistratura num dado momento histórico⁹⁴⁰. As tintas ideológicas da toga, comprometidas com esta ou aquela pauta axiológica, definirão nuances e matizes de semelhante pintura.

Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, a eficácia concreta dos direitos fundamentais depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva. O *approach* interdisciplinar que, empiricamente, repousa na motivação da sentença milita em prol da efetividade da tutela jurisdicional⁹⁴¹. A motivação deve assentar-se, por exemplo, sobre uma base antropológica por força do valor dignidade da pessoa humana, bem como no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais⁹⁴².

No quadrante da motivação, o juiz não pode, com a responsabilidade própria da função jurisdicional, no mundo de carne e osso, desertar do dever de estimar as consequências econômico-sociológicas das decisões por ele pronunciadas⁹⁴³.

⁹³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão - reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983, esp. p. 79: “Mas é próprio do nosso tempo o não contentar-se com uma abordagem jurídico-formal do ordenamento que rege a sociedade. Quer ver-se o que acontece, efetivamente, atrás ou além do véu, que parece impenetrável, representado pelo direito vigente, e por outras disciplinas que ladeiam as jurídicas, para completar o quadro dos institutos tomados como objeto de estudo. Psicologia, costume, sociologia, economia aparecem, então, por sobre o terreno que, outrora, era campo exclusivo das elucubrações teóricas, e dos exercícios práticos dos juristas, freqüentemente acompanhadas de elementos fora do alcance do intelecto.”

⁹⁴⁰ PERO, Maria Thereza Gonçalves, op. cit., p. 183.

⁹⁴¹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308, esp. p. 274: “A progressiva clarificação do conteúdo concreto de muitos desses conceitos e valores humanos, que está muito longe de ter-se completado, particularmente em nosso país, de atávica tradição autoritária e paternalista, fez-se acompanhar de um desgastante processo crítico de aferição da eficácia operativa das normas jurídicas, através de critérios políticos, econômicos, sociológicos e antropológicos que, não obstante muitas vezes polêmicos, definem a busca da construção de uma nova ordem jurídica que, respeitando o pluralismo inerente à sociedade moderna, dê a todos condições iguais de encontrar a própria felicidade e de exercer amplamente a própria liberdade sem pôr em risco a felicidade e a liberdade dos demais.”

⁹⁴² Sobre o ponto, no Direito português, vide CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 248-249.

⁹⁴³ No tocante à análise consequencialista da decisão judiciária, vide LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 186: “a decisão obtida mediante dedução deve ser controlada pela análise das consequências. Um dos aspectos que compreende este enfoque é considerar a decisão adotada como um incentivo para condutas futuras das partes não envolvidas no pleito. É dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro.”

6.4 Razões técnico-processuais e jaez garantístico

Uma das marcas registradas da jurisdição contemporânea, com reflexos peremptórios na estrutura constitucionalizada do processo civil, aqui e alhures, é o dever jurídico de motivar as decisões judiciais. No mapa do Estado Constitucional Democrático de Direito tem-se novo arquétipo de sentença, calcada na motivação obrigatória e pública, da qual estruturalmente avulta clivagem rica e bem definida: uso de terminologia notadamente técnica, clareza, precisão, coerência, congruência. Sentença ininteligível⁹⁴⁴, ambígua, de interpretação camaleônica, escapa à regra da clareza. A linguagem usada no círculo forense, como sistema de signos que se articulam entre si, empregados nos enunciados e discursos jurídicos, deve, empiricamente, por amor à clareza, permitir o intercâmbio adequado de informações, pensamentos e sentimentos não apenas nas relações internas do processo, entre todos seus partícipes, máxime entre partes e juiz, e entre este e aquelas⁹⁴⁵, senão também fornecer, já agora no plano externo e político, instrumento de interlocução racional com a sociedade, para fins de controle democrático e difuso sobre a concreta administração da justiça, seja pela opinião pública pensada em seu complexo, seja como opinião de *quisquis de populo*. Em semelhante perspectiva dialógica, a semiótica da motivação, para não sacrificar a inteligência do *decisum*, há de ter coesão lógica⁹⁴⁶, no plano fático e no jurídico, conexão entre suas premissas, nexos entre seus enunciados, que possam abonar a conclusão final a que chegou o juiz (*i. e.*, determinada solução dada à causa). Por exemplo: o juiz não pode, na motivação, negar a relação de parentesco, e, na conclusão, julgar procedente o pedido deduzido em procedimento de alimentos. Outro exemplo de observância de ordem lógica e coerente: o exame das questões prévias (prejudiciais, preliminares) há de anteceder ao do

⁹⁴⁴ Novo Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 615.º, 1, alínea c: “615.º Causas de nulidade da sentença 1- É nula a sentença quando: c) Os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível;”

⁹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A linguagem forense. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 241-249, esp. p. 248-249: “Quem pleiteia deve lembrar-se, antes de mais nada, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem vai decidir; quem decide, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem pleiteou. Linguagem forense não precisa ser, não pode ser sinônimo de linguagem cifrada. Algum esforço para aumentar a inteligibilidade do que se escreve e se diz no foro decerto contribuiria para aumentar também a credibilidade dos mecanismos da Justiça. Já seria um passo aparentemente modesto, mas na realidade importante, no sentido de introduzir certa dose de harmonia no tormentoso universo da convivência humana.”

⁹⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**: teoria geral do processo. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. p. 52.

mérito. A motivação, releve-se o truísmo, há de guardar pertinência temática, harmônica, com a espécie submetida à cognição judicial, a par de dialogar tanto com o relatório⁹⁴⁷ quanto com o dispositivo do julgado. Por exemplo: numa ação reivindicatória, o juiz não pode lastrear a motivação exclusivamente em aspectos possessórios. No naípe clareza, além do relatório e do dispositivo, também, e sobretudo, a motivação há de facilitar a compreensão do conteúdo da sentença, não apenas para aqueles que militem na área do Direito (v. g., advogados, procuradores públicos, membros do Ministério Público, membros da Defensoria Pública, juízes), senão, ainda e sobretudo, pelo cidadão comum do povo.

É certo que todas as Ciências têm um extenso catálogo de termos técnicos. Esta regra não é perfurada pelo Direito, o qual tem uma sintaxe própria, dicionário típico no qual passeia uma terminologia com significado peculiar. É inevitável, na motivação, o emprego de linguagem técnico-jurídica (v. g., como quando se diz que o juiz é absolutamente incompetente). Semelhante necessidade há, por assim dizer, de ser compensada, em relação à utilização de linguagem natural, por exemplo, com a utilização de palavras e de expressões em seu senso comum. O conteúdo preferencialmente simples (relatório, motivação e dispositivo) faz a mediação entre sentença e sua perfeita compreensão, ao primeiro lance de vista, por técnicos e leigos. À semelhança da precisão para os antigos egípcios, simbolizada pela levíssima pluma de Maat,⁹⁴⁸ a qual, servindo de peso num dos pratos da balança, era pesada contra o coração (alma) do morto no julgamento de Osíris, a motivação (ou melhor: toda a sentença, também o relatório e o *decisum*) deve advertir-se, dar-se conta, saber-se no outro prato da balança da exatidão⁹⁴⁹, no sentido de primar pela qualidade da precisão.

Dáí se inculca que a motivação há de açambarcar todas as questões ou pontos suscitados e debatidos no processo, relevantes para o julgamento adequado da causa. Sob a ótica de sua inteireza, à motivação cumpre abranger o accertamento dos fatos, a escolha das normas aplicadas e sua interpretação, a qualificação jurídica da hipótese fática, as

⁹⁴⁷ FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389-403, esp. p. 401: “O relatório deve conter, mesmo que resumido, todos os argumentos expendidos pelas partes e referências a todas as provas produzidas no processo. Para aferir a coerência do julgado, não basta constatar sua existência entre a fundamentação e a conclusão, ou decisão: é necessário, também, que se busque o liame lógico entre o relatório e a fundamentação e, aí, se poderá exercer o controle do que diz respeito às provas.”

⁹⁴⁸ Na antiga religião egípcia, Maat é a deusa da verdade, da justiça, da retidão e da ordem.

⁹⁴⁹ Além da leveza, da rapidez, da visibilidade, da multiplicidade e da concisão, a exatidão é uma das qualidades da escritura. Vide CALVINO, Italo. **Seis propostas para o próximo milênio**: lições americanas. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 71-94.

consequências jurídicas da conclusão final. Um dos mais graves males que pode assombrar a motivação é apenas enfrentar argumentos fáceis, por pragmatismo útil, evitando argumentos difíceis. Donde se segue a necessidade de a motivação exprimir as razões que justificam as premissas e os critérios jurídicos, interpretativos, cognoscitivos, valorativos, de todas as eleições feitas pelo juízo. A motivação, longe de ser apenas dedutiva e retórica, deve ser suficiente e completa no campo racional, rendendo-se à controlabilidade das razões justificativas nela veiculadas. A noção de “*completezza*” (plenitude) justificativa, como bem se compreende, é diretamente proporcional à inexistência de *obiter dicta* e de existência de mais *ratio decidendi*. A exatidão traduz-se no dever para o juiz de observar, na perspectiva da liberdade das partes, a necessária correlação entre o pedido formulado (pelo autor, na petição inicial, ou pelo réu, em reconvenção ou pedido contraposto), donde, salvo regra legal em contrário, a vedação de julgamento *extra petita* (fora do pedido), *ultra petita* (além do pedido: *Ne eat iudex ultra petita partium*) e *citra petita* (aquém do pedido)⁹⁵⁰. Noutro articular, pela afirmação da autonomia da vontade dos litigantes, o princípio da congruência demarca o perímetro dentro do qual é lícito ao juiz locomover-se: há de pronunciar-se acerca de tudo que as partes pediram e tão somente sobre isto⁹⁵¹. O juiz não se pode guiar pelo paradoxo de esconder a profundidade na superfície.

Como mandatário do próprio sistema de justiça, na órbita endoprocessual, há indeclinável exigência de motivação da decisão, em cuja sede o juiz não apenas analisa todas as questões prévias, de fato (toda a prova encartada nos autos, e não apenas esta ou aquela, somente aquelas produzidas pelo autor ou unicamente carreadas pelo réu) ou de direito, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis *ex officio*, mas *as resolve*⁹⁵². Resolver questões, em múltiplas operações lógicas, o juiz faz exclusivamente no lago da motivação (v. g., preliminares, prejudiciais, de fato, de direito), a fim de que, então, a conclusão final possa ser assentada, exibindo função técnico-processual exprimida na seguinte imagem aproximativa: enlace matrimonial entre sentença e impugnação. Quando o juiz, na motivação, declara as razões, demonstra o feixe orgânico de critérios de escolha, elucida os juízos

⁹⁵⁰ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 502, estabelece que: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

⁹⁵¹ Novo Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 615.º, 1, alínea e: “615.º Causas de nulidade da sentença 1 - É nula a sentença quando: e) O juiz condene em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.”

⁹⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. p. 695.

axiológicos tendentes a justificar *aquela* solução final dada à causa, além da proscrição do caráter meramente voluntarístico do exercício da atividade jurisdicional, em verdade adentra no salão nobre da racionalidade, da coerência argumentativa, tendo como pauta o discernimento objetivo de legalidade (*rectius*, juridicidade). Ao fazê-lo, está, afinal de contas, descomplicando a confecção de eventual impugnação.

Soa mesmo acaciano: somente se pode adequada e criticamente impugnar o que se mostra e, bem por isso, se conhece. Como saber se a decisão é ilegal ou injusta? A não ser que se tenham poderes mediúnicos ou, ao menos, se queira fazer um voejo cego no escuro, isso somente é possível pela via das razões justificativas que inspiraram a decisão judicial. O contato das partes com a *ratio decidendi* e, portanto, com a demarcação esmiuçadora do âmbito da decisão, além de permitir-lhes a compreensão da responsabilidade e seriedade do juiz, no exato sentido de que o julgamento ocorreu com fulcro na prova dos fatos engranzada nos autos e segundo o direito aplicável aos mesmos, consente-lhes, com mais fácil programabilidade, a estruturação de razões de impugnação (recursal, ação autônoma), com maior grau técnico-jurídico, nada obstante a impugnação, de regra, não se arremeter propriamente contra a motivação, mas ter em mira a conclusão (dispositivo). Diz-se de regra, porquanto substancialmente a motivação pode hospedar, e não raro o faz, juízos decisórios, fora do anfiteatro formal da conclusão do julgado. Seja como for, é, sobretudo, no lago da motivação da decisão judicial que a parte há de, visualizando premissas, divisando motivos, pescar eventuais erros (de procedimento e/ou de julgamento) e vícios incrustados na sentença, autorizativos de sua anulação ou reforma. Perceba-se o ponto sutilíssimo: a importância da motivação não diz respeito, como apressadamente se possa imaginar, apenas à parte perdedora da demanda judicial, senão também à parte que se sagrou vencedora, a fim de que, quando menos, pela força do discurso justificativo judicial, melhor costure as razões de sua resposta à impugnação e, assim também, projete suas probabilidades de êxito na instância superior.

Ainda no plano interno, no horizonte do devido processo legal, se é certo que, na órbita do controle crítico da sentença, a motivação, pondo-se a serviço do direito de defesa, serve de norte à verificação dos limites do julgado e à elaboração de sua eventual impugnação, não é menos certo que, *a fortiori*, ressoa, também, como usina de facilitação, no papel burocrático ou institucional, do controle de justiça material e de legalidade que o sistema processual confia ao órgão judicial revisor. A justificação do dever de motivar, as virtualidades que o fenômeno comporta, não se esgotam, única e exclusivamente, em sua

função técnico-processual. Assim o fosse, ficaria ao relento a tentativa de justificar-se a motivação, não apenas como uma exigência prática de justiça, mas como uma necessidade ontológica, também, nas decisões finais proferidas em último grau de jurisdição, ou em única instância, como quando no exercício de competência originária de Corte Suprema. O problema do complexo processo de justificação da motivação seduz a desviar o olhar para outra direção.

Com efeito, em uma visão para além da Muralha de Adriano (*Vallum Aelium*) do aspecto exclusivamente técnico-processual da motivação, animada por sua mudança de paradigma, já agora na esfera extraprocessual, do papel sociopolítico que representa, o caleidoscópio de suas funções revela desenho ideológico de garantia fundamental do processo civil⁹⁵³. A universalização da obrigatoriedade de motivação pública, nessa perspectiva, torna possível a participação do povo, em cujo nome a sentença vem prolatada, na administração da justiça, através de controle democrático e difuso, seja pela comunidade em geral, seja por qualquer cidadão em particular, sobre as (e não das) razões, os critérios de escolha ou de valoração do juiz, a sua lógica formal ou argumentativa, as implicações socioeconômicas, políticas e práticas das decisões judiciais, ou seja, acerca do *modo* como, no cotidiano processual, se concretiza o exercício da função jurisdicional. O oferecimento dos critérios de escolha ou de valoração (justificador) do juiz à crítica democrática e difusa da sociedade, expressada na opinião pública, e a cada cidadão *uti singuli*, com capacidade informativa preexistente, ou nova, e necessária, torna possível, por exemplo, apreciar a motivação justificada, e eventualmente aceitá-la *sua sponte*.

Sob o ponto de vista externo, descortina-se o fascinante desafio de conciliar satisfatoriamente a decisão judicial com concepções antagônicas. O argumento forte, na perspectiva extraprocessual, em prol do propalado controle democrático e difuso, está justamente em que, no Estado Constitucional Democrático de Direito, o exercício de função imanente ao poder estatal, como a jurisdicional, não pode ser refratário ao controle da soberania popular. A sentença, como expressão do exercício de um poder público, além de necessariamente ter que se justificar, está, por conseguinte, incondicionalmente submetida à fiscalização, democrática e difusa, do povo, enquanto legítima fonte do poder estatal, em cujo

⁹⁵³ AMORIM, Leticia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 38, p. 69-79, 2006. esp. p. 71: “Na verdade, o dever de motivar assume modernamente um enfoque que vai além do aspecto puramente técnico para inserir-se no plano das *garantias fundamentais*, inerente ao Estado Democrático de Direito.” (Grifos no original)

nome, por sua delegação, é exercido⁹⁵⁴, à parte os eventuais aplausos do povo soberano sobre a obra do juiz e de seu produto final (sentença). Quando se penetra no terreno social da controlabilidade, dá-se a substituição da primeira pessoa do singular pela do plural: o *eu* das partes alcança o *nós* da sociedade, expressada na opinião pública, ou do conjunto de cidadãos.

Com o substrato fático e a experiência haurida do segundo pós-guerra, com forte repulsa à ideologia dos regimes totalitários de então, com o florescimento das grandes democracias ocidentais, países da Europa continental, em suas constituições, patrocinaram a redenção da dignidade da pessoa humana e a ascensão dos direitos fundamentais. Fez-se o parto de uma nova era, batizada de pós-positivismo jurídico. Formidáveis ventos cambiantes sopraram: a ordem jurídico-constitucional, ao invés da lei *stricto sensu*, passou a ter a constituição como o mais importante ponto de referência (centralidade), as espécies normativas - regras, princípios, postulados - insculpidas no texto constitucional passaram a desfrutar de posição de vantagem, como parâmetro de validade de todas as demais normas do sistema jurídico (supremacia, notadamente axiológica), e, com o reconhecimento do *status* de normas jurídicas, a serem aplicadas diretamente aos conflitos, independentemente de mediação do legislador ordinário (normatividade). O novel contexto, matizado por sentimentos de dor e felicidade, deu à luz rebento que atende pelo nome e sobrenome de constitucionalização do processo civil.

Agora bem, além do jaez exclusivamente técnico-processual, mergulhando raízes nesse quadro, em cores indeléveis, desponta modernamente outra razão de justificação do dever de motivar, de cunho político-constitucional: sua inserção na miríade de garantias fundamentais do processo civil⁹⁵⁵, inerentes ao Estado Constitucional Democrático de Direito. Verdadeira *tsunami* renovatória do direito processual: não se cogita de transformação puramente formal, mas substancial, a inaugurar uma nova mentalidade de pensar-se o processo civil e, o que é mais, sua aplicação empírica, no mundo de carne e osso, na perspectiva do binômio instrumentalidade-efetividade.

A motivação da sentença abriga discurso judicial, o qual reclama correção racional dos argumentos utilizados para justificá-lo, que, com pertinência contextual e suficiência, anseia relevar os critérios de escolha do juiz (cognitivismo ético e axiológico), seja no tocante às

⁹⁵⁴ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 62-67.

⁹⁵⁵ Diz-se do processo civil, em razão de ele ser o campo primordial do presente trabalho, como, de resto, dessume-se de seu título. Seria ocioso enfatizar que naturalmente o fenômeno é difuso: a garantia fundamental da motivação abrange, por exemplo, processo penal, trabalhista, eleitoral.

partes, seja a um (polêmico) auditório universal ou especial, como critério de verificação da racionalidade da argumentação (à força do conservadorismo e do conformismo na abordagem da racionalidade). O problema, desdenhando de qualquer critério objetivo de validade da justificação do *decisum*, transforma a irracionalidade difusa em critério de racionalidade. Indaga-se menos “*como?*”. Pergunta-se mais “*por que?*”. É a *Via Lácteados porquês*. Tal justificação há de afinar-se com uma argumentação - precipuamente haurida em um processo intrinsecamente colaborativo, cooperativo, dos argumentos e dos contra-argumentos (fáticos e/ou de direito) debatidos pelas partes, em contraditório, dialeticidade, diálogo humano - que vise respaldar o discurso judicial radicado na motivação da sentença e, o que é mais, justificar a conclusão atinente à decisão em si (parte dispositiva do julgado)⁹⁵⁶. A argumentação, por assim dizer, proclama uma atividade de justificação⁹⁵⁷. O órgão judicial, em homenagem ao princípio do dever de *reddere rationem*, há de prestar contas, fornecer razões de suas opções e juízos valorativos, as quais possam coerentemente supedanejar o comando dispositivo do julgado.

A motivação analítica, consistente na adequada, séria e congruente justificação de todos os aspectos de fato e de direito relevantes da causa, na vertente de garantia fundamental, é um eficaz antídoto contra o veneno hemotóxico da Inland Taipan do arbítrio judicial. Além de antídoto, é poderoso instrumento jurígeno-ético-democrático de limitação ao poder jurisdicional, o qual, sob o influxo do devido processo legal (ou melhor: justo), há de apresentar, interna e externamente, discurso justificativo coerente, cômputo, claro, preciso, no que toca às razões, às escolhas, aos critérios, aos juízos valorativos, utilizados pelo juiz, à luz

⁹⁵⁶ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 (Justiça e direito). p. 222-223: “De fato, motivar é justificar a decisão tomada, fornecendo uma argumentação convincente, indicando a legitimidade das escolhas feitas pelo juiz. É a justificação, específica do raciocínio jurídico, que devemos examinar mais de perto. É ela que, explicitando as razões do dispositivo, deve convencer as partes de que a sentença não resulta uma tomada de posição arbitrária. O processo psicológico que levou o juiz a tomar posição talvez possa ser explicado por intuítos de ordem social, moral ou política e, até mesmo, pela simpatia que, por razões confessáveis ou não, o juiz sente por uma das partes. Mas a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuítos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la. Como cada decisão pode servir de precedente para a solução posterior de casos da mesma espécie, cabe demonstrar que ela pode desempenhar tal papel, inserindo-se sem dificuldade nessa obra coletiva constituída pela jurisprudência. Não obstante que a decisão pareça equitativa é necessário ainda que seja conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão.”

⁹⁵⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 60-64, em especial p. 60, preleciona: “Argumentar significa, acima de tudo, fornecer razões que deem suporte a certas conclusões; é, basicamente, uma atividade de justificação. Garante uma determinada qualidade a enunciados que pretendem, por serem fundamentados, gozar de aceitabilidade racional por parte dos auditórios aos quais são endereçados”.

das especificidades do caso concreto, para supedanear *aquela* solução da causa, e não *outra* igualmente válida e aceitável.

Diverso itinerário não logra indicar, *in concreto*, se o juiz realmente agiu com imparcialidade, aferindo-se assim a justiça material, a juridicidade (mais que legalidade), a legitimidade da decisão judicial. Raciocínio inverso equivale à franquia de não se levar o direito a sério e, por isso mesmo, transformar a jurisdição em hilariante comédia. Pela fraude contra o Estado Constitucional Democrático de Direito, pelo engodo que representa, pela impostura de falsa realidade que encerra e pela fragilização da jurisdição, degenerada em indizível arbítrio, a sentença sem motivação (gráfica ou ideológica) tem hospedagem assegurada no inferno idealizado pelo sumo poeta florentino Dante Alighieri: Oitavo círculo, o Malebolge, especificamente no Sexto compartimento⁹⁵⁸.

6.5 Transcendentalidade da igualdade moral e jurídica: uma condição categórica da motivação, não o contrário

No seio de sociedade complexa, supõe-se a transcendência de uma ordem de valores, ante perspectivas existenciais, morais, socioeconômicas, jurídicas e políticas. O argumento teórico do supremo valor igualdade, elevado a potência universal, está no eixo de sua (re)produção autopoiética em três dimensões: o *fundamento*⁹⁵⁹, a *medida*⁹⁶⁰ e a *finalidade*⁹⁶¹ em qualquer sistema de criação e aplicação do Direito,⁹⁶² que tenha apreço à sua própria

⁹⁵⁸ ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. São Paulo: Círculo do Livro, 1983. Canto XXIII, p. 81-83.

⁹⁵⁹ ZOCO ZABALA, Cristina. **Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias** (artículos 14 y 24.1 CE). Barcelona: J. M. Sosch Editor, 2003. p. 36-37.

⁹⁶⁰ HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 144: “O direito, já vimos isso repetidamente, é o justo, e o justo é o ajustado, o que se ajusta a uma medida. Essa medida do direito foi chamada tradicionalmente de *igualdade*, de modo que o direito é o *igual*.” (Reforços gráficos no original).

⁹⁶¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 272: “Não se deve menosprezar a mera aplicação do conceito de direito à construção do Estado de direito, pois o direito é tão-somente aquilo que tem o sentido de justiça. Todavia, com a justiça dá-se a igualdade. Uma ordenação estatal que pretenda valer para alguns homens e para alguns casos não seria direito, mas arbitrariedade.”

⁹⁶² Note-se, a tal propósito, que a ideia de igualdade humana fundamental é incensada em múltiplas coordenadas do texto da Constituição Federal brasileira de 1988, muito para enfatizar a singularíssima importância desse valor na consciência constitucional: v. g., Preâmbulo, art. 4º, IV, art. 5º, *caput*, I, art. 7º, XXXIV, art. 14, *caput*, art. 37, XXI, art. 43, § 2º, I, art. 104, parágrafo único, II, art. 206, I, art. 227, § 3º, IV. Assim, também,

legitimidade e aceitabilidade social. Nesse esforço crítico de universalização, e no escopo de atrair assentimento, mesmo diante, por exemplo, do fenômeno do multiculturalismo, é plausível pensar que os seres humanos, como fontes autônomas de reivindicações legítimas e na suposição de oferecimento dos mesmos horizontes, em uma sociedade racionalmente bem ordenada, são, em essência, pessoas morais iguais. A problematização das ideias de direito e de justiça, com impactos na obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, produz a seguinte proposta: a igualdade humana fundamental é a primeira (e a boa) razão de direito, de uma ordem jurídica justa e de justiça⁹⁶³. A bondade dessa escolha traduz-se, como fronteira ética para as crenças e valores da comunidade, em um “modelo de desafio” que integre o direito, a justiça, a ética e a “vida boa” empenhados pela premissa de igualdade humana fundamental,⁹⁶⁴ conformada pela lei natural (permanente, imutável, comum, conforme à natureza, idêntica para todos em seus primeiros princípios e que instila o universo) de coexistência entre criaturas racionais. A ideia de justiça igualitária (por exemplo, no terreno da justiça social) é irreconciliável com a de relativismo moral, o qual tende a enfraquecer e a oprimir os mais fracos, e não se compraz com as crenças e as tradições morais comunitárias, locais, e a de utilitarismo de preferências (v. g., a prevalência de certas tradições morais, em determinadas culturas, acarreta não apenas que, pertinentemente ao problema da pobreza, haja uma injusta distribuição social de recursos, senão também distribuição injusta dentro do próprio núcleo familiar, em prol dos homens adultos em detrimento das mulheres e em benefício dos meninos em prejuízo das meninas)⁹⁶⁵.

Na igualdade de tratamento, aproximada à ideia de justiça, identifica-se o tratamento igualitário com o tratamento justo. Domina, como matriz ordenadora, o procedimento mental

na Constituição italiana de 1947: v. g., art. 3. § 1., art. 24 § 1., art. 111 § 2; na Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), art. 3; na Constituição francesa de 1958, art. 1.; na Constituição portuguesa de 1976, art. 13.

⁹⁶³ FERNANDEZ, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1991, p. 38: “(...) pienso que es posible partir de unos criterios mínimos de racionalidad práctica en torno a la idea de justicia. También es posible utilizar esos criterios de racionalidad práctica para, a partir de ellos, llevar a cabo una comparación y análisis crítico de los distintos sistemas jurídicos. Esos criterios mínimos a que me refiero responden a la satisfacción de necesidades humanas consideradas justas, necesidades humanas expresadas en las ideas de seguridad personal, igualdad moral y jurídica, libertad igual y bien común. En el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales nos encontramos la plasmación teórica y práctica de esse conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes, que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo.”

⁹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. (Biblioteca jurídica WMF). p. 388-391.

⁹⁶⁵ VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. (Coleção justiça e direito). p. 157-160.

no qual devem ser descobertos os princípios de Justiça, seus elementos⁹⁶⁶, e, prescritivamente, como comando, determina seus respectivos mecanismos de funcionamento.⁹⁶⁷ Sob o prisma moral, em essência, os seres humanos são iguais (mundo do *ser*), independentemente da nuance utilizada, e, sob a ótica jurídica, devem ontologicamente ser tratados igualmente (mundo do *dever ser*), no que se igualam (enquanto se mantenham iguais) e se desiguam (enquanto se mantenham desiguais). O justo simboliza tratar todos igualmente no que são iguais, e de modo diferente, mas proporcional, no que são diferentes⁹⁶⁸. A igualdade (*aequalitas*) significa a conformidade de uma pessoa ou coisa com outra em quantidade, qualidade ou aparência. Nesse sentido, pressupõe um ponto de referência alheio. É um dos elementos estruturantes dos direitos fundamentais, valendo como cânone jurídico conformador de toda ordem jurídico-constitucional. A ideia de justiça está sempre impregnada pela de isonomia, em suas infinitas acepções, incorporadas à dimensão organizativa do Estado de Justiça, o qual, a depender do padrão de justiça que se almeje concretizar (equidade, justiça social), proporciona, à sua vez, variados sentidos⁹⁶⁹. Fórmula vazia não é, mas conceito-chave que estrutura intrinsecamente a questão da justiça, fornecendo-lhe, assim, cunho conceitual específico e determinada base de legitimação.

Como fundamento, a igualdade humana fundamental é o substrato de legitimidade, de validade, do Direito equo e dos mecanismos de justiça que aspirem à justeza. Como medida, a igualdade, exibindo harmonicamente sua vocação conformadora (*adaequatio* e *commensuratio*), parametriza, mais de perto, os elementos estruturais do direito, a abrangência de suas instituições, o alcance de seus institutos, e aviva os marcos do tratamento isonômico das partes no processo, como condição essencial do processo justo. A igualdade,

⁹⁶⁶ SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca Jurídica WMF). p. 162-237.

⁹⁶⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, op. cit., 1134 b: “Por outro lado, o magistrado é um guardião da justiça e, portanto, também guardião da igualdade.”

⁹⁶⁸ HERVADA, Javier. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 31 e 32.

⁹⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 245: “Embora a ideia de justiça compreenda diversas esferas, nela está sempre presente (embora com ela não se identifique) uma ideia de igualdade: “direito a ser considerado como um igual” (Rawls), “direito a ser titular de igual respeito e consideração (Dworkin), “direito a iguais atribuições na comunicação política” (Ackerman, Habermas), “direito a ser tratado igualmente pela lei e pelos órgãos aplicadores da lei”. A justiça fará, assim, parte da própria **ideia de direito** (Radbruch) e esta concretizar-se-á através de princípios jurídicos materiais cujo denominador comum se reconduz à afirmação e respeito da dignidade da pessoa humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à realização da igualdade (cf. Ac TC 132/91).” (Grifos no original).

como ideal ético, é vetor de uniformização de posições subjetivas em um ordenamento jurídico, ao delimitar entre si as liberdades dos seres humanos, garantindo ao indivíduo em si mesmo considerado um tratamento igual em condições iguais. Todos gozam de dignidade humana igual e de direitos iguais (v. g., independentemente de ser homem ou mulher). É uma noção elementar de justiça que a cada indivíduo seja justaposto igual por igual (princípio da igual medida, como na teoria da justiça aristotélica⁹⁷⁰). Significa a equiparação de todos os seres humanos seja tanto ao exercício de direitos, seja quanto à sujeição a deveres. Sujeitos iguais em suas diferenças.

O conceito de pessoa é um conceito de igualdade, sem o qual é impensável qualquer consideração de justiça⁹⁷¹. A igualdade, por sua dimensão de fundamentalidade na estrutura normativa do Estado e da sociedade, evidencia historicamente uma mudança nos modos de compreendê-los. Tal denominador comum dirige-se, antes de todos, ao legislador, vinculando-o para impedir que se façam distinções desarrazoadas, pois que, por variáveis critérios, é próprio da lei, seu papel precípua mesmo, discernir pessoas, situações ou coisas, colocando-os em regimes diferentes. A distinção é arbitrária quando não puder ser objetivamente justificada por razões que não a equidade, como, por exemplo, utilitárias, configurando o delicado problema de tensão entre a justiça e o utilitarismo⁹⁷² (empenhado em maximizar a felicidade, o bem-estar, o prazer, a satisfação e em minimizar o desprazer, a dor). A matriz do *discrímen* deve exclusivamente repousar nelas mesmas, afigurando-se, pois, inadmissível traço diferencial forasteiro⁹⁷³. Igualdade, no tocante à concepção do direito, o qual há de ser igual para todos os cidadãos, pensada como universalização.

⁹⁷⁰ Na justiça distributiva (distribuir adequadamente bens e ônus), que consiste numa proporção geométrica, aplica-se o princípio da adequação: a cada um o que lhe é adequado, tratando-se o igual por igual e o desigual por desigual, orientado por uma diferença objetiva; concessão de vantagens iguais aos homens de igual mérito. Já na justiça comutativa, que consiste numa proporção aritmética, a ideia crucial é a de que se deve garantir o igual por igual (compensar de modo justo nas relações jurídicas, igualdade aritmética, sendo o dinheiro o parâmetro pelo qual tudo se pode medir, permitindo a comparação do valor dos bens, a comutar ou a substituir). Vide ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**, op. cit., 1131 b, 10, 25 e 1133 a, 20.

⁹⁷¹ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**, op. cit., p. 190-191.

⁹⁷² FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 837-840, esp. p. 837: “Conjunto de teorias (morais, jurídicas, sociais e econômicas) que, em geral, advoga que nada, entre os seres humanos, é (ou pode ser) mais desejado em si mesmo do que o próprio prazer. Por conseguinte, as construções teóricas relativas à convivência social devem supor que as pessoas têm como finalidade a obtenção do prazer e a consequente diminuição (ou mesmo eliminação) da dor.”

⁹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. 17. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29-30.

A estrutura do dever de igualdade reclama que o legislador trate todos de forma igual. Contudo, sem se descurar, no plano da igualdade em acepção material, de características pessoais dos cidadãos no conteúdo das leis, ou seja, ao legislador não se impõe alocar todos nas mesmas posições jurídicas. Igualdade *na lei, através da lei e perante a lei*⁹⁷⁴, para efeito de sua aplicação (concepções material e formal). A igualdade perante a lei pode existir mesmo quando não exista qualquer igualdade na lei, *i. e.*, quando a lei não prescreva qualquer tratamento igualitário⁹⁷⁵. É na Revolução francesa que se formalizou a ideia jurídica de igualdade, ensartada no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, tornando-se posteriormente, ao lado dos ideais de liberdade e de fraternidade, modelo paradigmático de estruturação social⁹⁷⁶. A superioridade do valor igualdade, afeiçoada à justiça, implica tratamento igualitário a todos aqueles entre os quais a lei não faz distinção. Mas, em que coisa devem ser iguais? O ponto de referência é a igualdade (na e) perante à lei, ou seja, igualdade jurídica: o direito aos direitos. Consentâneo dizer que, sob dupla perspectiva, a igualdade reclama observância seja como comando normativo jurídico-constitucional, seja como um direito fundamental. O direito, em sua concepção original, assinala uma relação vinculada pela igualdade, mas a titularidade recíproca de direitos subjetivos não esgota todas as virtualidades da igualdade jurídica.

A igualdade formal não pode encobrir as desigualdades substanciais, tampouco o direito igual esconder a estratificação social (arranjo hierárquico em uma sociedade). Por assim ser, a chave de leitura da igualdade material - como objetivo primordial a ser alcançado de redução das desigualdades fáticas substanciais entre os cidadãos - designa potencialmente um processo aberto, ativo, de cunho expansivo e em contínua construção, até ser convertido em realidade. Pode ocorrer, e não raro acontece, que, no escopo de preservar-se o valor igualdade, ou de visar-se a atenuar as disparidades efetivas, a lei, em seu conteúdo, deva

⁹⁷⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Fundamentação das sentenças como garantia constitucional**, op. cit., p. 5: “A exigência de fundamentação das sentenças, hoje consagrada em texto constitucional, justifica-se por várias razões. Uma delas decorre da tendência dos sistemas políticos contemporâneos de ampliar as bases de um regime democrático participativo, caracterizado por sua universalidade. Regime democrático inspirado no princípio da igualdade absoluta de todos perante a lei.”

⁹⁷⁵ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2009. p. 91.

⁹⁷⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 376: “O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira a concepção estrutural do Estado Democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.”

desigualar pessoas e situações no mundo de carne e osso, que não se exaure na célebre vertente aristotélica de tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Dois exemplos são oportunos: uma lei que (i) de forma diferenciada estabeleça alíquotas progressivas do imposto sobre a renda, dependendo da faixa de rendimentos (os maiores suportarão alíquotas mais elevadas e vice-versa); e (ii) estabeleça prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais nos quais figurem como partes pessoas com idade igual ou superior a 60 anos. Para se saber se uma lei trata as pessoas de maneira igualmente justa, não se pode abrir mão de critério de valoração da relação de igualdade. Significa dizer que não se venera a igualdade quando indivíduos ou situações iguais são arbitrariamente tratados como desiguais (distinções arbitrárias). Destaca-se a latitude igualdade-justiça dos cidadãos, sob o duplo aspecto: igualdade perante a lei (dignidade social) e através da lei (tratamento normativo substancialmente isonômico).

O endereço da igualdade humana fundamental, o prestígio de sua manutenção ou restauração, é, ainda também, o intérprete e o aplicador, aí se incluindo o juiz,⁹⁷⁷ que é a justiça viva. O princípio da objetiva imparcialidade do juiz, apresentado sob boa e nova luz, é imanência da igualdade. A imparcialidade, a independência do juiz, a liberdade, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, conexionam-se com a igualdade entre os litigantes, não apenas de oferecimento de participação isonômica, mas também de colocá-los sempre em posição de equilíbrio no processo. Uma das condições essenciais de tratamento igualitário material das partes, e portanto de verdadeira justiça, deflui do dever de igualdade na correta interpretação-aplicação do direito justo, preservando-se concretamente o mesmo conjunto de oportunidades em juízo, a equalização de posições e condições de acesso à tutela jurisdicional efetiva, com paridade de armas.

Um dos elementos do núcleo central da garantia constitucional do contraditório é o direito de influir, concreta e eficazmente, mediante equilibradas chances, na formação intelectual da convicção do juiz e, pelo tanto, no conteúdo das decisões judiciais. No campo processual, há situações em que, no escopo de preservar-se a própria igualdade, em sua conceituação positiva (a todos não de ser proporcionada iguais oportunidades), o juiz, por exemplo, procede à inversão da carga dinâmica da prova, seja por conta da hipossuficiência

⁹⁷⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento;”. No mesmo diapasão, o novo Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 4: “Igualdade das partes - O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais.”

jurídico-econômica do autor da demanda judicial, seja porque uma das partes exhibe melhor aptidão para produzir determinada prova. O juízo de isonomia é conformado pelas especificidades de cada caso particular, sem que isso signifique hostilizar o garantismo, senão, ao contrário, em prestígio à igualdade, busca-se exatamente sua concretização.

A norma jurídica e o esforço exegético para definir o seu sentido e alcance não poderão vulnerar o cânone da igualdade, ou, quando menos, utilizar fator de diferenciação que desborde dos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade. O tratamento igualitário, pois presumidamente justo, prescinde de justificação. Com a desigualdade, a fim de que não pareça arbitrária e, portanto, injusta, calha o oposto, porquanto diferenças previstas em lei devem ser suficiente e racionalmente justificadas, com base nos critérios de razoabilidade⁹⁷⁸, enquanto parâmetro de valoração dos atos do poder público, os quais hão de ser plasmados pelos valores constitucionais (igualdade, justiça) e de proporcionalidade. A bondade das razões está adstrita ao coeficiente de valor dos desígnios ou motivos alocados à base do tratamento desigual; em qualquer caso, hão de ser razoáveis, como parâmetro através do qual se pode aferir se o fundamento da diferenciação é aceitável e válido, e, bem ainda, se o fim por ela almejado é legítimo. Há, então, perfeito acoplamento entre razoabilidade e igualdade. Nessa moldura, ao legislador é interdita a possibilidade de tratar o substancialmente igual desigualmente, ainda também na hipótese de igualdade parcial, mas desde que seja substancial. O dever de igualdade resulta vulnerado quando não há um fundamento razoável, ou uma razão objetivamente *prima facie* para o fator de diferenciação ou para a igualação feita pelo legislador. Quando, afinal, a norma receber o epíteto de arbitrária. Numa locução: são vedados tratamentos arbitrariamente desiguais (ou iguais).

Pode-se pensar que é impositivo o tratamento igual se não houver um argumento suficiente e razoável permissivo de um tratamento desigual e vice-versa (de obrigatoriedade de tratamento desigual, quando não existir um argumento suficiente e razoável para o tratamento igual). Não por acaso, apesar de severas objeções calcadas na usurpação, feita pelo Judiciário ao legislador, das concepções de correção, razoabilidade e justiça, o que seria inconstitucional por violação do postulado da separação de poderes, um dos pilares do Estado Constitucional Democrático de Direito, autorizadas vozes doutrinárias situam a questão no campo do binômio enunciado de igualdade-valorização, como uma regra de ônus argumentativo, ou seja, a igualdade valorativa em um sentido ideal: mais justo e mais adequado. O argumento da substituição do legislador pelo Tribunal constitucional há de ser

⁹⁷⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 280.

temperado, pois que a discricionariedade do legislador está umbilicalmente vinculada à estrutura da norma de tratamento igual e de tratamento desigual e aos conceitos de arbítrio e de razoabilidade⁹⁷⁹. A questão é de precedência de valoração, resultante do exercício de competências: algumas valorações esculpidas pelo Tribunal constitucional, mas inspiradas na teoria da fundamentação jurídica racional, desfrutam de primazia sobre as do legislador, inclusive fundamentação racional no que toca à igualdade ou à desigualdade, no contexto dos direitos fundamentais ou na ideia de justiça sistêmica (v. g., no âmbito da doutrina do *stare decisis*, por aplicação do enunciado geral de igualdade, o desenvolvimento de argumentação calcada em precedentes judiciais).

A igualdade assegurada no processo é a substancial e não a meramente formal; daí a permissão para o tratamento diferenciado, a partir das peculiaridades do caso concreto, no escopo de alcançar-se a igualdade real, concreta⁹⁸⁰. Contudo, no escopo de (re)equilibrar as partes, o juiz não pode atribuir posição de vantagem àquela originalmente mais fraca, em detrimento daquela havida de início como mais forte. Reequilibrar, sim, mas sem provocar desequilíbrios. O problema da igualdade das partes, no confronto com a razoabilidade e a proporcionalidade, põe em evidência o tratamento diferenciado abonado, pelo legislador, à Fazenda Pública e ao Ministério Público no processo civil⁹⁸¹, justificado ante a respectiva complexidade de atuação, a par de aglutinar atribuições e interesses da coletividade. (v. g.,

⁹⁷⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 393-432, esp. p. 411-415.

⁹⁸⁰ São concebíveis situações diferenciadas, mas com critérios de razoabilidade e de proporcionalidade, que legitimam o tratamento desigual. Vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973: i) quando há interesse de incapaz no processo judicial é obrigatória a intervenção do Ministério Público (art. 83, inciso II); (ii) prazo distinto para responder e recorrer, quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público (art. 188); (iii) o juiz deve designar curador especial ao réu preso, o qual estará dispensado do ônus da impugnação específica dos fatos (arts. 9º, II, e 302, parágrafo único).” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 156: “O Ministério Público será intimado para, no prazo de trinta dias, intervir como fiscal da ordem jurídica: II - nas causas que envolvam o estado das pessoas e o interesse de incapazes;”, “art. 106. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos.”, “art. 158. O Ministério Público, seja como parte, seja como fiscal da ordem jurídica, gozará de prazo em dobro para se manifestar nos autos, que terá início a partir da sua intimação pessoal.”, “Art. 161. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.”, “art. 186. Na contagem do prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os úteis. §2º. Não se aplica o benefício da contagem em dobro, quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Fazenda Pública, o Ministério Público ou a Defensoria Pública.”, “art. 72. O juiz nomeará curador especial: II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.”, “art. 329, parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo, ao curador especial e ao membro do Ministério Público.”

⁹⁸¹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 158-160.

tutela do interesse público, defesa do erário, quantidades exorbitantes de processos, dificuldade de coleta de informações, sobretudo fáticas, melhor estruturação de defesas). A fuga para o irracional ou arbitrário anaboliza a ideia de irrazoabilidade. Por outro sulco, em situações nas quais há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis (um meio e um fim), o postulado da proporcionalidade (conformidade ou adequação de meios, exigibilidade ou necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)⁹⁸² viabiliza a compatibilização da aplicação, *in concreto*, de valores que estejam em aparente conflito. Quando ocorre colisão, choque, de princípios que concretamente se entrelaçam em torno de uma relação de causa e efeito, é preciso verificar qual deles possui maior peso, de acordo com as especificações do caso concreto. É a técnica de balanceamento ou juízo de ponderação para se definir o princípio que, no caso concreto, ostenta prevalência ou primazia. O outro princípio não é derogado, mas apenas afastado ou mitigado no caso concreto.

Como finalidade, a igualdade, em uma realidade marcada por diferenças, é instrumento de realização de propósitos equitativos, seja como enunciados normativos morais e jurídicos no meio social, seja no campo específico do processo judicial. O escopo do Direito, numa visão mais ampla, é regular as relações sociais, de modo que ele precisa inevitavelmente discernir suas características, para captar as suas singularidades e moldar as posições jurídicas de cada sujeito, dentro de parâmetros de legitimidade e de razoabilidade constitucionais, sob color da proibição do arbítrio. Não é exato dizer que a igualdade proíbe o legislador de fazer distinções. O que se veda, isto sim, é que a diferenciação de tratamento seja arbitrária, sem base material, sem razões justificativas que primem pela razoabilidade, à luz de critérios valorativos objetivos e aceitáveis em determinado lugar e momento histórico. Busca-se evitar perseguições ou favoritismos. Proíbem-se o arbítrio, distinções arbitrárias. Inaceitável é a vulneração despótica da igualdade na normatividade jurídica (*v. g.*, falta de seriedade, sentido ilegítimo, diferenciação pautada por base irrazoável), malgrado não elimine totalmente a desigualdade econômica. O caráter gregário do ser humano, como fator de paz social, não prescinde do reconhecimento da igualdade recíproca⁹⁸³: eu e o outro somos iguais, o outro e eu, *idem*.

A igualdade, como valor universal, está não apenas na base (fundamento) de um sistema de justiça, como irá permeá-lo (medida) e, também, estará no seu topo (finalidade).

⁹⁸² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 161-176.

⁹⁸³ ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 456-462, esp. p. 461.

Em uma imagem aproximativa, se o sistema de justiça fosse um edifício, a igualdade estaria nos alicerces, nas paredes internas e externas e no telhado desta construção. É, a um só tempo, base, coeficiente e vértice de um sistema de justiça simétrico. Nessa moldura, a igualdade se insinua como o principal eixo teórico da motivação: é sua razão mesmo de existência e justificação magna. No genoma jurídico-constitucional da motivação, o seu código genético é revelado pelo mapeamento das moléculas de DNA do cromossomo da igualdade. Significa pensar a igualdade como o aminoácido de constituição da proteína da motivação. No campo da justificação, a igualdade é uma condição categórica da motivação obrigatória e pública das decisões judiciais no processo justo, na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, não o contrário: a legitimidade da motivação descansa na igualdade. Sem a igualdade, como valor universal, o dever de motivar seria só pano de fundo, desprovido de sentido algum, menos ainda de obrigatoriedade e de publicização.

Há um ponto peculiaríssimo. Sem infirmar o que se vem de dizer, em uma perspectiva de circularidade, a motivação, como *garantia do garantismo processual*, assume, ademais, a relevante função de proteção de sua hereditariedade (a mãe igualdade): somente é possível saber se, de verdade, houve efetiva igualdade, com a necessária paridade de armas no processo judicial, através da motivação contida na resposta do Estado-juiz. Não por acaso, a igualdade assume duplo e cumulativo papel: é a gênese da obrigatoriedade do dever de motivar e, em movimento elíptico, constitui seu objeto primacial de tutela. O valor igualdade, por assim dizer, é, simultânea e reciprocamente, causa e efeito da motivação. À motivação, como penhor de sua fonte genitora, cumpre a função essencialmente essencial de exteriorizar, em cada caso concreto, se houve ou não efetivo tratamento isonômico na atividade processual. São as razões justificativas da motivação que permitem constatar, *in concreto*, a plena reverência à igualdade como valor universal no processo, sob o prisma material e não meramente formal, mediante a equalização, real e concreta, de oportunidades, com o inestimável préstimo do devido processo legal, do direito de defesa, do contraditório e da imparcialidade do juiz.

Por outras palavras, a igualdade é elemento de organização e funcionamento do devido processo justo. A igualdade é o justificador na crença da motivação justificada. Conducente dizer que, no campo da epistemologia (estudo do conhecimento relativo ao campo de pesquisa, em cada ramo das ciências), como autorizada crença verdadeira (conhecimento), a motivação justificada encontra, na igualdade, seu píncaro justificador teórico. Este valor universal é a mais importante referência teórica da motivação. Consiste no alvará de que ela

dispõe para explicitar o indispensável tratamento igualitário das partes no contexto dialético do processo judicial. Além de base (justificador da motivação explicada), a igualdade é medida e finalidade de um sistema de Justiça que intrinsecamente aspire à justeza. Mas não é só. A crença na motivação justificada precisa estar apoiada em outras duas crenças, as quais estão, elas próprias, justificadas: medida e finalidade da motivação.

Na contramão da facticidade, aquela base teórica dialoga com medida e finalidade (cada qual também justificador) controláveis, concretamente, *na* e *através* da motivação justificada. As razões, os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz não são contingentes, acidentais, aleatórios; antes, hão de desenhar, num único movimento, à semelhança da perfeição do caranguejo de Chuang-Tsê, o valor universal igualdade como justificador na crença da motivação justificada racionalmente. Desse modo, intenta-se uma reconstrução geral do problema, sagrando o alicerce teórico da igualdade, como o soberaníssimo elemento justificador do novo modelo de motivação justificada. Nessa singularíssima perspectiva, o problema da motivação não se atém apenas ao seu *ser* (é dizer: à sua concreta estruturação ou programa de organização, em sintonia com o ordenamento jurídico-processual), senão também ao seu *dever-ser* (ou seja: à consonância de sua dimensão positivada com os direitos fundamentais e as garantias constitucionais do processo). No novel modelo constitucional de processo, semelhante *dever-ser* da motivação põe em evidência um de seus alegóricos mais proeminentes: *ser* e *dever-ser garantia do garantismo processual*.

A moderna concepção do devido processo legal seduziu para o seu espectro de incidência o direito ao procedimento adequado, a par da sede do contraditório, mais rente à realidade social e ao substrato fático subjacente à causa e compromissado com as necessidades do direito material⁹⁸⁴. O signo da igualdade, decorrente do próprio conceito do devido processo legal (*rectius*, devido processo justo como valor universal), permite uma visão direta de um sistema simétrico de justiça. São as folhas essenciais com as quais o juiz acolchoa um ninho de justificação e, nele, faz descansar as razões conducentes à conclusão final. Olhar um sistema de justiça, apartado da condição categórica da igualdade como valor universal, é tão perigoso quanto fitar a cabeça da Medusa; é, pelo tanto, transformá-lo em estátua de si mesmo. O valor universal da igualdade, na era do Direito, é uma espécie de Perseu: herói decapitador da Górgona do direito injusto ou, muito pior, do sistema assimétrico de justiça.

⁹⁸⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 88.

O juiz desconhece o substrato fático da lide. O fato ou conjunto de fatos, integrantes da *causa petendi* da demanda judicial, são transportados ao seu conhecimento pelas partes. A premissa fática é esculpida pela idoneidade dos meios de prova, pela suficiência ou não de determinados elementos de prova para contraditar determinadas presunções, sobre o conhecimento dos fatos de forma indireta, que é como sempre o juiz deve conhecê-los. Não por acaso, o correto acerto dos fatos é uma das condições essenciais para se alcançar justa solução do conflito. A exigência de imparcialidade do juiz impõe que ele se mantenha equidistante dos interesses dos sujeitos parciais do processo, vale dizer, a distância que mantém do autor é a mesma do réu, sob pena de fratura da igualdade, com severas implicações no valor justiça. O juiz deve assegurar, no curso de todo o processo, um código de igualdade material das partes e nutrir equidistância do conflito. A igualdade como valor universal é pressuposto magno para o sistema ideal de justiça e do exercício legítimo da função jurisdicional.

O Estado Constitucional Democrático de Direito, na forma organizativa do Estado de Justiça, não pode prescindir da igualdade como valor universal, em geral, e em especial a das partes no processo judicial. É a pedra angular da motivação obrigatória e pública, em prol da efetividade do valor justiça. O dever de motivar, reafirme-se, emana da igualdade, sem a qual se tem não-direito, não-justiça. A motivação deve a sua existência mesma à condição primária da igualdade⁹⁸⁵. Aquela é exercida em nome, e por delegação, desta. A igualdade é o bem supremo (e estruturante) da Justiça, cuja parte natural tem a mesma força em todos os lugares (*como o fogo que arde aqui e na Pérsia*, na célebre locução aristotélica⁹⁸⁶) e não existe por pensarem os indivíduos deste modo ou daqueloutro. A igualdade das partes no processo judicial, ou seu imprescindível tratamento isonômico, erige-se, aqui e alhures, em evidência universalmente válida, a qual se põe (não se pressupõe) na motivação da sentença. Daí decorre necessariamente que, em sua extensão e profundidade, a motivação há de contemplar, em pé isonômico e intrinsecamente, as alegações, a valoração das provas e contraprovas produzidas por ambas as partes, independentemente da quantidade de linhas dedicadas a cada qual. A exigência de tratamento isonômico impede que o juiz aprecie apenas as questões de fato e de direito suscitadas por uma das partes (v. g., vencedora), deixando a outra (v. g.,

⁹⁸⁵ MOTTA, Cristina Reindolff da, op. cit., p. 145: “A fundamentação é a maneira evidente que a sociedade moderna encontrou para evidenciar na justiça a igualdade e a boa-fé do julgador. Explicitar claramente os motivos pelos quais determinado caso deve ser decidido desta ou de outra maneira é provar à sociedade que o cidadão tem aplicado a si os princípios de equidade e isonomia.”

⁹⁸⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, op. cit., Livro V, 25.

sucumbente) à míngua de razões justificativas de sua convicção. A motivação deve açambarcar todos os aspectos relevantes da causa, notadamente a análise crítica dos fatos, tendo em conta as especificações do caso particular, apontando os motivos pelos quais reputou válidas as alegações do vitorioso e também fornecendo as razões justificativas pelas quais entendeu inválidas as do perdedor. Os argumentos fático-jurídicos considerados, no caso concreto, não-relevantes para o julgamento da causa devem ser, remarque-se uma vez ainda, mesmo de forma concisa, objeto de justificação judicial, sob pena de quebra do valor igualdade, do direito de defesa, do contraditório efetivo, do devido processo legal. Não casualmente, na iconografia do equilíbrio e personificação do Direito e da Justiça, Témis exhibe olímpicamente uma balança.

6.6 Perspectiva funcional interna do processo: desempenho instrumental

A motivação serve à própria segurança jurídica. O dever de motivar as decisões judiciais, em uma perspectiva endoprocessual, assume papel instrumental na economia do processo, volvido para uma mais perfeita operacionalização dos mecanismos processuais, porquanto semelhante obrigatoriedade de revelar publicamente razões de decidir exhibe o escopo capital de possibilitar o exame de conveniência da parte em impugnar e, em juízo positivo, facilitar-lhe a melhor preparação, com argumentos fático-jurídicos individualizados, *vis a vis* dos motivos explicitados pelo juiz, de sua específica impugnação⁹⁸⁷. Ao depois, também, em controle vertical, norteia as tarefas dos juízes revisores⁹⁸⁸, de instância superior, os quais poderão julgar melhor a decisão dardejada conhecendo as razões abraçadas pelo juiz

⁹⁸⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, op. cit., p. 390: “Para a racionalidade e controlabilidade contribuem também os *deveres de fundamentação*. Estes devem impedir decisões arbitrárias, isto é, não fundamentadas em termos claros, evidenciando também que foram observadas as vinculações à lei e ao direito e garantindo que qualquer um que seja afectado por uma decisão que lhe seja desfavorável, conheça os respectivos fundamentos a fim de poder defender-se adequadamente.” (Grifos no original)

⁹⁸⁸ Perceba-se que, na tradição luso-brasileira, a imprescindibilidade de motivação, em sua feição técnico-processual e performance instrumental, estava consagrada no Código Filipino, em cuja Ordenação concernente ao Livro III, Título LXVI, § 7, *principio*: “E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juízes da mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora sejam Letrados, ora o não sejam, declararem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação, ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar.”

a quo. Os critérios de escolha ou de valoração utilizados pelo juiz, ensartados na motivação-justificação, qual fio condutor entre sentença e impugnação, a um só tempo, servem a dois senhores; exibem, com proficuidade, dupla serventia. De resto, a motivação da sentença é instrumento técnico-processual conectado ao modo de ser do processo, ao seu intrínseco funcionamento, e à centralização piramidal das estruturas jurisdicionais.

A falta de motivação da sentença (gráfica ou ideológica), como bem se compreende, erige-se em obstáculo à parte que considere conveniente impugná-la. Como a parte, nesse caso, haverá de desincumbir-se do ônus de impugnação específica (não-genérica) das razões de fato e de direito colocadas pelo juiz à base de sua decisão final? A elipse do juiz estorva a pretensão recursal (ou melhor: impede, sem elementos suficientes, à míngua de contraditório, a formulação cônica de razões do pedido de anulação ou de reforma do *decisum*). Abstraindo-se do fenômeno da paranormalidade, à parte está interdita a possibilidade de discernir razões do nada ou de divisá-las no vazio de sentença sem o mais tênue resquício de motivos. A deflação, tanto em Economia, em vertente mais contínua, associada à recessão (queda da atividade econômica), quanto referenciada à garantia fundamental de motivação da sentença, é catastrófica: naquela, a empresa quebra, ao passo que, nesta, dá-se a fratura na ideia de melhor funcionamento dos tribunais, a par de tolher o aperfeiçoamento do controle de juridicidade e de justiça das decisões judiciais feito pelos juizes revisores. De tal sorte que, sem motivação, não se afigura possível, com seriedade, cogitar de um processo ético, democrático, equo e justo, e, menos ainda, de controle sobre o *decisum*, nem se perfilha um legítimo exercício da jurisdição estatal.

Nada obstante a garantia fundamental da motivação estar primordialmente referenciada às partes, à sociedade e aos cidadãos, já agora ao ângulo estritamente de mirada do juiz, como agente estatal, a motivação também assume contornos importantes, pois que, no modelo constitucional de processo justo como valor universal, lhe permite exteriorizar as razões fático-jurídicas que justifiquem a sentença⁹⁸⁹. Ao órgão judicante descortina-se a oportunidade de demonstrar a correção e a validade dos critérios de escolha ou de valoração adotados na *ratio decidendi* que serve de aguento à conclusão final (dispositivo). A qualidade da prestação jurisdicional é diretamente proporcional aos pendores qualitativos da motivação. Trata-se, *ab ovo*, de exercício de autodemunstração, ou seja, a motivação assume o papel de

⁹⁸⁹ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 59-64.

convencer seu próprio genitor, ante as razões axiológicas que, hospedadas em sua intuição⁹⁹⁰, o guiaram à conclusão final⁹⁹¹. Uma espécie de atividade de prestação de contas de si para si mesmo⁹⁹². É como um espelho mágico que refletisse essa autojustificação, rendendo ensejo a que o juiz possa controlar a racionalidade da própria decisão. Poderá, através da motivação, assistir, em *avant-première*, ao modo como exerce o poder jurisdicional, com a projeção da decisão, antes de sua apresentação pública, que o juiz oferece a uma convidada especial: sua autocrítica.

6.6.1 Regra técnica da livre convicção motivada

A prova, em seus aspectos teóricos e filosóficos, e o acertamento judicial dos fatos constituem um dos problemas nevrálgicos do contexto limitado do processo e da justiça. O juiz, como uma das mais altivas expressões de sua independência funcional, move-se com liberdade no que toca à análise concreta dos elementos fático-probatórios da causa, tendente a buscar, ante as especificações de cada caso concreto, a *verdade possível*, necessária e suficiente no âmbito do processo, como premissa da justiça, para supedanear conclusão final justa. O juiz exhibe a faculdade de apreciar o resultado das provas segundo sua experiência de julgador. Seu alvedrio cognitivo, conquanto amplo em relação à valoração dos elementos de prova, é, no entanto, conformado por algumas limitações. O primeiro entrave diz com as fronteiras da prova utilizável pelo julgador para proferir sua decisão: exclusivamente aquela encartada nos autos judiciais, vale dizer, de fatos e circunstâncias pertinentes (e portanto relevantes) da causa que se encontrem evidenciados nos autos do processo (*Quod non est in actis non est in mundo*), seja prova produzida por empreendimento das partes, seja mediante

⁹⁹⁰ PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. p. 149: “Entretanto, a intuição não se comunica, senão *pela inteligência*, pelo racional. Mas ela é *mais* do que idéias, embora deva travestir-se de idéia para transmitir-se. Assim, se pode dizer que esta intuição desempenha papel de peso na identificação dos valores a orientar a decisão. Esta, uma vez tomada, *deve ser expressa de forma racional*. Este *quid* de razão, que há na motivação da decisão, deve caracterizar-se por torná-la, precipuamente, *convincente*.” (Grifos no original).

⁹⁹¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 223-233, out./dez. 1989, esp. p. 223: “Assim concebida, afigura-se lícito asseverar que, do ponto de vista subjetivo, a motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo do que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição.”

⁹⁹² SEGURA ORTEGA, Manuel. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 99.

requerimento do Ministério Público, quando atue como fiscal da lei, seja por iniciativa de ofício do juiz (por exemplo: determinação de perícia, exibição de documento, inspeção pessoal). O juiz forma sua convicção apreciando livremente o material probatório, mas dentro do marco do que legitimamente o processo contém, como instrumento de razão e método de cognição⁹⁹³. A liberdade de apreciação do juiz estende-se, também, à aceitação de determinado meio de prova. Assim, a determinação da plataforma de convicção do órgão julgante, fundamentadamente, ostenta tripla feição: de apreciação (v. g., das fontes de provas), de recepção (e. g., dos meios de provas) e de valoração (v. g., do resultado das provas). Além do impulso oficial concernente à marcha do procedimento, sob o influxo do publicismo, no processo judicial de hodierno desenha-se figurino mais ativo para o juiz, seja na coleta do material probatório, seja na tutela efetiva do direito material.

Amplia-se o diálogo do juiz com os sujeitos parciais do processo. Revela-se, não raro, profícuo à empreitada de descoberta da verdade o empenho para se obter elucidação imparcial dos fatos. Nem se objete que constituições garantísticas consentem um processo civil para a tutela dos direitos das partes, ou seja, um processo arquitetado do ângulo de mirada da parte que pede justiça, e não do órgão judicial que haverá de administrá-la. O processo não pode transformar-se, ao menos para as partes que querem justiça, em uma espécie de *via crucis*. Justamente por isso, delinea-se tendência mundial em prol do fortalecimento das iniciativas de ofício do juiz no processo, máxime em matéria probatória, a par do impulso oficial. No processo civil moderno, o juiz há de ser imparcial em relação à ação e à defesa, mas não também relativamente ao instrumento processual⁹⁹⁴. É de rigor a observância da igualdade concreta e material das partes no processo, mesmo com o sacrifício de qualquer outro princípio. O ‘Estado-social’ não se coaduna com a posição apática do juiz, conformado com a disputa adversarial das partes, orientadas que são por inspirações exclusivamente individualistas. Não se pode negar que o fenômeno processual, pautado no interesse individual, também está sob o foco do interesse público no adequado exercício da jurisdição (a função jurisdicional decorre da soberania estatal)⁹⁹⁵.

⁹⁹³ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Índícios e presunções como meio de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 52-67, jan./mar. 1985, esp. p. 64: “O sistema de livre convencimento quer, pois, dizer que o Juiz, partindo das provas produzidas nos autos, deve, mediante um critério de prudente apreciação, chegar a uma convicção livre, a uma persuasão racional, sendo aquelas o meio e esta o fim.”

⁹⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, v. 1. p. 359.

⁹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 102: “O princípio do contraditório, por ser informado pelo princípio da igualdade substancial, na verdade é fortalecido

Na atividade probatória *ex officio iudicis*⁹⁹⁶, podem-se buscar novas fontes de prova, distintas daquelas existentes no processo,⁹⁹⁷ desde que se o faça com imparcialidade (até porque não se sabe de antemão a qual das partes, e em que medida, aproveitará o resultado da prova) e irrestrita submissão ao debate em contraditório das partes. Incide, no ponto, um aspecto do fecundo princípio de colaboração entre juiz e partes. O que, em todo caso, não se tolera é a parcialidade judicial, ou a marginalização dos resultados probatórios constantes dos autos, a fim de que o juiz possa utilizar seu *conhecimento privado*, como quando o juiz tivesse conhecimento dos fatos através de sua ciência particular, tampouco hostilizar as garantias fundamentais do contraditório e do devido processo legal, ou adversar a segurança jurídica. O juiz que, por aviso pessoal toma conhecimento de documento que não se encontra nos autos e justamente com base nele venha a decidir a causa, transmuda-se em testemunha⁹⁹⁸ e despe-se de sua qualidade de terceiro, estraneidade imparcial, equidistante dos interesses enredados no conflito.⁹⁹⁹ Ao juiz está interdita a possibilidade de exercer suas funções em processo no qual tenha prestado depoimento como testemunha. Caso venha a prestar depoimento como testemunha, ao juiz é defeso exercer suas funções no processo¹⁰⁰⁰. Sobreleva notar que,

pela participação ativa do julgador, já que não bastam oportunidades iguais àqueles que são desiguais. Se não existe paridade de armas, de nada adianta igualdade de oportunidades, ou um mero contraditório formal. Na ideologia do Estado social, o juiz é obrigado a participar do processo, não estando autorizado a desconsiderar as desigualdades sociais que o próprio Estado visa a eliminar. Na realidade, o juiz imparcial de ontem é justamente o juiz parcial de hoje.”

⁹⁹⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 354: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.”

⁹⁹⁷ Vide, no ponto, entendimento diverso de PICÓ I JUNOY, Joan. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 59-94, jul./set. 2001, esp. p. 68: “*Es necesario que consten en el proceso las fuentes de pruebas sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (...).*”

⁹⁹⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 409: “Quando for arrolado como testemunha o juiz da causa, este: I - declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos, que possam influir na decisão; caso em que será defeso à parte, que o incluiu no rol, desistir de seu depoimento;” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 438, I: “Art. 438. Quando for arrolado como testemunha, o juiz da causa: I – declarar-se-á impedido, se tiver conhecimento de fatos que possam influir na decisão; caso em que será vedado à parte que o incluiu no rol desistir de seu depoimento;”

⁹⁹⁹ DALL’AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil**: Do processo de conhecimento, arts. 102 a 242. (Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2. p. 138.

¹⁰⁰⁰ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 124, I: “Art. 124. Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas

mesmo na hipótese na qual diretamente o juiz proceda ao exame de pessoas ou coisas, ainda assim somente é-lhe lícito lançar mão dos resultados da diligência documentados nos autos do processo.

Carrear provas aos autos do processo é atividade diversa daquela de carrear-lhes fatos. A iniciativa probatória do juiz (ou melhor: o poder de determinar *ex officio* a produção de prova) experimenta limitações: (i) por implicações do princípio dispositivo, o qual não se pode sabotar, adstringe-se aos fatos pertinentes, controversos, mas introduzidos pelos litigantes (na petição inicial ou na contestação), de modo que, em regra¹⁰⁰¹, ao órgão julgante está interdita a possibilidade de transportar fatos não suscitados, tampouco lhe é deferida a franquia de alterá-los; (ii) por influência do direito de defesa, reverência ao contraditório das partes, inclusive possibilitando-lhes participar de toda a atividade probatória, como insinuação do princípio do direito de ser ouvido. Encoraja a pensar que, mesmo através de conhecimento privado, não é lícito ao juiz fazer descansar sua convicção em fatos e provas estranhos ao processo. Sob o prisma dos elementos fáticos, o âmbito cognoscitivo sobre o qual o juiz deve formar sua convicção é tudo o quanto foi alegado e, ao depois, restou provado pelas partes ou por iniciativa de ofício do órgão judicial (*Iudex secundum allegata et probata partium, non autem secundum propriam conscientiam, iudicare debet*).

A formação da livre convicção do órgão julgante conexiona-se diretamente ao sistema de princípios da oralidade: à imediatidade (próprias observações na apreciação direta das provas, como, por exemplo, a imediação entre juiz e testemunha); à concentração (o exame das provas e a discussão principal da causa concentram-se numa audiência ou em poucas audiências contíguas) e à identidade física do juiz (como o julgamento envolve uma cadeia de raciocínios, o juiz que iniciou a instrução oral em audiência, tendo contato imediato e direto com as pessoas cujas declarações deva apreciar, quanto seja possível, deve proferir sentença)¹⁰⁰². A oralidade, submetida a uma reciclagem conceitual, em seu significado

funções no processo: I – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;”.

¹⁰⁰¹ Averbe-se, no entanto, a possibilidade de o juiz levar em consideração o chamado “fato superveniente”, nos termos do art. 462, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “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.” (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). Vide Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 504: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao órgão jurisdicional tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

¹⁰⁰² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 1.005-1.008.

contemporâneo, recusando as restrições à admissão e à valoração da prova testemunhal e somada à potencialização da utilização da prova indiciária, exhibe o condão de tornar, em muitos casos, esse meio de prova percuciente, idôneo e suficiente para alicerçar a convicção do juiz.

Nessa latitude, outra mitigação à liberdade do juiz repousa no clássico critério de avaliação da prova, do valor que se deva conferir a cada prova: positivo ou legal¹⁰⁰³. A teoria legal da prova, assim impostada, assenta-se em um esquema rígido, ditado pela lei, no qual as provas, umas desfrutando de maior glória que as outras, são adredemente escalonadas e abstratamente valoradas algebricamente pelo legislador, antes que pelo juiz, em sistema de presunções tarifadas¹⁰⁰⁴, qual automatismo, com fórmulas genéricas, a diluir as especificidades do caso concreto, acarretando perda de força cognoscitiva do juiz, que, não raro, atrelado à escravidão de uma verdade formal¹⁰⁰⁵, tendesse a embotar as questões fáticas expressivas. Nesse sistema de pesos e de medidas (hierarquização), concernente ao valor probante de cada meio de prova, ante critérios valorativos aprioristicamente estabelecidos, de superioridade de uma prova sobre outra, dissolve-se o sentido dos elementos fático-probatórios da causa. O juiz, mero apurador, é colocado, sem possibilidade de escapismo, em uma intransigente camisa de força, pois a tarifação legal consiste na atribuição de valores prefixados às variegadas modalidades de prova, cuja aplicação dá-se mecanicamente na atividade judicial, na vertente ideológica do juiz *slot-machine* no ofício da aplicação mecânica da lei, em detrimento das especificações do caso particular, de escolhas discricionárias, valorativas, equitativas, devidamente justificadas. A técnica de julgamento experimenta formidável retrocesso. O moto contínuo, revelado na estereotipação dos pesos e das medidas das provas, desconta do órgão judicante a possibilidade de sua valoração concreta, e, por isso

¹⁰⁰³ MORLINI, Gianluigi. La valutazione delle prove nel processo civile. In: **Federazione Nazionale Magistrati Onorali di Tribunale**. Roma, 2012. Disponível em: <http://www.federmot.it/public/news/files/Incontro%20d%20studio%202012%20La%20valutazione%20delle%20prove%20nel%20processo%20civile_dr.%20Morlini.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013. p. 1-50, esp. p. 10: “*La prova libera consente al giudice una valutazione del materiale istruttorio a critica del tutto autonoma ed indipendente, essendo autorizzato ad operare una valutazione secondo il suo prudente apprezzamento; mentre l’eccezione, integrata dalla prova legale, confina il giudice in un ambito di critica vincolata del materiale probatorio, essendo già stato operato a priori dal legislatore l’apprezzamento dell’efficacia probatoria del mezzo di prova*”.

¹⁰⁰⁴ Exemplos de prova legal (tarifada) colhem-se do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 364: “O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença.”; e art. 401: “A prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados.” Assim também, com idêntica dicção, no projeto de Código de Processo Civil brasileiro, arts. 391 e 429.

¹⁰⁰⁵ ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 5. p. 252.

mesmo, conducente, não raro, a um abismo entre a convicção do juiz e sua conclusão final, máxime quando se atenta à riqueza multifária da vida e, por isso, à inexorável mora do legislador em relação aos fatos sociais. Sete exemplos de provas escalonadas e estimadas pela lei são oportunos: (i) prova documental com valor mais elevado do que a testemunhal; no conflito entre ambas, aquela prevalece sobre esta; (ii) considerando-se a forma como da substância do ato, alguns fatos somente podem ser demonstrados através de documentos públicos; (iii) inadmissibilidade de prova testemunhal para demonstrar negócio jurídico acima de determinado valor, (iv) em geral, um documento vale mais que uma testemunha, (v) uma testemunha só não basta para formar convicção, ou uma testemunha, nenhuma testemunha (*Testis unus, testis nullus*), (vi) a confissão dissipa dúvidas, (vii) os indícios são precários. Tais regras, como é intuitivo, acabam por eclipsar as fontes de prova de que se pode utilizar o juiz no tocante a determinados fatos ou a certas situações. À evidência, nada impede que, *sponte propria* e de forma ancilar, o juiz tenha em conta tais regras de prudência, mas longe de tornar-se a indiferença dum maquinal verificador.

Tanto a teoria legal da prova, como aguilhão medieval no processo, êmula da liberdade conferida ao juiz¹⁰⁰⁶, quanto a apreciação livre da prova (livre convicção), desprovida de alcances definidos¹⁰⁰⁷, pela facilidade de flertar com a anarquia, a indeterminação e o autoritarismo processuais¹⁰⁰⁸, revelam-se, em suas extremidades, incompatíveis com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. Nessa perspectiva, embora, de ordinário, não haja sistema quimicamente puro, os ordenamentos jurídicos modernos abonam, com maior ou menor intensidade, sistema no qual, se situando a meio caminho entre a prova legal e o julgamento *secundum conscientiam* (íntima convicção) - adotado, por exemplo, apesar de alguma atenuação, pelos jurados, no Tribunal do Júri -, o órgão judicante reste fulcrado na certeza moral, seja livre na apreciação da prova dos componentes fáticos reproduzidos nos autos, mas, em contrapartida de equilíbrio, com balizas nítidas, cumpra-lhe justificar a cognição fática (e de direito)¹⁰⁰⁹.

¹⁰⁰⁶ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1. p. 462.

¹⁰⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, t. II. p. 232: “O inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube.”

¹⁰⁰⁸ MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 2. p. 57.

¹⁰⁰⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 613: “Nessas condições, vemos que o juiz, apesar da ampla

A livre convicção favorece a efetiva descoberta da verdade histórica dos fatos, mas, em contrapartida, expande a discricionariedade judicial e o poder das escolhas axiológicas e ideológicas do juiz. Não por acaso, nesse modelo, dado que as escolhas hão de ser articuladas em reverência a formas de inferência lógica, suscetíveis de aferir a validade de tais opções, a motivação desempenha, *a fortiori*, relevante papel de racionalização da valoração dos elementos de convicção, a par de consentir a controlabilidade (interna e externa) de juridicidade da decisão final e permitir a aferição da vinculação do juiz à prova dos autos do processo¹⁰¹⁰. Não por acaso, sendo condicionada a convicção do juiz, cumpre-lhe, bem por isso, motivá-la¹⁰¹¹, conforme aspectos valorativos, axiológicos, da lei, e não necessariamente em seu teor literal¹⁰¹², fornecendo, às escâncaras, pelas regras jurídicas, lógica probatória, razão prática, regras de experiência, presunções, os motivos que, sob o influxo da apreciação judicial livre ou da persuasão racional, mas atrelados aos fatos da causa representados (não propriamente constantes) nos autos, com o seu indefectível sopesamento, contribuirão à formação intelectual de sua convicção,¹⁰¹³ cuja atividade de intelecção abrange a cognição da

liberdade de que goza ao julgar, não poderá eximir-se de explicar o porquê das soluções dadas. A liberdade do juiz ao decidir, conforme o direito, encontra na necessidade de fundamentação (“justificação”) o seu preço.”

¹⁰¹⁰ SOUZA, Daniel Adensohn de. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 167, p. 132-168, 2009, esp. p. 165.

¹⁰¹¹ DELGADO, Emiliano Sandoval. La libre valoración de la prueba en los juicios orales: su significado actual. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 13, otoño 2011. p. 17: “*Es un error el considerar que al gozar el juzgador de libertad para apreciar las pruebas no tiene porque justifica, mediante la motivación, la decisión adoptada dando cuenta que el razonamiento empleado para formar su convicción. El principio de la libre valoración de la prueba sólo implica la inexistencia de reglas legales de prueba, pero no significa que el juzgador en el momento de apreciar las pruebas no esté sometido a la regla alguna. Por el contrario, el juzgador deberá ajustarse en todo momento a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia y a los conocimientos científicos, de ahí que necesariamente tenga la obligación de exteriorizar el razonamiento probatorio empleado, plasmándolo en el texto de la sentencia como única forma de controlar su racionalidad y coherencia. La motivación fáctica de la sentencia permite constatar que la libertad de ponderación de la prueba ha sido utilizada de forma correcta, adecuada y que no ha degenerado en arbitrariedad.*”

¹⁰¹² COSTA, Lopes da. **Manual elementar de Direito Processual Civil**. 3. ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 185.

¹⁰¹³ Código de Processo Civil brasileiro de 1939, 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 (...). Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento.” Código de Processo Civil brasileiro de 1973, 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.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 355: “O juiz apreciará livremente a prova, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na sentença as que lhe formaram o convencimento.” Cumprir notar-se o novel Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 607.º, 3, 4 e 5: “3- Seguem-se os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as

fonte de prova, do meio e de seu resultado. De acúmen multifacetado, a motivação funciona como contrapeso à livre apreciação das provas pelo julgador. Elas não têm valor absoluto, mas relativo¹⁰¹⁴, o que, em tema de valoração dos resultados das provas, atribui ao juiz o dever de indicar a razão justificativa dos resultados a que, à luz dos autos, seu exame o fez chegar (fórmula italiana do *prudente apprezzamento*¹⁰¹⁵, espanhola da *sana crítica*¹⁰¹⁶, alemã da *beweiswürdigung*¹⁰¹⁷), de sua preferência por um elemento de prova em detrimento de outro, de seu ceticismo acerca deste ou daquele outro meio de prova. Tais fórmulas referem-se a critérios de racionalidade na valoração discricionária dos resultados probatórios.

É tecnologia basal de valoração, avaliação, das provas pelo juiz, mas que, inobstante livre, não se subtrai de critérios de juízo e de inferência racionais e controláveis¹⁰¹⁸, para estribar, com necessária inteireza lógica, sua conclusão final. Tal providência, em cada caso concreto, confere legitimidade ao convencimento judicial, animado pelo contraditório processual, na prospecção da descoberta da verdade possível (não-absoluta). Ou seja, a máxima aproximação à realidade de certos fatos ocorridos no passado¹⁰¹⁹, reconstruídos, em

normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final. 4- Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência. 5- O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.” O princípio da livre apreciação da prova está incrustado em vários outros ordenamentos jurídico-processuais, como, por exemplo: italiano (CPC, art. 116, § 1.), alemão (ZPO, §§ 286 e 287), argentino (CPN, art. 386, primeira parte).

¹⁰¹⁴ TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1. p. 403.

¹⁰¹⁵ Codice di Procedura Civile italiano, art. 116.

¹⁰¹⁶ Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), arts. 316, 2; 326, 2; 348.

¹⁰¹⁷ ZPO § 286 (1) e (2).

¹⁰¹⁸ GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 33, n. 1, p. 93-107, 2006, esp. p. 100: “*Otro aspecto relevante es que lo que informa o inspira la sana crítica es la racionalidad. La apreciación o persuasión en este sistema debe ser racional, lo que la diferencia totalmente del convencimiento que resulta del sentimentalismo, de la emotividad, de la impresión. Los razonamientos que haga el juez deben encadenarse de tal manera que conduzcan sin violencia, “sin salto brusco”, a la conclusión establecida y sus juicios deben ser susceptibles de confrontación con las normas de la razón.*”

¹⁰¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. Terza edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951. p. 375: “*Le prove sono dunque gli oggetti, mediante i quali il giudice ottiene le esperienze, che gli servono per giudicare. Non sarà un azzardo, perciò, paragonare a delle chiavi, più o meno buone, ad aprire le porte dell’ignoto, onde ogni uomo è circondato; con esse egli cerca di sapere*

investigação histórica, em juízo, tendente ao accertamento probatório da *quaestio facti* (provas históricas, verdade histórica), a evidenciar substancialmente a identidade entre a atividade jurisdicional e a atividade historiográfica,¹⁰²⁰ relevante para o julgamento da causa e concretamente alcançada nos lindes estreitos dos autos (v. g., reconstrução histórica, espaço-temporal). O accertamento da verdade dos fatos deve obedecer à função demonstrativa da prova (e não meramente retórica), inspirado em argumentos racionais, sedimentado em razões justificativas lógicas pelas quais os fatos são prospectados dos meios de prova. A inexorável concatenação de premissas e de consequências há de ser objetivamente averiguável, para tornar possível sua controlabilidade, e os critérios devem primar pela admissibilidade, aceitabilidade, na sociedade em geral (e não apenas para o juiz), em prestígio à garantia de tutela jurisdicional efetiva e à eficácia concreta dos direitos fundamentais¹⁰²¹.

Não basta, sob a ótica realista, apenas alcançar-se o conhecimento precário de uma verdade puramente formal ou jurídica, vinculada às normas positivas processuais, mas que despreza a valoração crítica de adequação das mesmas sobre os fatos relevantes acomodados à base do conflito, senão que impende perscrutar e determinar a verdade material. Não se pode ignorar a perspectiva dos problemas epistemológicos entre verdade formal e material, desprezando-se a fundamentação dos enunciados sobre a prova dos fatos. A maior dificuldade da decisão judicial não repousa propriamente na escolha da regra jurídica ou em sua interpretação, embora sejam atividades fundamentais para determinar a justeza do *decisum*, senão que no antecedente accertamento dos fatos, cuja força gravitacional atrairá sua aplicação. A adequada justificação da decisão judicial, além da correta eleição dos enunciados normativos na argumentação judicial (contexto de direito), não prescinde da apropriada fixação, com justificação racional, das premissas fáticas do raciocínio judicial (processo

cosa è stato e cosa sarà. Cerca di sapere, badiamo bene: anche qui, a proposito della funzione delle prove, si ripete quello che abbiamo veduto a proposito della funzione del diritto: altro è lo scopo, altro il risultato; solo nelle opere di Dio il secondo al primo perfettamente si adegua; per le opere degli uomini tutto quello che si può sperare è un'approssimazione dello scopo. Qualche volta la porta si spalanca; qualche volta si apre soltanto un poco; non di rado rimane chiusa. Qui può servire anche la famosa immagine dello speco: il giudice è incatenato in una caverna, con le spalle volte all'apertura donde entra la luce e non vede se non le ombre, sulla parete di fronte, degli oggetti che passano dietro a lui: le prove sono quelle ombre, con le quali qualche volta riesce, qualche volta non riesce a conoscere la verità. Né v'ha altro modo per conoscerla fuor da quello di servirsi di codeste ombre; da ciò la cura che dobbiamo porre per renderci conto di quello che sono."

¹⁰²⁰ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 393-414, esp. pp. 393-395, 401-403.

¹⁰²¹ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 374, p. 183-199, jul./ago. 2004, esp. p. 189.

mental pelo qual, conectado a conceitos e proposições, se obtém conclusões parciais e finais). É dizer: o sistema da livre convicção exige racionalidade do juízo, manifestada na valoração das versões favorável e desfavorável. A verdade de um fato (síntese probatória) não decorre apenas das provas placitadoras da existência do mesmo, senão também, e principalmente, do confronto entre provas favoráveis e provas contrárias (tese e antítese probatórias)¹⁰²². As provas contrárias a uma determinada hipótese hão de ser apreçadas pelo juiz e apresentadas razões justificativas do rechaço, a fim de que se possa ter o correto acertamento da questão fática, aparelhando-o de justificação adequada.

Semelhante constatação é suficiente para densificar a atenção sobre os problemas da prova, que abrange, com forte influência, toda a esfera do processo. O juiz, empolgado pela atividade gnoseológica das partes, na pesquisa e colheita do material probatório, há de olhar a floresta e não apenas uma árvore isoladamente; não deve ater sua cognição a somente uma prova, senão que, em seu conjunto, estimar o valor de todos os elementos de prova dos autos. Assim, o juiz, de acordo com a persuasão, precisa indicar, com acuidade, todas as especificações dos meios de provas valorados, positiva ou negativamente, no sentido de conferir validade aos elementos fáticos existentes nos autos. Fato provado. Quando o juiz emite o enunciado de que “está provado o fato y”, é porque há elementos de juízo suficientes a favor de y, nas modalidades de atitudes proposicionais: crença, conhecimento, aceitação¹⁰²³. A noção de suficiência pode variar, de acordo com critérios de exigência distintos de cada ordenamento jurídico, no que toca à suficiência dos dados probatórios.

Motivar é indicar os motivos, os quais são de natureza psicológica, concreta, na ação humana em geral e na função jurisdicional em particular. A motivação insere-se em dois planos. O primeiro, de regra¹⁰²⁴, pertinentemente à formação da convicção do juiz, percorre os

¹⁰²² Excelentemente, ao propósito, TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 399: “*Un'ulteriore condizione, infine, è che non vi sia contraddittorietà nei risultati della valutazione congiunta delle prove. Le prove possono ovviamente essere diverse e tra loro contrarie: ciò è normale ed anzi rappresenta il vero problema della loro valutazione. È d'altronde ovvio che la valutazione delle prove ai fini del giudizio sul fatto implichi l'assunzione dell'ipotesi sul fatto che ha elementi di conferma probatoria prevalenti su quelli relativi ad altre ipotesi diverse o contrarie. (...) Razionale è dunque la valutazione di più elementi di prova che risolva i loro contrasti indicando univocamente l'ipotesi più attendibile: irrazionale è invece la valutazione che non risolve i contrasti e quindi non indica una soluzione univoca. Pure irrazionale è la valutazione che vada contro gli elementi di prova, ossia a favore dell'ipotesi di un grado di conferma inferiore a quello che essi attribuiscono ad un'altra ipotesi diversa o contraria.*”

¹⁰²³ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 80-96.

¹⁰²⁴ Diz-se de regra, porque, não raro, inclusive institucionalmente, ocorre o divórcio entre o raciocínio decisório (contexto de descoberta) e motivação (contexto de justificação), como quando um juiz singular redige ulteriormente a motivação de uma sentença pronunciada por um órgão colegiado. Ocorre um hiato temporal entre a deliberação do pronunciamento jurisdicional e a elaboração da motivação. Sobre o ponto, vide

meandros de um *iter* psicológico, à luz dos autos, a cuja influência órgão julgante algum consegue resistir, no qual abrolham as causas determinantes da decisão. O segundo concerne ao discurso justificativo, consubstanciado naquilo que o juiz grafa, escreve, expressa, exterioriza. Em teoria, é concebível que se faça um acoplamento perfeito ou máxima aproximação entre as duas superfícies. É dizer: o discurso justificativo haveria de refletir fielmente o *iter* mental, ou, quando menos, estaria o mais rente possível àquelas causas determinantes. Pode ocorrer que as razões justificativas sejam dissonantes dos “motivos reais”, os quais são escamoteados, camuflados, e jazem escondidos no esqueleto do pensamento do julgador. Na motivação, como manancial de indícios, buscam-se prospectar elementos tendentes à descoberta das escolhas valorativas, conformadas por amplo espectro de discricionariedade, que o juiz adotou ao prolatar a sentença, conquanto não enunciadas nas razões justificativas, ou dos fatores psicológicos, sociais, culturais, religiosos, morais, éticos, políticos, componentes da personalidade do julgador, que influenciaram aquelas escolhas e, desse modo, a própria decisão (*i. e.*, a extração dos elementos da motivação, as diversas “razões reais”, baseadas em motivos irracionais da decisão, em valores políticos e sociológicos na jurisprudência, o uso da linguagem, pelo juiz, para mascarar o discurso real). A fórmula da livre convicção do juiz experimenta três severas limitações: obrigatoriedade de motivação, racionalidade (não emocional) da justificação e vinculação estrita aos elementos concretos abrigados nos autos, de arte a consoná-la com a garantia fundamental do devido processo legal¹⁰²⁵. O rico tesouro que descende da livre convicção motivada é a fulgente democratização do processo, despojando-o de seus mistérios, e, como tal, tornando-o compreensível às partes, acessível ao olhar perscrutador da sociedade e inteligível ao cidadão comum, sendo, ademais, expressivo fator de fortalecimento da consciência jurídica do povo.

A motivação de fato há de ser minudentemente declarada, não se admite subterfúgio, abrangendo, além da fundamentação das decisões deferitórias das diligências que o juiz repute necessárias à instrução da causa, ou indeferitórias ante a inutilidade ou procrastinação, todos os elementos de prova dos fatos jurídicos (e simples) proeminentes para o julgamento da lide. Aqueles porventura considerados não relevantes, ou de escassa relevância, também exigem,

TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 151: “*Dunque infondata l’idea diffusa, e riaffermata in varie massime della Corte di cassazione, che la motivazione sia una sorta di resoconto dell’iter logico-psicologico seguito dal giudice per giungere alla decisione.*”

¹⁰²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 106.

reafirme-se uma vez ainda, justificação expressa atinente ao reino dos porquês da repulsa¹⁰²⁶. E, num caso ou noutro, não é dado ao juiz silenciar no que concerne à formação de sua convicção. Diferentemente da persuasão, que se utiliza de argumentos emocionais, visando tocar sentimentos e provocar sensações, a convicção está ligado à razão, de sorte que o discurso justificativo judicial, ou os argumentos que o compõe, como instrumento de comunicação, tem por finalidade expressar um feixe de significados, há de ter a marca da racionalidade. Convencer é vencer junto com o outro, de maneira racional. Desse modo, ao juiz se impõe o dever de explicitar os argumentos lógicos que influenciaram sua convicção. O diálogo do juiz com os elementos de prova hospedados nos autos há de ser crível, aceitável e presidido pela razoabilidade: conforme a razão.

A motivação obrigatória do juízo de fato, mediante complexo modelo de argumentação justificativa do juiz, cria os anticorpos de racionalização que coíbem a arbitrariedade judicial: livre, mas não-arbitrário. A liberdade de apreciação crítica, com certa dose de discricionariedade, não dispensa justificação adequada, antes reforça mesmo sua necessidade,¹⁰²⁷ pois o livre convencimento não se confunde com a formação arbitrária de convicção¹⁰²⁸. Ao juiz é dado refutar criticamente, por exemplo, até mesmo uma prova técnica (por exemplo: rejeitar as conclusões de determinado laudo pericial), mas desde que, no lago da motivação, indique as razões que racionalmente justifiquem sua conclusão. Daí se segue, como a noite ao dia, que o processo de valoração dos fatores de convicção inicia-se e termina-se integralmente no campo da racionalidade.

Coloca-se, nesse passo, o problema da intuição, consistente, em suma, na capacidade para se alcançar um conhecimento direto, uma percepção imediata, prescindindo-se da observação, da deliberação consciente ou da razão. É o que recorrentemente sucede na latitude entre o procedimento que conduz à decisão e o raciocínio justificativo exteriorizado na motivação. A temática se coloca, por exemplo, nos chamados casos difíceis, no qual não se podem capturar todas as minúcias e os pormenores da hipótese *sub judice*, ou quando se verifica escassez de dados concretos, como no caso de insuficiência de provas. Nessa

¹⁰²⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 121.

¹⁰²⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 443-444: “*Nella configurazione del giudizio di fatto alla luce del principio del libero convincimento del giudice, la motivazione assume un ruolo fondamentale di razionalizzazione delle prove, in quanto la discrezionalità di tale valutazione non esclude, ed anzi implica che questa sia adeguadamente giustificata.*”

¹⁰²⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2. p. 78.

moldura, o ser humano (e o juiz é humano!) tende a inclinar-se naturalmente para o norte de sua intuição, a buscar refúgio na trincheira da percepção. Como método para atalhar e ancorar sua impostergável decisão, o juiz intenta socorro em seus tirocínios pretéritos, matizados por situações análogas, configuradoras de imagens já experimentadas, plasmadas de vivências conscientes (*id est*, máximas de experiência, lógica, racionalidade) e inconscientes (*i. e.*, operações sub-reptícias, as quais desfiguram a colheita da prova e sua valoração, corrompendo, assim, a justeza da decisão). O juiz, ao invés de aplicar glacialmente as regras sobre carga da prova (por exemplo: o ônus da prova incumbe ao autor, no que toca ao fato constitutivo de sua pretensão, ou ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da mesma), não resiste ao impulso de seguir sua intuição, garimpando os indícios no conjunto de elementos probatórios encontrados nos autos. A própria deliberação de acorrer-se da intuição é, não raro, adquirida inconscientemente. Semelhante atalho de presunções, quiçá em cascata, arrosta riscos, resulta perigoso e pode conduzir a graves erros. Não por acaso, influentes vozes doutrinárias preconizam que a intuição deva ser desterrada cabalmente do terreno da valoração da prova¹⁰²⁹. Vale dizer: o apreçamento do juiz deve prestigiar exclusivamente a racionalidade.

As dificuldades, aqui, não se escondem. Na paisagem da aguda complexidade humana, não parece duvidoso que, em muitos ensejos, a causa determinante (o motivo real) do *decisum* não apareça expressamente na motivação gráfica, senão que permaneça oculta no encorajamento do juiz. Como controlar, com precisão algébrica, no plano do caminho psicológico¹⁰³⁰, o sentimento do juiz¹⁰³¹, reflexo de seu espírito humano e refletido em sua intuição? No processo decisório do juiz, há um itinerário psicológico na formação das decisões, tão irreprimível quanto as erupções do Etna. O percurso psicológico irrompe do

¹⁰²⁹ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 206.

¹⁰³⁰ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 222-223: “O processo psicológico que levou o juiz a tomar posição talvez possa ser explicado por intuítos de ordem social, moral ou política e, até mesmo, pela simpatia que, por razões confessáveis ou não, o juiz sente por uma das partes. Mas a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuítos, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la.” Poder-se-ia acrescentar que, além do aspecto endoprocessual, o papel justificador da motivação, extraprocessualmente, é o de permitir a possibilidade democrática e difusa de controle racional, pela sociedade em geral e pelos cidadãos em particular, sobre a legitimidade dos critérios de escolha que o juiz empregou em sua decisão.”

¹⁰³¹ Não seria despropositado dizer, inclusive etimologicamente (do latim *sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*, sentir é o que o juiz sente), que a sentença deriva de um apriorístico sentimento, nela o juiz declara o que sente e, assim, a motivação se constitui em um método de controle, à luz da razão, da benignidade de um *decisum* fruto de sentimento. Reafirme-se que o tema calamandreiano sobre o sentimento na sentença e a imparcialidade do juiz: o mito da neutralidade será objeto de ulterior estudo em outra sede.

inconsciente, até se alojar no *decisum*, sendo as atividades de reconstrução dos fatos, de ordenha dos elementos de prova e de valoração de seus resultados os espaços mais permeáveis às infiltrações daquele *iter*.¹⁰³² Não obstante o canto das sereias da exclusão por completo da intuição, é certo que em matéria de valoração da prova e sem ingressar no (ainda) polêmico e inquietante terreno da chamada inteligência emocional¹⁰³³, pode-se pensar não em calcinar a intuição, mas, nos mais diversificados domínios, em transportá-la do campo do inconsciente para o do consciente. A empreitada é (re)conciliar intuição e racionalidade¹⁰³⁴: os estados mentais do juiz implicados no juízo sobre os elementos de fato. Ante a insuficiência do resultado probatório, ao invés de aplicar a regra da carga da prova, o juiz impulsiona-se com a tecnologia do inconsciente, com o combustível da intuição, a validar o que sua experiência alvitra que possa ter ocorrido, para erigir uma ponte entre intuição e razão¹⁰³⁵, e, o que é mais, no momento de escrever a motivação, com cândida sinceridade, a intuição (sensibilidade moral) há de ganhar uma roupagem, consubstanciando-se em enunciados argumentativos, fático-jurídicos, os quais, já agora iluminados pela racionalidade, hão de (re)confirmar os critérios de escolha ou de valoração, (re)validar hipóteses¹⁰³⁶.

¹⁰³² CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 87-137, esp. p. 125: “A colheita da prova e a análise do material fático é, por excelência, o local onde mais se instala esse itinerário psicológico inconsciente. A afirmação do princípio da livre valoração da prova, embora não afaste a legitimidade da análise jurídica, implica em conexões que extrapolam os critérios de regulação jurídica. O princípio jurídico da livre valoração implica uma visão holística da prova, e, conseqüentemente, integram-se outros aspectos extrajurídicos necessários à determinação do fato.”

¹⁰³³ GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1995 p. 18: “Quando investigam por que a evolução da espécie humana deu à emoção um papel tão essencial em nosso psiquismo, os sociobiológicos verificam que, em momentos decisivos, ocorreu uma ascendência do coração sobre a razão. (...) Uma visão da natureza humana que ignore o poder das emoções é lamentavelmente míope. A própria denominação *Homo sapiens*, a espécie pensante, é anacrônica à luz do que hoje a ciência diz acerca do lugar que as emoções ocupam em nossas vidas. Como sabemos por experiência própria, quando se trata de moldar nossas decisões e ações, a emoção pesa tanto - e às vezes muito mais - quanto a razão.”

¹⁰³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 215: “*In una parola il giudizio è un momento del pensiero prettamente intuitivo e pertanto irrazionale. Giudicare non è ancora ragionare; il giudizio vien prima, il ragionamento vien dopo; (...)*”

¹⁰³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 687-688: “A afirmação da *sentença como silogismo* foi muito combatida e perdeu prestígio, porque na realidade o juiz antes *intui* a decisão a tomar, formulando mentalmente sua hipótese de julgamento, para só depois *racionalizar* as intuições, em busca de confirmação na prova e nos conceitos jurídicos.” (Grifos no original)

¹⁰³⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 119: “In particolare, siffatta eterogeneità può essere messa in evidenza riguardo a diversi aspetti: *anzitutto, il ragionamento del giudice, che procede anche per intuizioni, assunzioni di ipotesi di lavoro, scelte valutative immediate, può essere assai meno articolato di quanto non debba essere la motivazione, nella quale l'intuizione deve svolgersi*

Autopsicografia:¹⁰³⁷ o teor dos argumentos justificativos da conclusão final, já sugerido de antemão pelo sentimento, e que se deparava na intuição do juiz (senso de justiça), é, por sua voz íntima, ditado, com clareza, lógica e precisão, para a razão e, daí, vertido para o documento da motivação¹⁰³⁸, posta à base da sentença. Não seria imódico, nesse panorama de forte conexão entre inconsciência e consciência, falar em *intuição racional* e *razão intuitiva*: uma a implicar reciprocamente a outra e ambas compartilhando, enfaticamente, o mesmo sentimento e ideal de justiça¹⁰³⁹.

Ação e defesa se fundam, de regra, em alegações de fato. Agora bem, todos os meios de prova lícitos são idôneos para provar a respectiva verdade, cuja busca permeia axiologicamente o processo, salpicando-lhe legitimidade, no escopo de realização de justiça material. Os meios de provas podem ou não estar etiquetados pelo legislador. Na hipótese afirmativa, quando os meios de prova estão previstos em lei, trata-se de prova típica (v. g., os depoimentos pessoais das partes, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a documental, a prova testemunhal, a pericial, a inspeção judicial, a confissão). Opostamente, na hipótese negativa, cuida-se de prova atípica¹⁰⁴⁰. Ambas podem ser utilizadas no processo. Porque assim é, as chamadas provas atípicas, submetidas à blindagem do contraditório, sem que impliquem malferimento ao princípio da legalidade da prova, estão, também, dentro do

nelle forme dell'argomentazione, le ipotesi vanno confermate o verificate, e le scelte di valore vanno razionalmente convalidate.”

¹⁰³⁷ PESSOA, Fernando. **Obra poética**. Rio de Janeiro: Cia José de Aguiar, 1972. p. 164: “E assim nas calhas de roda. Gira, a entreter a razão. Esse comboio de corda. Que se chama coração.”

¹⁰³⁸ Sobre os elementos intuitivos que apenas encontram possibilidade de desenvolvimento analítico e racional no solo fértil da motivação, como justificação seletiva, para além de mera descrição do *iter* psicológico ou lógico do juiz, vide GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Ajuris**, Porto Alegre, 17(50), p. 5-20, 1990, esp. p. 9.

¹⁰³⁹ Vide, o poeta do direito, CALAMANDREI, Piero. La crisi della motivazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 664-677, esp. p. 668: “*La motivazione, nella massima parte dei casi, rispecchia, più che uno studio antecedente compiuto dal giudice per avviarsi a ben giudicare, un esame di coscienza successivo, compiuto dal giudice per persuadersi di avere ben giudicato. La motivazione è una riprova logica, per controllare, al lume della ragione, la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: 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.*”

¹⁰⁴⁰ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 332: “Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art.353: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.”

espectro da livre convicção motivada do juiz,¹⁰⁴¹ sem prejuízo da racionalidade e da controlabilidade desse juízo.

Há, contudo, mais. Como a convicção do juiz deve se nutrir da seiva das provas colhidas e constantes dos autos, por isso mesmo a adequada e cônica motivação do critério adotado no juízo fático desempenha função de alta relevância na racionalização da valoração dos elementos “x”, “y”, “z”, que servem de supedâneo à formação da convicção do juiz, porquanto o acerto esperável dos fatos relevantes da causa constitui um dos critérios cumulativos de aferição da justiça da decisão, ou - o que é o mesmo - representa um dos fundamentos teórico-práticos de uma decisão justa. É como se o juiz tivesse que dirigir o automóvel do processo, mas durante todo o itinerário devesse manter os olhos direcionados apenas para seu retrovisor: são as imagens, na paisagem do passado, que ficaram para trás, as quais têm relevância e, assim, devem ser adequadamente restauradas. O tempo verbal da atividade jurisdicional, por assim dizer, é o futuro do pretérito.

6.6.2 Passaporte entre decisão e impugnação, controle de justiça e de juridicidade pelo órgão ad quem

No exato escopo de racionalização e de efetividade da atividade jurisdicional, com o emprego da inteligência para otimizar o seu desempenho doméstico, a obrigatoriedade de motivação da sentença mostra primeiramente feição técnica-processual. No chamado modelo dedutivo de raciocínio judicial, a justificação está na demonstração de que a conclusão final é retirada logicamente de uma premissa maior (norma jurídica ou conjunto de normas), e de uma premissa menor (fato ou conjunto de fatos aceitavelmente certificados nos autos). Contrariamente, no modelo indutivo, a própria norma a ser aplicada é *encontrada* pelo juiz a começar pela perscrutação das particularidades que caracterizam o caso concreto, obtendo-se, nessa perspectiva, decisão mais justa. No modelo retórico, releva menos o procedimento lógico utilizado para chegar-se à decisão, e mais a justificação das próprias escolhas do juiz,

¹⁰⁴¹ Sobre o problema da atividade de valoração das provas atípicas e do modo como são produzidas no processo, vide CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 43: “Assim, se a noção de provas atípicas está inserida no contexto do princípio do livre convencimento do juiz, que importa a ausência de regras legais atribuidoras de eficácia *ex ante* às provas, não pode haver nenhuma predeterminação normativa da eficácia das provas atípicas. Nesse sentido, a designação “provas atípicas” serve como fonte de formação do convencimento do juiz.”

mediante argumentos racionais, sólidos, válidos, controláveis. No modelo retórico, a justificação se implementa no nível interno (demonstração da coerência entre as premissas e a conclusão derradeira) e no externo (indicação das razões de aceitabilidade das premissas que sustentam o *decisum*)¹⁰⁴².

A justificação do discurso judicial (tal qual o feto intrauterino, após o parto, já considerado um recém-nascido) se desprende do juiz, com a exteriorização das razões postas à base da conclusão final, considerando-se a relação tipo de destinatário/modelo de racionalidade, principalmente no modelo retórico, consentindo que, embora com menor peso de importância, se possa verificar o *iter* do raciocínio (no qual descansam as causas determinantes) percorrido pelo juiz até chegar à sua decisão. Nem sempre (*rectius*, raramente) haverá acoplamento perfeito entre o itinerário lógico que o juiz percorreu e, ao cabo, as premissas escritas no documento da motivação. Ou melhor: a motivação, já agora concebida como discurso justificativo¹⁰⁴³, formado por elementos desenvolvidos analiticamente de forma racional, insinua descortinar uma realidade mais elástica do que aquele itinerário mental, mas, sob outra perspectiva, é sempre um *minus* em relação ao procedimento psicológico, pois, como bem se compreende, muitas conjecturas recusadas, escolhas enjeitadas, critérios repelidos, argumentos rechaçados, subjetividade do juízo, sentimentos, predileções, ideologias, até os “motivos reais”, no plano mental, não se reproduzirão completamente no texto do discurso justificativo¹⁰⁴⁴. Tampouco o juiz possui condições de

¹⁰⁴² O tema é objeto do Capítulo Oitavo *infra*.

¹⁰⁴³ Há íntimo contato entre motivação e decisão. De sorte que, no procedimento lógico-jurídico, a motivação representa um discurso justificativo formulado *ex ante* ao dispositivo. A motivação, necessariamente, no raciocínio judicial, há de preceder a conclusão final, pois que, dotada de argumentação racional, é componente estruturante do próprio julgamento, e este está adstrito às balizas de racionalidade. Seria fraudar a garantia da motivação obrigatória se ao juiz, impregnado pelo realismo, fosse dado colocar a “carroça à frente dos bois”: primeiro, com base no cenário fático da demanda, decidisse e, ao depois, fosse garimpar no ordenamento jurídico as normas que pudessem suportá-la. Fixar o produto, sem, antes, conhecer os fatores. As premissas, como seu nome sugere, vêm antecedentemente, não podem ser talhadas *a posteriori*. A motivação, enquanto discurso justificativo, não se limita, simplesmente, a indicar motivos causais que ilustrem a conclusão de seu pronunciamento, mas tem em conta, concretamente, as razões de fato e de direito que, debatidas em contraditório pelas partes, justifiquem a solução alcançada. Este é apenas um *couvert*; o tema, como prato principal, é objeto do Capítulo Oitavo *infra*.

¹⁰⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Proceso, ideologias, sociedade**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1974. p. 3-31, esp. p. 4: “*Pero aún prescindiendo de etimologías más o menos significativas, queda el hecho innegable de que en muchas ocasiones la que es la motivación verdaderamente real y efectiva de una sentencia no está expresada en absoluto en la llamada “parte motiva” del pronunciamiento del juez, sino que se encuentra más bien en los pliegues ocultos -más o meno ocultos- del ánimo del que juzga. El sentimiento del juez: la simpatía, la antipatía por una parte o por un testigo; el interés, el desinterés por una cuestión o argumentación jurídica; la apertura hacia un tipo evolutivo, histórico, sociológico de interpretación de las leyes, antes que hacia una interpretación rigidamente formal; el interés o el fastidio frente a una compleja vicisitud del hecho; y así sucessivamente discurrendo. Sentimientos: afectos, tendencias, ódios, rencores, convicciones, fanatismos; todas las variaciones de esa realidad misteriosa,*

reconstituir os labirintos trilhados por sua mente, quando materializa o juízo na escrita da motivação, como documento do discurso judicial¹⁰⁴⁵. Seja como for, a motivação, como representação e documentação do roteiro lógico-intelectivo adotado pelo órgão judicante para desaguar no *decisum* (embora a atividade de mera documentação da motivação não satisfaça a diferenciação entre os motivos “reais” e a justificação exprimida), com a função especial justificativa do juízo, abre uma fresta para a sequência da estrutura mental do juiz, seu encadeamento intelectual, franqueando-se, ao depois, pela latitude dos motivos assentados na motivação, a localização dos *errores in procedendo e in iudicando referenciada* em relação ao Equador e ao meridiano de Greenwich do raciocínio judicial¹⁰⁴⁶. Não padece dúvida, no entanto, que a impugnação da sentença pode estar, também, ancorada em vícios que estejam presentes não no corpo da fundamentação, mas dispostos ao longo do curso do processo, como, por exemplo, vícios de cunho processual (*errores in procedendo*), em relação aos quais não se tenha operado preclusão. Busca-se operar uma aliança, por vezes paradoxal, entre o filme projetado no encéfalo do juiz e seu *replay* consubstanciado em um procedimento lógico-jurídico adequadamente delineado nas razões justificativas escritas da motivação da sentença.

O dever de motivação da decisão judicial, no campo endoprocessual e técnico, responde a duas exigências: (i) possibilitar o controle privatístico, pelas partes, e (ii) facilitar a correta interpretação¹⁰⁴⁷ do julgado, visando determinar seu conteúdo, alcance e próprio cumprimento, bem ainda a demarcação, com precisão cirúrgica, do âmbito da *res iudicata* (i.

maravillosa y terrible que es el espíritu humano, reflejadas con o sin velos en las líneas frías, ordenadas, compuestas, de los repertorios de la jurisprudencia: pasiones desencadeadas, pasiones recogidas, ternuras, temblores; en los estantes enmohecidos de las secretarías de los tribunales.”

¹⁰⁴⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 113: “Irresistível, para sugerir a diferença que vai do ato de julgamento humano realizado pelo Juiz à materialização desse julgamento na escrita da decisão, a lembrança da bela imagem de Sócrates falando a Fedro no diálogo de Platão: “O uso da escrita, Fedro, tem um inconveniente que se assemelha à pintura. Também as figuras pintadas têm a atitude de pessoas vivas, mas se alguém as interrogar, conservar-se-ão gravemente caladas. O mesmo sucede com os discursos. Falam das coisas como se as conhecessem, mas quando alguém quer informar-se sobre qualquer ponto do assunto exposto, eles se limitam a repetir sempre a mesma coisa.”

¹⁰⁴⁶ No tocante à difusa concepção de motivação como entidade reveladora dos erros do juízo e meio de reexame do mérito do mesmo juízo, vide CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**, op. cit., p. 169: “*La motivazione delle sentenze è certamente una grande garanzia di giustizia, quando riesce a riprodurre esattamente, come in uno schizzo topografico, l’itinerario logico che il giudice ha percorso per arrivare alla sua conclusione: in tal caso, se la conclusione è sbagliata, si può facilmente rintracciare, attraverso la motivazione, in quale tappa del suo cammino il giudice ha smarrito l’orientamento. Ma quante volte la motivazione è una riproduzione fedele del sentiero che ha guidato il giudice fino a quel punto d’arrivo? Quante volte il giudice è in grado di rendersi esatto conto, lui stesso, dei motivi che lo hanno indotto a decider così?*”

¹⁰⁴⁷ Sobre o escopo interpretativo da motivação, no contexto dos atos administrativos em geral, vide IACCARINO, Carlo Maria. **Studi sulla motivazione**. Roma: Foro Italiano, 1933. p. 115-117.

e., dos limites objetivos do julgado). Ademais, refrise-se, consente no aprimoramento e na uniformização da jurisprudência pelos tribunais superiores. É a tese jurídica (*ratio decidendi*), acolhida no ventre da motivação, que, na ordinariedade dos casos, é aplicada aos casos sucessivos submetidos à cognição judicial. A partir do conhecimento das razões e enunciados que alicerçam a conclusão da sentença, descortinam-se, ainda no plano interno e técnico-processual, dois aspectos relevantes: (i) íntima correspondência entre decisão e impugnação, no sentido já exposto linhas acima, como penhor de efetividade do exercício do direito de recorrer conferido às partes, e (ii) controle eficiente da justiça e da juridicidade da decisão pela instância superior.

6.6.3 Valoração concreta da efetividade das demais garantias constitucionais

A motivação, em suas linhas-mestras, é uma garantia instrumental. A ideia medular sobre a motivação, sob o prisma de sua multifuncionalidade, é mostrar o seguinte: nenhuma outra garantia fundamental do processo teria sentido se não houvesse o dever de motivar obrigatório e público¹⁰⁴⁸. É a preordenação da motivação que, em cada caso concreto, consente ao jurisdicionado *in specie*, e à comunidade em geral, escrutinar a observância do conjunto de garantias fundamentais inerentes ao exercício da função jurisdicional e à economia do processo. Nenhuma outra garantia fundamental cumpre essa singularíssima função de controle sobre o respeito e a performance das demais. A justificação do dever de motivar insere-se no campo dos direitos fundamentais, os quais, no momento de hodierno, presidem a disciplina dos atos estatais e especificamente a atividade judicante. A motivação, inspirada em critérios de objetiva racionalidade, além de específicas funções internas, decorrentes de seu cariz técnico-processual, desempenha a relevantíssima missão de tornar efetivo aquilo que, no plano abstrato, carece de efetividade prática. Noutro dizer, a obrigação de motivação tem por escopo prevalente tornar efetivas as garantias fundamentais do processo (v. g., igualdade, direito de defesa, contraditório, independência e imparcialidade do juiz e sua sujeição à dimensão de juridicidade, devido processo legal).¹⁰⁴⁹ É o instrumento operacional

¹⁰⁴⁸ O entrelaçamento da motivação com outras garantias fundamentais do processo civil é objeto do Capítulo Quarto *supra*.

¹⁰⁴⁹ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1977, v. 27. p. 158: “*Rientrano fra queste, como è stato esattamente osservato, le norme costituzionale che*

indispensável para assegurar a verificação, em cada caso concreto, sobre se todas as demais garantias fundamentais do processo, proclamadas, *in abstracto*, na constituição, foram, de verdade, adimplidas¹⁰⁵⁰. Nesse ponto de vista, a motivação constitui condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo, no campo da concreta administração da justiça.

A motivação é uma ferramenta da publicidade, sua verdadeira alma gêmea. Só se consegue ter conhecimento do que ocorre no processo se o juiz motivar suas decisões. Um passo à frente, o binômio motivação-publicidade é que irá viabilizar o controle de efetividade, em cada caso concreto, das demais garantias fundamentais do processo: a crítica social e o controle da opinião pública têm como condição imperativa naturalmente a demonstração do raciocínio judicial, bem como a divulgação, exteriorização, das razões justificativas que conformam a motivação e que permitem arribar à conclusão final, como importante expressão da concepção democrática do Poder Judiciário.

É justamente na moldura da motivação que se pode constatar se, e em que medida, houve concreta incidência das garantias fundamentais na economia do processo. Desponta razoável vislumbrar nesse fenômeno, pela elevada importância que a motivação transporta, ao permitir a valoração da efetividade e da concretude de garantias impostergáveis do processo, a idoneidade institucional de *garantia do garantismo processual*. Significa dizer que, sem a motivação, abrir-se-ia o caminho da sistemática violação processual. Algumas amostras expressivas e eloquentes do papel interno e externo que a motivação desempenha de *garante* das demais garantias fundamentais do processo não de ser passadas em revista.

É bem de ver que, no tocante ao acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva, é inviolável o direito individual, reconhecido a todos, não apenas de demandar, mas também de obter dos órgãos jurisdicionais, no caso de reconhecimento de que a demanda judicial é

garantiscono il diritto di difesa, l'indipendenza del giudice e la sua soggezione alla legge: l'obbligo di motivazione mira a rendere effettive queste garanzie rendendo possibile il controllo sul'avvenuta loro operatività e quindi rimane esso stesso influenzato nel suo contenuto dalla natura, dalla funzione e dal modo in cui esse trovano esplicazione sul piano del singolo processo."

¹⁰⁵⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**, op. cit., p. 459-460: "L'unico mezzo sembra quello della motivazione del provvedimento giurisdizionale. Nella esposizione delle ragioni di fatto e di diritto il giudice indica infatti 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 giurisdizionale."

fundada, a tutela efetiva dos direitos substanciais deduzidos em juízo¹⁰⁵¹. Nessa paisagem, a motivação encerra instrumento imprescindível para assegurar a efetividade do direito de ação, franqueando às partes, pelo exame de seu conteúdo, aferir, por exemplo, a igualdade, a concretude do contraditório, a imparcialidade do juiz, o devido processo legal, a juridicidade do julgado.

Nesse teor de ideias, o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa tem como contrapartida essencialmente uma resposta do Estado-juiz. O meio que o jurisdicionado tem de verificar a qualidade desta resposta em termos de aplicação dos valores, regras, princípios, postulados, consagrados no ordenamento constitucional e infraconstitucional, é exatamente a motivação. A exigência de motivar as decisões judiciais decorre, em abundante medida, do direito fundamental de acesso à Justiça, o qual franqueia a todos pleitear e obter tutela judicial efetiva de seus direitos, sem dilações indevidas. Somente decisão judicial fundada na juridicidade e no Direito, com motivação suficiente (justificação bastante) e adequada, exhibe a virtude de assegurar semelhante efetividade. Justificar racionalmente uma decisão é expor razões intersubjetivamente válidas e aceitáveis, apropriadas a servir-lhe de pedestal. Conquanto desprovida do dom da infalibilidade, a razão humana ainda é o mais seguro critério justificador de motivação que se queira justificada¹⁰⁵². A previsibilidade do conteúdo das decisões judiciais somente é alcançável sobre as bases racionais do discurso justificativo. Abrir mão da racionalidade é colocar o dever de motivar a bordo do *Titanic*: o direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa e efetiva estaria fadado a inglório naufrágio no mar do voluntarismo e do subjetivismo judiciais.

¹⁰⁵¹ De resto, como prevê a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, em seu art. VIII: “Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.” Na mesma rota, a Constituição espanhola de 1978, Art. 24, § 1º: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” Hoje, o desiderato de tutela jurisdicional efetiva transparece do enunciado normativo do art. 47 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (Direito à acção e a um tribunal imparcial): “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal; Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo; É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.”

¹⁰⁵² TOMÁS-RAMÓN, Fernández, op. cit., p. 127: “*Es muy fácil, desde luego, especular con la falta de fiabilidad de la razón humana, pero la razón es lo único que tenemos y no podemos por eso renunciar a ella bajo ningún pretexto.*”

Há, entretanto, mais. De sentença com falta de motivação (gráfica ou ideológica) ou com motivação anoréxica (insuficiente), resulta fatalmente imerecido retardamento na entrega da prestação jurisdicional, conspirando contra o cânone da razoável duração do processo, provocando sequelas no campo de sua efetividade¹⁰⁵³. À ausência de motivação, como as partes podem se colocar concretamente nas condições de compreender a decisão e vir *in concreto* tuteladas jurisdicionalmente? Assim contextualizado o problema, como a eficiência (qualitativa) da tutela jurisdicional só pode ser satisfeita através de decisão jurídica, suficiente e adequadamente motivada, iluminada por parâmetros de razoabilidade, abstraídos de puro e simples subjetivismo, poder-se-ia dizer, em síntese acertada, que o acesso à ordem jurídica justa e efetiva é ponto formal de partida e a motivação é ponto substancial de chegada. A problemática da eficiência da tutela jurisdicional se coloca sob dupla perspectiva: a primeira, quantitativa, com acentuada influência utilitarista, preocupada com estatísticas, redução de custos, velocidade dos procedimentos, alta produtividade decisória, abstraindo-se das especificações do caso particular, maximização da sumarização da cognição, com impiedosos prejuízos às garantias fundamentais do processo (*v. g.* contraditório, ampla defesa); a segunda, qualitativa, a realçar a qualidade das decisões judiciais, como invulgar fator de efetividade da prestação jurisdicional, e de sua fundamentação, relevando o manejo de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equitativas, democráticas.

No que concerne à independência (pessoal, coletiva, funcional, interna, externa) e à imparcialidade¹⁰⁵⁴ (tuteladas pelo juiz natural), só por meio da motivação é que se pode constatar se aquele juízo que, de início, se pressupõe imparcial, realmente era equidistante, permanecia alheio e também totalmente estranho aos interesses objeto do processo (*nemo iudex in causa propria*). Há situações que implicam, para o juiz, um dever de abstenção, como quando já tenha julgado o processo em outro grau. Sob a ótica da igualdade como valor universal, é, em sã consciência, inimaginável que os mecanismos judiciais possam funcionar adequadamente e produzir prestação jurisdicional justa, se o julgador for parcial. Uma decisão imotivada tanto pode ser parcial quanto imparcial. No entanto, na psicologia do processo, apenas através da motivação se pode deprimir a parcialidade e, de conseguinte, exaltar a imparcialidade. A qualquer sistema de justiça que aspire à seriedade, uma das condições naturalmente necessárias, inerente à própria jurisdição, é a imparcialidade. É difícil pensar em um resultado justo que não seja imparcial, ao passo que a parcialidade é uma das formas que

¹⁰⁵³ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho, *op. cit.*, p. 155-156.

¹⁰⁵⁴ Constituição italiana de 1947, art. 111, § 2º, consagra a expressão: “...davanti a giudice *terzo* e *imparziale*.”

podem consubstanciar a injustiça. Nesse sentido, em nível puramente teórico, a locução juiz imparcial deixa transparecer redundância terminológica, pois, na experiência prática, juiz parcial transfigura-se em catástrofe. Os ordenamentos constitucionais ofertam uma garantia formal de imparcialidade do juiz, seja expressa (como o italiano), seja implicitamente, como o brasileiro, inferidas de garantias fundamentais do processo (v. g., igualdade, juiz natural, motivação obrigatória e pública, devido processo legal), de garantias da própria magistratura (v. g., vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios), de impedimentos (v. g., vedação de exercer outro cargo ou função, ressalvada uma de magistério). Em sede infraconstitucional, cavam-se, por igual, trincheiras de proteção contra a parcialidade do juiz, através de repertório de hipóteses de impedimento (v. g., é vedado ao juiz exercer suas funções no processo de que for parte ou no qual interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, ou prestou depoimento como testemunha) e de suspeição (v. g., quando amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes). Em casos que tais, o princípio da impessoalidade (no sentido de objetividade, vedação de desvio de finalidade e de abuso de poder) identifica-se com a garantia da imparcialidade. A parcialidade do juiz (*iudex inabilis*) é a antessala do arbítrio ou, caso se prefira, a lareira do autoritarismo.

A parcialidade do juiz, como é intuitivo, embaça-lhe o dever de esquadrihar e de julgar, através de critérios objetivos, o conflito. Um juízo *a priori* imparcial, porque determinado de acordo com a garantia do juiz natural, não é, só por isso, um juízo que franqueará efetivo contraditório a ambas as partes e produzirá justa solução da lide no caso particular. A garantia de motivação obrigatória e pública, por conseguinte, é a única via para se verificar intrinsecamente se o juiz se houve, ou não, com imparcialidade, bem ainda a sua sujeição, ou não, à juridicidade e ao direito (v. g., somente através da motivação é que se pode aferir, e controlar, a correta aplicação da lei à hipótese fática versada no processo).

No catálogo de garantias fundamentais do *processo vivo*, sobressai o contraditório, como admirável monumento de civilidade jurídica. As constituições modernas consagram, em uníssono, a garantia do contraditório¹⁰⁵⁵. O contraditório, conceitualmente, a par de mergulhar raízes no *direito natural* e no *jusnaturalismo*, anaboliza a ideia de *bilateralidade da audiência* e potencializa a *dialecticidade* aristotélica ínsita ao processo judicial. Fique claro, para todos, que o contraditório não é apenas um direito fundamental das partes (que têm direito à defesa),

¹⁰⁵⁵ Constituição brasileira de 1988 (art. 5º, LV), Constituição italiana (art. 111, § 2º). Cumpre notar-se, nessa esteira, que os principais tratados e convenções internacionais preveem a garantia do contraditório no processo judicial (v. g., Convenção Europeia de Direitos do Homem, arts. 5º e 6º; Pacto de São José da Costa Rica, art. 8º, 1, direito de ser ouvido).

mas, e sobretudo, uma nota essencial da jurisdição, um sorriso distintivo do processo e simultaneamente um limite para o juiz. De sorte que o juiz tem o dever (e não mera faculdade discricionária) de, como regra *ex ante*, oportunizar a manifestação das partes ao proferir qualquer decisão. As estruturas dialéticas, nas quais se concretizam as exigências próprias do contraditório, consubstanciam uma das condições essenciais do processo, no contexto mais abrangente da ideia de procedimento. O contraditório é o coração pulsante do corpo processual: sem aquele pode, amiúde, haver muitas coisas, exceto processo¹⁰⁵⁶.

A sentença há de refletir as argumentações fático-jurídicas esgrimadas pelas partes. O discurso justificativo judicial, contextualmente composto de variáveis proposições e de símbolos linguísticos, deve crepitar no encontro do direito de defesa, propagado na garantia do contraditório, e a motivação da sentença. As partes são colocadas concretamente em condições de compreender as razões objetivas da decisão. Há íntima correlação funcional entre contraditório e justificação do julgado: esta é a derradeira manifestação daquele. Como espécie de última fronteira, a motivação é o telescópio que permite averiguar o efetivo respeito à garantia do contraditório, em cuja dimensão o órgão judicante também se insere: se o saldo da participação das partes excitou, concreta e eficazmente, a formação intelectual da convicção do juiz e se suas alegações, provas e contraprovas foram, de verdade, escrutinadas e levadas em conta nas razões que escoram a sentença, ou inversamente se ocorreu o esvaziamento do contraditório e do direito de defesa, inclusive quando o juiz trilhe a assim chamada “*terza via*”, como seja, elegendo solução do conflito não submetida ao crivo do contraditório das partes, distante, pois, do debate processual implementado entre elas.

Noutros termos, como vetor dos princípios da colaboração e da cooperação intersubjetiva, os quais ostentam função legitimadora da atividade decisória do juiz, e sob pena de cabal esvaziamento do contraditório integrador e do direito de defesa, o juiz tem o dever de levar em consideração, na fundamentação da decisão, todas as alegações das partes concretamente produzidas. Neste ponto, urge resgatar as virtualidades do recurso de embargos de declaração (iluminar obscuridade, eliminar contradição, sanar omissão)¹⁰⁵⁷, como pressuposto essencial de processo verdadeiramente orientado por colaboração, cooperação e

¹⁰⁵⁶ LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile**, op. cit., p. 29: “*Nel processo, il diritto di difesa costituisce una garanzia fondamentale, che ha una funzione analoga a quella che svolge la democrazia politica rispetto all’intero ordinamento. Il processo è un fenomeno caratterizzato dal contraddittorio: dove non c’è possibilità di replica ai mezzi di attacco e di difesa, agli argomenti, alle attività in genere posti in essere dagli altri soggetti, non c’è processo.*”

¹⁰⁵⁷ O problema é objeto do Capítulo Décimo *infra*.

ânsia de justiça material. A não ser assim, jamais se poderá aferir se, de fato, o órgão julgante conferiu concretude ao contraditório das partes e ao direito de defesa, através da chave do diálogo judicial cooperativo, ou, o que é o mesmo, se efetivamente todas as alegações relevantes, provas e contraprovas dos sujeitos do processo, uma a uma, foram consideradas na formação da convicção do juiz, com a indicação dos respectivos critérios de valoração de tudo quanto tenha estimado importante como cerne de sua motivação. É justamente do jogo dialético das partes, com interesses contrapostos no processo, mas com dinâmica colaboração e cooperação, que o juiz irá recolher o material jurídico-probatório necessário à prolação de decisão mais adequada, efetiva e justa. Como imperativo jurídico-político protuberante para a boa administração da justiça, a motivação há de ostentar a capacidade de justificar a decisão, no atinente às defesas operacionalizadas pelas partes. A organização do processo não pode prescindir da exigência do contraditório entre as partes, em cujo contexto também estará necessariamente inserto o juiz, como traço característico do modo de ser do processo equo e justo. Oportuno pontuar que a garantia do contraditório é absoluta¹⁰⁵⁸ e deve sempre ser observada, sob pena de invalidade do *decisum*. Significa dizer que nenhum processo ou procedimento¹⁰⁵⁹ pode ser estruturado sem assegurar às partes a regra da isonomia no exercício das faculdades processuais.

Pertinentemente ao duplo grau de jurisdição, sob o prisma endoprocessual, como vertente de explicitação do raciocínio decisório, a motivação, consubstanciada na declaração das razões, ao dar conta dos critérios de escolha ou de valoração nos quais o juiz ancorou sua decisão final, é o elo entre decisão e sua impugnação. Tais critérios não de ser objetivos, impervios às conveniências do voluntarismo e aos arroubos do subjetivismo da atividade jurisdicional¹⁰⁶⁰. O esquadramento do discurso transportado na motivação, ao ângulo instrumental, lhe reconhece o significado de função justificativa que desempenha no atinente

¹⁰⁵⁸ Entrementes, de regra, a parte, destinatária da garantia, por manifestação de vontade livre e consciente em relação a todos os efeitos presentes e futuros, no exercício de sua liberdade, pode dispensar ou renunciar ao contraditório *in concreto*. Donde, comumente, dizer-se que a informação é necessária, mas a reação é eventual.

¹⁰⁵⁹ No Brasil, a garantia do contraditório também incide no âmbito do procedimento administrativo, pela abrangência do teor literal do art. 5º, LV, da Constituição Federal.

¹⁰⁶⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, op. cit., p. 667: “A exigência de fundamentação das decisões judiciais (CRP, art. 205.º/1) ou da “motivação de sentenças” radica em três razões fundamentais: (1) controlo da administração da justiça; (2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento, da racionalidade e coerência argumentativa dos juizes; (3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas (cfr. Ac. TC 283/99).”

à vida da decisão final: esta é convalidada, racionalizada e tornada aceitável por aquela. A motivação forra o *decisum* contra leituras e interpretações desviantes e estabelece os marcos interpretativos adequados à estrutura justificada no discurso. De resto, permite às partes a identificação de eventuais erros e vícios suscetíveis de refutação e, pelo tanto, melhor estruturação argumentativa da impugnação. Animam ainda mais a aludida conexão os recursos que não prescindem de fundamentação vinculada, isto é, reclamam perfeito acoplamento entre o erro ou vício contido na motivação expressa atinente ao ponto decidido que pode ensejar a interposição de determinadas espécies de impugnação, e qualquer das hipóteses abstratamente contempladas em sede constitucional¹⁰⁶¹ ou infraconstitucional¹⁰⁶². Permite ainda maior racionalização da atividade jurisdicional e eficiência de controle pelo Tribunal Superior das decisões proferidas pela instância inferior, através da visualização do justificador contida na motivação justificada.

A locução “devido processo legal” apresenta, pelo menos, três sentidos. O primeiro, de garantia síntese das demais garantias, tem ao mesmo tempo papel de integrar e de subsidiar as garantias fundamentais do processo, embora, nesta acepção ampla, também tenha evidente conotação processual. É uma espécie de pneu reserva que eventualmente pode ser usado em qualquer uma das quatro rodas do automóvel, e, por isso mesmo, é considerada cláusula de fechamento: aplicar-se-á o devido processo legal onde não puder incidir especificamente qualquer outra garantia fundamental do processo. Sentido procedural: o devido processo legal, na dimensão processual, abrange notadamente o contraditório e a ampla defesa. Sentido substancial: o devido processo legal, em sua expressão material, acolhe os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade. Pois bem, qualquer que seja a acepção que se atribua à cláusula do devido processo legal, a motivação da sentença é que vai permitir a verificação de sua total observância *in concreto*. No que tange à maximização do aproveitamento da garantia do devido processo legal, nove aspectos eloquentes são oportunos, todos interconectados com o fetiche da motivação: (i) acesso à Justiça; (ii) necessária interação com as garantias do juiz natural, independente (submetido apenas à lei e ao direito) e imparcial; (iii) igualdade das partes; (iv) direito de defesa; (v) contraditório em sua dupla destinação (juiz e partes); (vi)

¹⁰⁶¹ No direito brasileiro, *v. g.*, recurso extraordinário e recurso especial, nos termos da Constituição Federal de 1988, art. 102, III, alíneas *a, b, c e d*, e art. 105, III, alíneas *a, b, e c*. Noutra perspectiva, como ação autônoma impugnação (ação rescisória), prevista no Código de Processo Civil, em seu art. 485, incisos I a IX, e no projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 919, I a VIII.

¹⁰⁶² No direito italiano, *v. g.*, *ricorso per cassazione*, nos termos do Codice di Procedura Civile, arts. 360, §§ 1º à 5º, 362 e 363.

atuação *ex officio* do juiz na coleta do material probatório; (vii) vedação de utilização de provas obtidas ilicitamente; (viii) publicidade; (ix) efetividade prática dos julgados.

Autorizadas vozes doutrinárias afirmam que a motivação seria uma projeção especificada do princípio do devido processo legal¹⁰⁶³ ou seu consectário lógico, atribuindo-lhe *status* ancilar ou adinicular, embora lhe reconheçam importância e grande responsabilidade pelo perfil político-democrático do processo. É dizer: o devido processo legal seria o corpo, ao passo que a motivação seu apêndice. Sucede, contudo, fenômeno inverso: não como sombra, mas corpo, é a motivação, com vida e luz próprias, que garante a verificação, em cada caso concreto, se o devido processo legal foi, de verdade, acatado. A motivação é penhor de valoração palpável, real, da efetividade do devido processo legal. Consente controle sobre o modo como é exercida a jurisdição no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. O entrelaçamento, bem pesadas as coisas, não se confunde com dependência. Mais exato pensar em *interface*. A motivação não é mero satélite natural do planeta devido processo legal. Daí descende a tese segundo a qual, não como consectário, imposição ou aspecto do devido processo legal, mas, sim, dotada de existência jurídico-constitucional autônoma, *motu proprio*, a motivação, como monumento de civilidade no poema do processo, singulariza a *garantia do garantismo processual*. Nessa moldura, é a motivação que, em cada caso concreto, garante a efetividade do devido processo legal, não o contrário. Sem incidir em mera tautologia, o eco não pode afiançar o som.

As garantias fundamentais do processo têm âmbito de proteção estritamente normativo. Significa que o legislador ordinário, dentro da latitude constitucional, não apenas pode haver a possibilidade de restringir direitos fundamentais, mas tem o dever de conformá-los, de definir seu conteúdo. Em casos tais, o legislador não pode aniquilar, ou massacrar, os direitos fundamentais. Há um núcleo central que deve ser respeitado e subsistir incólume. No caso da motivação, o seu núcleo central põe em relevo a diretiva de o legislador conformá-la de modo a que ela permita ao jurisdicionado em especial, e à sociedade em geral, verificar, em cada caso concreto, a cabal e efetiva observância das garantias fundamentais do processo.¹⁰⁶⁴ Decisões judiciais restritivas de direitos fundamentais reclamam a tonificação da

¹⁰⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 202.

¹⁰⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 23: “Além dessas funções de conotação endoprocessual, firma-se, na atualidade, o entendimento de que o problema da justificação do dever de motivar se coloca no quadro dos direitos fundamentais, “que deve presidir à disciplina da atividade estatal, *in genere*, e da atividade jurisdicional *in specie*”. Trata-se, no dizer de Barbosa Moreira, de conferir garantia ao direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver apreciadas pelo

musculatura da motivação, no sentido da revelação de razões que, em esforço argumentativo mais robusto, justifiquem a inelutável correção da valoração da hipótese fática, e a validade da aplicação e interpretação da norma autorizativa da limitação¹⁰⁶⁵. O discurso justificativo judicial, máxime sob o peso ingente da imprescindibilidade de proteção efetiva dos direitos fundamentais, não pode escapar à necessidade de ser suficiente, adequado, completo, explícito e, ao mesmo tempo, inteligível ao cidadão de cultura meridiana ou compreensível ao *homo medius*¹⁰⁶⁶.

6.7 Perspectiva funcional externa do processo: cariz de garantia política

A ideologia publicista identifica na função jurisdicional escopos que antecedem (e transcendem) ao litígio das partes revelado no processo. O conflito pode ser de natureza privada, mas, uma vez judicializado, através da instauração do processo, que é público, transmuda-se, por mimetismo, em tema público, de interesse universal da sociedade. A tendência de hodierno, impregnada pelo hálito do Estado Social, é a de reforçarem-se, com intensa qualificação deontológica, as funções e os poderes-deveres do juiz na direção do procedimento¹⁰⁶⁷, sem ser condicionado pelas partes, definindo o passo mais adequado ao processo equo e justo, notadamente no campo das iniciativas probatórias de ofício tendentes à

Poder Judiciário as questões por elas suscitadas. Assim, o princípio da obrigatoriedade da motivação da sentença tem o condão de tornar efetivas as normas que garantem o direito de defesa e a imparcialidade e independência do juiz.”

¹⁰⁶⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 93: “É justamente entre essas *limitações* impostas ao Poder Judiciário, e também sob o duplo enfoque mencionado, que se insere a motivação das decisões judiciais como *garantia* dos direitos fundamentais: de um lado, serve para verificar - pelo acompanhamento do raciocínio desenvolvido pelo juiz para chegar a um eventual provimento restritivo daqueles direitos - se foram efetivamente obedecidas as regras do *devido processo*; por outro, será igualmente por intermédio da fundamentação que será viável constatar se a decisão aplicou validamente as normas que permitiam a restrição e se apreciou de maneira correta o contexto fático que a autorizava. Na verdade, à proeminência dos direitos fundamentais corresponde um dever ainda mais concreto de justificar os provimentos judiciais que possam limitá-los, até porque nos ordenamentos modernos a forma típica, embora não exclusiva, de garantia é a jurisdicional; é ao Judiciário que incumbe o controle último da própria constitucionalidade de restrições admitidas pelo legislador.” (Grifos no original)

¹⁰⁶⁶ ALVIM PINTO, Teresa Celina de Arruda. A sentença e a coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 177-184, jan./mar. 1986, esp. p. 181-182.

¹⁰⁶⁷ A concepção mendaz segundo a qual regimes autoritários e ditatoriais fortalecem os poderes do juiz é refutada, com percucientes argumentos, por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-101, esp. p. 88-90.

descoberta da verdade material, através de adequada reconstrução histórica dos fatos em juízo. Modernamente, o processo, abandonando a concepção de “*sache der parteien*” da antiga doutrina alemã, escapa ao egoísmo individualista, para inserir-se em uma dimensão social.¹⁰⁶⁸ Da liberdade que o litigante ostenta de dispor da relação substancial não deriva fundamentalmente a prerrogativa de deliberar a cadência do processo perante o juízo¹⁰⁶⁹, por um tempo superior ao que este estima indispensável à entrega da prestação jurisdicional. Até porque há custos econômico-financeiros de manutenção do aparato judicial (é dizer, do processo) que são suportados pelo conjunto da sociedade mediante o pagamento de tributos¹⁰⁷⁰.

Desse contexto, resulta inevitavelmente que a obrigatoriedade de motivação, da técnica de prestar contas do itinerário lógico (compreensão pedagógica desses passos do processo de pensamento¹⁰⁷¹) que conduziu o juiz a esculpir determinada solução final para o conflito, não encontra referencial teórico apenas no interesse privado dos litigantes, senão também, e sobretudo, mergulha raízes justificativas no interesse público¹⁰⁷², sob enfoque

¹⁰⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 124: “Assim, as partes, quando defendem seus direitos, colaboram no funcionamento da justiça, e a lei confia em que o jogo dos interesses individuais e opostos, fiscalizado e apreciado imparcialmente pelo juiz, prepare o terreno de modo todo espontâneo para a emanação de sentenças que satisfaçam o interesse e aspiração geral da justiça. Provendo a que não abusem as partes do poder que lhes reconhece a lei de limitar a liberdade de ação e do raciocínio do juiz, máxime nos casos em que o seu interesse não coincidir com o descobrimento da verdade, está um órgão público que pode, às vezes, agir e sempre opinar nas causas civis, o Ministério Público, cuja função no processo civil representa uma atenuação e um corretivo do princípio dispositivo. *O processo não é, pois, negócio combinado em família e produtor de efeitos somente para as pessoas iniciadas nos mistérios de cada feito, atividade processual singular, mas atividade pública exercida para garantir a observância da lei; e já que a esta estão todos sujeitos indistintamente, devem todos, por igual, sujeitar-se ao ato que é pelo ordenamento jurídico destinado a valer como sua aplicação imparcial.*” (Reforços gráficos nossos)

¹⁰⁶⁹ CALAMANDREI, Piero. **Istituzioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1941, v. 1, p. 240: “(...) *nessuno forza il privato a salire sulla nave della giustizia, e se esso delibera di imbarcarvisi, a lui solo spetta fissare l'inizio e la meta del suo viaggio; ma, una volta intrapresa la navigazione, il timone deve essere affidato esclusivamente al giudice*”. Contudo, o grande mestre peninsular parece ter mudado de opinião, quando fez referência ao fato de o legislador de 1940 ter colocado as rédeas do processo totalmente nas mãos do juiz, incorrendo em “*uno dei più gravi errori*” (Il processo come giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1.p. 551).

¹⁰⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do processo. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7-18, esp. p. 13.

¹⁰⁷¹ CAHIN, Gérard. **La motivation des décisions de la cour internationale de justice**. Collection Contentieux international, sous la direction de Hélène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel. Paris: Editions A. Pedone, 2008. p. 9 -90, esp. p. 19.

¹⁰⁷² ANDRIOLI, Virgilio. Motivazione di sentenze o opinione personale dei giudici? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5 (1), p. 266-268, 1950, esp. p. 266: “*Se lo Stato conforta col braccio secolare dell'autorità della cosa giudicata soltanto la parte della pronuncia corrispondente all'oggetto della domanda, l'obbligo della motivazione non è fondato sull'interesse privato dei litiganti, ma trova*

sociológico e político (metajurídico). A exigência de motivação da sentença é, portanto, imperativo de ordem pública, notadamente pelo papel pedagógico que a justificação formal exerce no seio da sociedade¹⁰⁷³, ante o padrão de comportamento estimulado pela jurisprudência dos tribunais concernente a fatos jurídicos relevantes. A jurisdição é função essencialmente pública, daí ressumbrando a necessidade de o Estado-juiz apontar as razões de fato e de direito que influiriam no desenvolvimento intelectual de sua convicção, na adoção de *determinada* solução jurídica da causa, e não outra igualmente válida e aceitável. Quanto maior (i) o feixe de poderes-deveres do juiz na direção do processo (v. g., de admissão, de adequação do procedimento, de instrução, de julgar, de coerção), (ii) a gama de enunciados normativos com textura aberta, (iii) os conceitos juridicamente indeterminados e as cláusulas gerais, (iv) a discricionariedade judicial, e, como decidir implica eleições de critérios de escolha ou de valoração, (v) a possibilidade de o juiz enredar-se pelos descaminhos da parcialidade e perder-se nos labirintos do arbítrio, tanto mais intensa a exigência de justificação racional encravada na motivação das decisões judiciais, obrigatória e pública. Na sociedade contemporânea, reafirme-se, a transformação (qualitativa e quantitativa) do papel do juiz - de 'máquina' que aplica, com glacial pedantismo burocrático, mecanicamente, as normas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, a artífice da tutela jurisdicional efetiva, iluminada pelos direitos fundamentais, de acordo com as especificações do caso concreto e das necessidades do direito material - provocou, qual ímã, a atração dos problemas de legitimidade das decisões judiciais e da legitimação democrática da jurisdição. É nesse campo magnético (por exemplo: do devido processo legal, do contraditório ao controle pela sociedade) que se insere a exigência de elemento racional justificador de uma motivação justificada, compatível com cada pronunciamento jurisdicional de cunho decisório. Ou seja: o discurso justificativo há de estar apoiado em enunciados lógico-jurídicos, através de inferências coerentes, que possam evidenciar a juridicidade do *decisum* e sua justiça material.

No espaço político público, o diálogo judicial que, pelo eixo do contraditório, obrigatoriamente se instala no procedimento experimenta notável expansão, já agora para além dos lindes do processo. Significa pensar que a função de garantia política da motivação permite que o Estado-juiz, como numa espécie de eco de seu discurso justificativo, reproduza diálogo com a comunidade, descortine canal de comunicação com o cidadão de *per se*. Nesse

giustificazione nell'interesse pubblico, dalla soddisfazione del quale sono, dunque, determinati gli effetti pregiudizievoli della soccombenza teorica."

¹⁰⁷³ FERNANDES, José Henrique Lara. **A fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 46.

particular aspecto, a motivação, envolvendo uma pluralidade de exames e conclusões parciais, contendo os critérios de escolha ou de valoração das premissas de fato e de direito da conclusão final, promove necessária mediação entre o juiz e a sociedade que almeja conhecer o resultado do processo¹⁰⁷⁴. Mas não é só. Se o discurso justificativo judicial, obrigatório e público, permite que, à luz da racionalidade, da inteireza (v. g., escolhas fáticas, jurídicas e valorativas que conformam e justificam a conclusão final) e da controlabilidade, se conheçam as razões que emprestam sustentáculo às decisões judiciais, é por meio dele que, na ambiência social, comunidade e cidadãos podem fiscalizar, exemplificativamente, a imparcialidade do juiz e, remarque-se, a juridicidade e a justiça substancial que subjazem no julgado. Semelhante função metajurídica (sociopolítica), desempenhada pela motivação, torna possível singular controle democrático e difuso da jurisdição pela sociedade. Transparece diáfana, no plano extraprocessual, de um lado, a ideologia de reconhecer-lhe função de cunho essencialmente político e, de outro, o novo papel da motivação, como expressão do princípio da participação popular sobre a administração da justiça: inestimável fator de legitimação do exercício da jurisdição. Nessa perspectiva, sobreleva notar o papel democrático da motivação como instrumento de legitimação política da decisão à qual ela acede¹⁰⁷⁵.

Em âmbito de controlabilidade extraprocessual, a sociedade direciona seu olhar crítico sobre a decisão judicial, prevalentemente às suas razões justificativas, submetendo-as a uma espécie de tomografia computadorizada para exame de aceitabilidade do acertamento racional dos fatos, dos critérios de escolha da norma aplicável e de sua interpretação, de modo mais rente possível à equidade e ao interesse geral¹⁰⁷⁶, tendo-se como parâmetros os valores jurídicos e culturais vigentes em determinado marco histórico. O incomensurável desafio do juiz, nas sociedades democráticas contemporâneas, é coadunar três dimensões medulares, debordantes do plano puramente empírico: direito¹⁰⁷⁷, equidade e justiça.

¹⁰⁷⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, op. cit., p. 224: “*Tra i giudici che discutono, e il pubblico, che deve conoscere quel risultato, è dunque necessaria una mediazione. Ancora una volta il principio della mediazione, addirittura vitale per il processo, fa sentire la sua importanza. È pure chiaro che la mediazione, in questo caso, assume la forma della interpretazione; si trata, in fondo, di far capire agli altri quello che i giudici hanno capito.*”

¹⁰⁷⁵ ROMANO-TASSONE, Antonio. Sulla C.D. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri. In: RUGGERI, Antonio (a cura di) **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappicheli Editore, 1994. p. 33-47, esp. p. 34-36.

¹⁰⁷⁶ PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 565.

¹⁰⁷⁷ KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. (Fundamentos de direito). p. 45: “A ciência puramente empírica do Direito é (como a cabeça das fábulas de Fedro) uma cabeça que poderá ser bela, mas possuindo um defeito - o de carecer de cérebro”.

No Estado Constitucional Democrático de Direito não há como se refrear o princípio da transparência no exercício do poder, delegado pelo povo, posto que fundado na legitimação democrática. Destarte, o exercício da jurisdição estatal não pode se apartar da seguinte tríade: transparência, racionalidade e controlabilidade. Sob essa ótica, não há lugar para indiferença comunitária quando está em jogo um poder público, e a aposta deste jogo é saber se está sendo bem ou mal exercido. Nesse caixilho, à função jurisdicional cabe dizer o direito, através de juízes dotados da seguinte trindade: independência, autoridade e responsabilidade. O juiz exerce justiça em nome do povo, de sorte que simetricamente é depositário da confiança e das honestas esperanças da comunidade de preservação dos princípios de justiça radicados em sua consciência jurídica geral, em determinado local e momento histórico, e consagrados na constituição.

Demais disso, o problema da legitimidade da decisão judicial - para além de uma visão meramente dogmática, ou positivista de correta aplicação da lei -, por estar naturalmente vinculado aos fundamentos de validade, suscita reflexão crítica e debates precipuamente no campo da ética. Por assim ser, quer às partes na demanda judicial em especial, quer à população de um modo geral, é franqueada a possibilidade de formulação de juízo axiológico, positivo ou negativo, sobre a justiça substancial agasalhada na sentença, em consonância com as concepções, compreensões, predominantes em determinado espaço sociocultural, do que se considera bom e daquilo que se entende por justo. Havendo coincidência, nalgum grau ou medida, o *decisum* exibirá a nota de legitimidade; antes, ao contrário, havendo cabal desconformidade, receberá ele o epíteto de ilegitimidade. Os aspectos normativos dos critérios de justificação (v. g., correta aplicação e interpretação da regra jurídica) realçam as cores da legitimidade da sentença. Em consequência, a racionalidade da argumentação, arraigada na motivação da sentença, também se constitui em expressão de sua legitimidade, dentro das fronteiras investigativas e dos domínios de pesquisa da Filosofia do Direito, e no quadro de legitimidade da ordem jurídica do Estado Constitucional Democrático de Direito¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁸ Ao propósito do precioso aporte kantiano à meditação crítica sobre o estado democrático de direito, expressa, em essência, na impositiva implicação recíproca entre a moral e o direito, vide BARRETTO, Vicente de Paulo. Notas Kantianas sobre o direito. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 41: “A contribuição kantiana para a reflexão sobre o estado democrático de direito caracteriza-se pela ênfase na necessária complementariedade entre a moral e o direito, como condição de institucionalização dessa forma de regime político. A relação entre essas duas ordens normativas assume função destacada no quadro do estado contemporâneo porque em função delas é que se pode estabelecer o argumento legitimador do sistema democrático. A leitura das constituições do estado democrático de direito torna-se, assim, necessariamente diferenciada em virtude da fonte moral de onde nasce o sistema político-institucional e jurídico. A Constituição por ter uma fonte moral, pois é fruto da manifestação da vontade de agentes morais autônomos, estabelece limites ao arbítrio e à desigualdade social. Nesse sentido o regime democrático é mais do que a simples manifestação da vontade da maioria e

6.7.1 Publicidade processual

Tanto a (irrenunciável) publicidade quanto a (obrigatória) motivação das decisões judiciais são elementos de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Há, sob o aspecto político-processual, íntima interpenetração entre as duas garantias fundamentais. A motivação tem importância assecuratória da publicidade dos atos processuais. Como já anotado, insigne doutrina qualifica a publicidade e a motivação de *garantias das garantias*, porquanto exibem, interna e externamente, a função de permitir a aferição, *in concreto*, do grau de efetividade de todas as demais garantias fundamentais do processo civil. Funcionam, nesse quadrante, como uma espécie de barômetro de Torricelli processual: são instrumentos de tutela e de aferição, em cada caso concreto, sobre se, e em que medida, foram respeitadas aquelas outras garantias. A publicidade (e a motivação, sua irmã xipófaga) dos atos processuais descendem do imperativo de tutela jurisdicional efetiva, adequada, célere e justa. Noutra dizer, deitam raízes na imprescindibilidade de proteção judicial efetiva. O juiz, quando profere sentença, não emite uma opinião pessoal. No exercício da função jurisdicional, em cada processo, o interesse público pulsa no coração do Estado-juiz. De sorte que, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, é da concretude da motivação que se pode aferir a legitimidade da decisão judicial. Nesse diapasão, a efetividade do processo conexas-se com a das garantias fundamentais que nele se radicam. Apenas quando a controlabilidade sobre a atividade judicial for franqueada às partes e à sociedade, é que, com seriedade, se poderá falar em efetividade, por exemplo, das garantias da igualdade, ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade do juiz, do devido processo legal. A publicidade e a motivação são instigantes freios ao arbítrio judicial¹⁰⁷⁹. A não ser assim, tais garantias não passariam de abantesmas que um olhar mais próximo faria evanescer.

Operacionalizam, como decorrência do princípio político da participação democrática e pelo convite que a publicidade transporta, o diálogo entre exercício da jurisdição e

torna-se um regime dotado de valores morais que o fundamentam e justificam. A importância da recuperação da tradição kantiana torna-se tanto mais urgente quanto o esvaziamento da perspectiva positivista, no contexto da cultura tecnocientífica moderna, exige a construção de um novo paradigma teórico na teoria do direito, que responda de forma consequente às exigências de legitimidade da ordem jurídica do estado democrático de direito”.

¹⁰⁷⁹ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 171-183, mar./abr. 2006, esp. p. 176-177.

cidadania. Instauram verdadeiro colóquio entre juiz e meio social. São canais de comunicação entre a atividade jurisdicional e a sociedade em geral. Criam saudável corredor dialógico entre órgão judicial e o homem comum do povo. Escassa (*rectius*, nenhuma) valia teriam as garantias do processo judicial, caso fosse abonada, ao juiz, a faculdade de não motivar suas decisões. Sem discurso justificativo judicial não existiriam condutos de comunicação com a sociedade. É a publicidade que consente o acesso às razões justificativas nas quais a conclusão final está apoiada, quer como necessidade de participação das partes em toda a atividade processual, quer como franquia à sociedade para sobre ela exercer controlabilidade racional. Não por nada, toda atividade judicial e o conglomerado de motivos de fato e de direito acolhidos para a justificação da motivação do *decisum* hão de produzir-se sob sol alto, a céu aberto e ao olhar atento da sociedade, expressado pela opinião pública. A publicidade é a auréola da Justiça. Fosse pouco, rarefeita proficuidade haveria se o juiz pudesse manter suas razões na masmorra do sigilo místico, sombrio e autoritário, exiladas do espaço público, longe do consenso/dissenso democrático e fora do alcance do olhar escrutinador e da voz crítica do meio social. Seria o mesmo que ocultar o quadro da Monalisa dentro de um *bunker* kafkiano.

No plano instrumental, pode-se conceber uma correlação orgânica entre motivação-sentença, causa de pedir-petição inicial e alegações de defesa-contestação. Assim como há instrumentalidade recíproca entre corda e caçamba (em relação ao poço), o mesmo fenômeno sucede entre publicidade e motivação (em relação ao povo). Sob o prisma da correlação instrumental, a publicidade implica a motivação e vice-versa. Em nível de utilidade prática, a função garantística da publicidade, no que toca à sentença, pressupõe que naturalmente ela esteja suficientemente motivada. Do contrário, seria inútil qual pastel de vento, abandonado de conteúdo (*flatus vocis*). De outra banda, a motivação não teria como cumprir o seu papel de permitir o controle, endo e extraprocessual, da atividade jurisdicional sem que se abrisse à exposição da luz solar, através de publicidade geral (de regra), imediata e mediata. Não se compraz, em linha de princípio, com a consciência jurídica o julgamento a portas cerradas, em sessão secreta, coberto pelo véu do sigilo. O anonimato da justiça é o terreno fértil para florescer parcialidade, arbítrio judicial e culturas jurídicas autoritárias.

A motivação, obrigatória e pública, é a única via que evidentemente se tem para ungir, com o óleo da legitimidade, as decisões judiciais. Toda a atividade processual, também como penhor deontológico, se desenvolve sob o signo da publicidade entre partes e perante terceiros, com amplíssima divulgação (v. g., consulta aos autos de processo, ainda que eletrônico; publicação de despachos e de decisões proferidas; atos processuais; a *internet*

como um primoroso instrumento de divulgação pública das decisões judiciais; publicação de sentenças e acórdãos mais relevantes em revistas especializadas; audiências de primeiro grau e sessões de julgamento dos Tribunais são públicas; publicação de pautas de julgamento no órgão oficial para conhecimento das partes, seus advogados e geral, além de sua afixação na entrada da sala em que se realizar a respectiva sessão; a proclamação do resultado).¹⁰⁸⁰ São as condições essenciais de bom desempenho da justiça e de legitimação do exercício da jurisdição. No Brasil, a publicidade reveste-se de tamanha intensidade que até mesmo as decisões administrativas dos tribunais estão submetidas ao imperativo de *portas abertas*¹⁰⁸¹. Não por outra razão, com argumentos racionais, sólidos, válidos e controláveis, hão de ser, pelo juiz, justificadas, em cada caso concreto, as exceções que perfurem a regra de ouro da publicidade externa. Configura-se, como bem se compreende, uma tensão entre dois valores, como, por exemplo, de um lado, a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo, e, de outro, o interesse público à informação. No mundo de carne e osso, ocorre, com frequência, abaloamento de direitos fundamentais.

Colisões, inerentes à vida social, são inexoráveis. O juiz deve fazer o balanceamento dos interesses em jogo, sempre adstrito às especificações do caso concreto submetido à sua cognição. Porque, ao contrário do proclamado *tudo ou nada* concernente às regras, os princípios admitem gradação, ou seja, aplicação *cum grano salis*: a preponderância de alguns em detrimento de outros está visceralmente atrelada às especificidades do caso particular. Nalguns, à luz da hipótese fática, ter-se-á a primazia da preservação da intimidade, da privacidade, enquanto que, noutros, ceder-se-á o passo ao direito constitucional à informação. As restrições, difusamente admitidas, conformadas por peculiares marcações fáticas do caso concreto, insinuam uma dimensão exclusivamente legal, não conferindo, ao propósito, competência ao juiz¹⁰⁸², mas hospedam-se em cláusulas normativas de textura aberta e

¹⁰⁸⁰ Diferentemente, por exemplo, do que sucede com julgamentos da Suprema Corte norte-americana, a apoteose da publicidade, no Brasil, está em que as sessões do Egrégio Supremo Tribunal Federal podem ser assistidas presencialmente e, em tempo real, assim também, por um canal especial de televisão (TV-Justiça). Densifica inegável fator de legitimação da chamada jurisdição constitucional e, de conseguinte, atenua seu apregoado caráter contramajoritário, embora a noção de democracia constitucional sirva de justificação à cátedra de que os juízes, sendo uma minoria, substituem a maioria. Aquela noção pertine à regra da maioria e, também, à tutela das minorias, não como dimensão de substituição, senão assecuratória de procedimento para que ambas possam se expressar. Sobre as (in)conveniências de uma transmissão simultânea por rádio ou por televisão, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien. Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69-76, esp. p. 75-76.

¹⁰⁸¹ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 93, inciso IX.

¹⁰⁸² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 92 a 126. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, t. 3. p. 48.

conceitos juridicamente indeterminados: defesa da intimidade (v. g., nas causas de família ou concernentes ao estado da pessoa, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados), interesse social (v. g., processos concernentes a crianças e adolescentes a que se atribua a prática de ato infracional, ou o sigilo das votações nos julgamentos pelo Tribunal do Júri), segurança do Estado (v. g., restrições à divulgação de dados estratégicos para a defesa nacional), ordem pública (v. g., na fase pré-processual do inquérito, o sigilo dos atos visa precipuamente assegurar a eficácia da própria investigação na aclaração do fato vulnerador da norma penal e da correspondente autoria e, por isso, a publicidade poderia acarretar detrimientos ao investigado ou indiciado e à vítima), bons costumes (v. g., nulidade de negócio jurídico subordinado a uma condição ofensiva da moral social dominante).

Comumente, à semelhança da regra da publicidade plena, as hipóteses excepcionais de sua abdução - mas, como exigência do direito de defesa, garantida, em qualquer caso, a presença das partes e de seus advogados - estão, também, abrigadas às expressas em textos constitucionais¹⁰⁸³ e infraconstitucionais¹⁰⁸⁴. A excepcionalíssima restrição à presença das partes¹⁰⁸⁵, nos casos em que se afigure necessária à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, somente encontra justificação legítima e válida se e quando estiver contemplada em lei (v. g., quando forem indispensáveis, sem a presença da parte contrária, para não tornar ineficaz a tutela cautelar, as justificações prévias no arresto, sequestro e busca

¹⁰⁸³ Constituição Federal brasileira de 1988, arts. 5º, LX, e 93, IX. Não por acaso, esse texto constitucional, com a finalidade de robustecer a importância da publicidade, consagrou-a, também, no art. 5º, XXXIII (direito à informação), XXXIV, alínea *b* (direito de certidão), e LXXII (*habeas-data*), e, em termos mais abrangentes, no enunciado normativo do art. 37, *caput*, ao qual a atividade jurisdicional está submetida. Também contemplada no projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 6º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.” Nessa direção, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em seu art. 6º - 1, segunda parte: “(...) O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

¹⁰⁸⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 155, I e II. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada somente a presença das partes, de seus advogados, defensores públicos ou do Ministério Público.” No mesmo diapasão, Codice di Procedura Civile italiano de 1940, art. 128.

¹⁰⁸⁵ Abonada pela Constituição Federal brasileira de 1988, art. 93, inciso IX, parte final: “(...) podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes(...).”

e apreensão)¹⁰⁸⁶ ou em jogo valor de elevada envergadura constitucional (v. g., preservação da vida ou da integridade física ou moral de um dos cônjuges, em um processo de divórcio).

No Estado Constitucional Democrático de Direito, como todo poder emana do povo (ou melhor: dele não se arreda, nele repousa perenemente), vive-se sob uma chuva ininterrupta de transparência no exercício de função pública¹⁰⁸⁷, de justificação luminosa das atividades do poder estatal. A publicidade é seu eixo axiológico,¹⁰⁸⁸ como decorrência necessária do fundamento democrático do Poder Judiciário, ancorado na soberania popular e exercitado em nome do povo. A publicidade é a usina de legitimação da função jurisdicional. Tudo que o ente estatal faça ou deixe de fazer, todos os seus comportamentos, não se podem arredar ao conhecimento público. Tem sabor naturalmente palatável que os termos cruciais de cooperação social entre pessoas morais, livres e iguais submetam-se ao axioma de publicidade completa¹⁰⁸⁹. Por assim ser, não se pode colocar a luz do sol em um lugar onde não se possa vê-la. Hermetismo e escuridão não têm vez. Nesse quadro institucional, a vida democrática não permite operar uma aliança paradoxal entre a limpidez e o mistério, a claridade e o enigma. A publicidade dos atos estatais, como o é uma sentença judicial, é essencial para a respectiva controlabilidade (endo e extraprocessual). Quando a decisão judicial, pela via do dever de motivação obrigatória, como imperativo de culturas jurídicas democráticas alumadas pela publicidade, expõe-se ao público, mostra-lhe as entranhas da *ratio decidendi*. A opinião pública em seu complexo, ou cada um do povo, pode obter a certificação de que, sob a égide dos valores vigentes na sociedade, o julgado é aceitável, por encerrar juridicidade, racionalidade, justiça substancial.

No enunciado normativo do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira de 1988, com saliente sentido, a publicidade figura como irmã siamesa da motivação. Aquela está perenemente conectada a esta, como seu instrumento de controle democrático sobre o

¹⁰⁸⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 815, 823 e 841, *caput*, respectivamente.

¹⁰⁸⁷ SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Princípio da publicidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de. (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 173-192, esp. p. 175.

¹⁰⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série EDB). p. 229-232, esp. p. 231: “Observe-se, oportunamente, que a Constituição de 1988 instituiu uma ordem democrática fundada no valor da publicidade (*Öffentlichkeit*), substrato axiológico de toda a atividade do Poder Público. No Estado Democrático de Direito, a publicidade é a regra; o sigilo, a exceção, que apenas se faz presente, como impõe a própria Constituição, quando seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII) e quando não prejudique o interesse público à informação (art. 93, IX).”

¹⁰⁸⁹ RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 85.

exercício do poder estatal. Publicidade e motivação formam um bloco monolítico garantístico. A publicidade está para a motivação como a força da gravidade está para a vida no planeta Terra. Mas há mais. A fusão dos átomos da publicidade com os da motivação constitui a fonte de legitimidade das decisões judiciais e de legitimação do exercício da jurisdição estatal.

A publicidade pode responder a uma função diversa e específica, como quando, no prudente exercício de poder discricionário, o juiz, a requerimento da parte (v. g., com fulcro em um escrito ofensivo à sua reputação), ordena que a sentença de mérito seja publicada, na íntegra ou por extrato, em jornal de grande circulação, na crença de que a divulgação possa colaborar para reparar o dano.¹⁰⁹⁰ O desiderato é de satisfação moral ao lesado. Naturalmente, é hipotetizável a conveniência de divulgação, total ou parcial, da motivação do *decisum*.¹⁰⁹¹ A badalação jornalística da sentença, como sanção de caráter civil, assume concepções restitutória e/ou ressarcitória, de danos não patrimoniais ou morais e patrimoniais indiretos, os quais representam a implicação econômica de uma ofensa moral, e, como forma preventiva de reintegração, ainda também a função de prevenir danos futuros, provenientes de um ilícito meramente civil¹⁰⁹² (v. g., questão empresarial atinente à concorrência desleal). Nalguns casos, a adequada divulgação da sentença se oferece como o único meio de inibir, ressarcir ou atenuar os danos, desempenhando, por conseguinte, papel adventício aos escopos endo e extraprocessuais próprios da publicidade.

6.7.2 Controle social sobre a jurisdição estatal

Em latitude externa, já agora para além dos confins do processo, a participação da comunidade em geral, e de cada cidadão em especial (tornada exequível pela motivação suficiente, adequada e transparente, no viés de justificação política), no controle sobre a atividade jurisdicional e da participação democrática na administração da justiça tem dupla virtude: perscrutar sua legitimidade e, como fator inestimável, conferir-lhe legitimação

¹⁰⁹⁰ Codice di Procedura Civile italiano, art. 120, § 1.: “*Nei casi in cui la pubblicità della decisione di merito può contribuire a riparare il danno, il giudice, su istanza di parte, può ordinarla a cura e spese del soccombente, mediante inserzione per estratto in uno o più giornali da lui designati.*”

¹⁰⁹¹ CAVALLONE, Bruno. **La divulgazione della sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1964. p. 100-101.

¹⁰⁹² ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: disposizioni generali. Terza edizione riveduta. Napoli: Jovene, 1957, v. 1. p. 349-351.

democrática¹⁰⁹³. A redenção da índole garantística da motivação, como elemento essencial da jurisdição, deu-se pela via do constitucionalismo moderno, o qual, em muitos países com dignidade constitucional, consagra concretamente sistema de garantias fundamentais à administração da justiça. Influente doutrina reconhece mesmo um modelo constitucional de processo, como paradigma necessário de estudo científico, de nova interpretação e de aplicação do Direito Processual Civil. A ambiência constitucional, na qual vicejam determinados valores fundamentais, a par de fornecer nova base metodológica, erige-se em óbice a infiltrações autoritárias no processo, fiel ao pensamento contemporâneo de democratização, com implicações deontológicas, e de justeza do instrumento, vocacionado à realização de justiça material. A partir da ideia de tutela constitucional do processo, a jurisdição é arquitetada não apenas como função essencial, conforme as diretivas do Estado Constitucional Democrático de Direito, mas, e sobretudo, como *locus* de defesa de direitos, fundamentais ou não, individuais e coletivos.

Nessa conjuntura, a motivação (re)incorpora o DNA de garantia fundamental. Não por acaso, as razões explicitadas na motivação, com suficiência, clareza, precisão, coerência, congruência, sobre serem consistentes e aceitáveis, têm o fim de afirmar a benignidade das próprias escolhas adotadas pelo juiz, fulcradas nos argumentos fáticos e jurídicos deduzidos e debatidos pelas partes, como expressão dos direitos fundamentais de defesa e do contraditório. Tendentemente, bem por isso, à obtenção de consenso, permitirão, com máxima ressonância, que destinatário ideal e específico (partes, advogados, juízes revisores, outros juízes, juristas, doutrinadores especializados) e um conjunto aberto de circunstâncias, representado pela opinião pública, possam esquadriñar a sentença, alocar as respectivas razões justificativas de decidir sob olhar crítico, formular juízo, e difusamente controlar, *a posteriori*, sua coerência com a hipótese particular, qualidade jurídico-científica, correção, justiça, juridicidade, valoração ético-política e, bem ainda, a imparcialidade do juiz (contexto de justificação externa ou de validação).

Força é convir que um dos méritos do chamado controle social das decisões judiciais proferidas, exercido pela comunidade em geral, e pelo cidadão *uti singuli*, através da crítica

¹⁰⁹³ Há multifárias modalidades de participação da sociedade (participação *na* administração da justiça e participação *mediante* a justiça), previstas na Constituição Federal brasileira de 1988 como, exemplificativamente: i) júri popular (“juízo dos pares”), com competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII), que, mais que qualquer outra, tende a aplicar, ao exercício da função jurisdicional, os princípios da democracia participativa e direta; ii) quinto constitucional atinente à classe dos advogados (art. 94, *caput*); iii) juízes leigos, nos Juizados Especiais (art. 98, I); iv) juízes de paz (art. 98, II). Vide, ao propósito, Constituição italiana, art. 102, § 3.: “*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia*”.

construtiva, repousa na possibilidade democrática de influir e, assim, de alterar o rumo de futuros julgamentos atinentes a casos análogos¹⁰⁹⁴. Como é intuitivo, tal modalidade de fiscalização somente é viável se a motivação-justificação for indispensável e pública. A controlabilidade e a racionalidade inferem-se do dever de motivação. Busca-se preservar a própria juridicidade da decisão judicial, com o atributo da indispensável racionalidade¹⁰⁹⁵. De sorte que, em uma perspectiva extraprocessual, essencialmente política, a motivação traduz-se em um campo de efetiva participação popular na administração da justiça, possibilitando, a quem não seja parte no processo, a verificação dos modos, dos tempos, das formas, dos critérios com os quais o juiz decide uma demanda judicial. A exigência de motivação da sentença, reafirme-se, é imperativo de ordem pública.¹⁰⁹⁶ A jurisdição é função em seu âmago pública, daí decorrendo necessariamente que o Estado-juiz aponte as razões de fato e de direito que influiriam na concepção intelectual de sua convicção na adoção desta - e não daqueloutra, do mesmo modo aceitável - solução jurídica da causa.

A motivação, como bem se compreende, é um espelho de garantia que, por irreprimível transparência, permite que a coletividade possa controlar a “obra” de membro exercente de uma das funções essenciais do Estado. A revelação, pelo juiz, das razões que influíram na formação intelectual de sua convicção é necessária, mas não é suficiente. É mister que, um passo à frente, o discurso judicial justificador, lançando mão de critérios objetivos de julgamento, revele-se externamente como espaço de consenso, aceitável para a comunidade em geral e para a comunidade jurídica em especial. A motivação *made in* Estado Constitucional Democrático de Direito experimenta uma dimensão prevalentemente política, um significado de garantia fundamental, como passaporte de controle social sobre o juiz exercente da jurisdição, enquanto delegatário do povo, em cujo nome a sentença é pronunciada¹⁰⁹⁷. A viabilização do controle social, acolá dos tapumes do processo, pela motivação obrigatória, através de indispensável publicidade, e pelo princípio político da

¹⁰⁹⁴ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 198.

¹⁰⁹⁵ DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a Constituição de 1998. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 57-62, jan./mar. 1991, esp. p. 62.

¹⁰⁹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1. p. 55.

¹⁰⁹⁷ É digno de nota, no ponto, o enunciado normativo do art. 101, § 1, da Constituição italiana de 1947: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*” Também, a dicção do art. 102, § 3.: “*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia.*” Afina-se pelo mesmo diapasão a Constituição portuguesa de 1976, art. 202, 1: “Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.”

participação popular na administração da justiça¹⁰⁹⁸ consente refrear o autoritarismo judicial e formar consciência cívica no desenvolvimento de uma densa opinião pública, além de majorar exponencialmente o grau de confiança da comunidade na atividade jurisdicional¹⁰⁹⁹, no trabalho do juiz, na tutela jurisdicional efetiva, equitativa, justa. Reforça a independência do juiz, assegura sua probidade e responsabilidade social. A descrença, no seio da comunidade, é a ferrugem que silenciosamente corrói as instituições. Carcome o próprio processo, quer concebido como instituição, situação jurídica, relação jurídica ou entidade juridicamente complexa. Na primeira concepção, o Código de Processo é, a um só tempo, estatuto do autor, do réu, do juiz e até de terceiros frente ao processo (v. g., o Código estabelece os limites subjetivos da coisa julgada material também em relação aos não-litigantes).

Imperioso superar a cortina do ceticismo. O mote é a fidúcia. Robustecer a confiança da sociedade nas Instituições em geral, e no sistema de Justiça em especial, sobre ser amálgama da tessitura social, é a viga-mestra de sustentação do Estado Constitucional Democrático de Direito. Avulta o valor democrático da motivação como vetor de publicidade e de responsabilidade do juiz. O exercício da fiscalização social, através da participação popular, democrática e difusa, permitida pela função extraprocessual da motivação obrigatória e pública como condição de controle sobre a atividade judicial, contribui, sobretudo, para o aprimoramento da administração da justiça, o incremento de qualidade das decisões judiciais e o desenvolvimento da ordem jurídica. A função extraprocessual da motivação - que se compreende tão somente no quadro das garantias fundamentais da administração de justiça no âmbito do Estado constitucional democrático de direito -, floresce no solo fértil da democracia participativa. Semelhante função extraprocessual conexas-se com uma concepção democrática de exercício de poder, embasada em diuturna justificação. A eficiência qualitativa da função jurisdicional é diretamente proporcional ao dever de o juiz prestar contas das razões, dos critérios de escolha ou de valoração abonados para justificar (que é uma operação intelectual de explicação dos motivos e não propriamente uma motivação) a conclusão final neste sentido ou naqueloutro. É irrefutável, no plano empírico, que decisões judiciais adequadamente motivadas, com implicações na efetividade, na justiça material e na

¹⁰⁹⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. "Partecipazione popolare e funzione giurisdizionale". In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e Processo**, op. cit., p. 25-36.

¹⁰⁹⁹ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 1. p. 142: "*Los efectos de la publicidad llegan a su máximo de importancia cuando se consideran en relación a los jueces, ya sea para asegurar su probidade, ya seja para otorgar a sus sentencias la confianza pública.(...) Les es necesaria como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar.*"

segurança, servem de farol de orientação, de calculabilidade, de previsibilidade, das relações jurídicas e, acima de tudo, de *standards* de conduta social. Sem fazer um jogo de palavras, a incerteza é substituída pela certeza. A sociedade contemporânea não prescinde da regeneração desses valores, direcionados, ao fim e ao cabo, à concreção do ideário de paz social.

6.8 Funções de convencimento e persuasiva?

Motivo contrapõe-se à razão: esta tem jaez intelectual, aquele cariz afetivo. O convencimento vincula-se à racionalidade. De modo que ter razões não se confunde com ter motivos, embora, na prática, as expressões sejam indistintamente empregadas. Convencer, no processo jurídico, é vencer junto com outrem de maneira racional, mediante a apresentação de razões como fundamentos lógicos, justificativas. Concebem-se os meios de convencer como racionais, orientados ao entendimento. Conquista-se a razão de seus interlocutores, mostrando provas, expondo seus argumentos lógicos e técnicos. O convencimento é dialético, sobre pautar-se pela inoculação de argumentos capazes de alterar o estado de consciência e percepção do indivíduo, no tocante a tema específico, determinado. O artífice do discurso justificativo e seu auditório¹¹⁰⁰ entram em acordo (com + vc + vencer = convencer). Por seu turno, os motivos são sugestões, emoções, interesses que servem de combustível à ação, que podem ser esclarecidos pelas racionalizações. A persuasão aplica sugestões emocionais, anseia acariciar os sentimentos, gerando sensações. Idealizam-se os meios de persuasão como irracionais, pois que repercutem sobre a vontade. Têm por endereço o coração do auditório. Persuadir outrem significa almejar mudança em seu estado anímico: antes o indivíduo pretendia fazer algo (*v. g.*, impugnar decisão judicial desfavorável) e, agora, persuadido das razões justificativas da conclusão final, reavalia agir de forma diversa. O convencimento e a persuasão têm em mira influenciar, sem manipular, outrem, no afã de obter sufrágio, alcançar adesão. Aquele é o resultado do ato de convencer (racional), ao passo que esta é a consequência de uma ação sobre a vontade (irracional).

Contudo, no atinente ao discurso justificativo judicial, e com apresentação e recepção efetivas de cada argumento, não se podem separar, com precisão cirúrgica, faculdades do ser

¹¹⁰⁰ ESSER, Josef. Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 137-159, esp. p. 139.

humano (leitor ou ouvinte) como a razão, as emoções, a vontade; faculdades às quais o discurso justificativo se dirige, para efeito de confiabilidade e de validação inerentes ao binômio racional-irracional. Daí porque se pode, embora não como critério único, pensar no escopo do discurso (técnico ou filosófico), conectado com o tipo de adesão almejado (particular ou uma aprovação universal), ao fim de classificar-se um discurso como convincente ou “somente” persuasivo. A intenção de convencer não é ainda o convencer, tampouco intenção de persuadir ainda o próprio persuadir. De qualquer maneira, nessa novel perspectiva, o convencimento, sob o prisma da argumentação, converge mais com as ideias de potência, do que deve ser (intenção do orador), e menos com aquelas de ato, do que é (adesão do auditório). Da original pretensão à verdade, remanesce uma intenção de verdade.

Nessa empreitada argumentativa, a linguagem judicial, a ser veiculada em uma miríade de enunciados, há de ser clara, direta, objetiva, idônea a permitir a compreensão do julgado e, desta maneira, abolir a arbitrariedade¹¹⁰¹. Ademais, as regras-pontes (inferências) entre premissas e conclusão (parciais e final) não de ser aceitáveis e desfrutar de validade ante a lógica formal. Não às deduções arbitrárias, as quais inevitavelmente infirmarão a fidedignidade da conclusão final. Ao contrário, nesse encadeamento de proposições, os enunciados intrinsecamente deverão conter “verdades” que servirão de fio condutor à “convicção” cristalizada na conclusão final (dispositivo da sentença).

O coeficiente de produção de aceitação, ou grau de robustecimento de acordo, é diretamente proporcional à qualidade (eficiência) argumentativa do juiz, enquanto processo discursivo e racional. Contudo, há casos em que, na contramão da lógica, as “vozes das ruas” ou a opinião pública poderão refutar o discurso judicial, seja quanto aos seus enunciados, seja quanto à sua proposição-conclusiva, seja, por fim, em relação a ambas. O auditório, ou especiais destinatários, ao propósito, exibem irrestrita liberdade para assentir àquele discurso ou mesmo recusá-lo. Como as premissas podem não fechar circularmente (v. g., utilização de analogias, regras de experiência, arquétipos ou argumentos *a fortiori* e *a contrario sensu*), pode ocorrer, e não raro ocorre, que a ponte de um argumento a outro não seja estritamente necessária. Significa dizer que não se chega ao remate de uma teia argumentativa que seja

¹¹⁰¹ ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**. Quito: TCE, 2010. p. 11: “*La motivación, por tanto, no puede considerarse cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad del juzgador, accediendo o no a lo pretendido por las partes en el proceso, sino que se refiere a que en los proveídos judiciales se exterioricen los razonamientos que cimientan y sustentan la decisión, que debe ser lo suficientemente clara para que sea comprendida y, de esta manera, se elimine la arbitrariedad. Por tanto, no hay duda de que la motivación, a más de ser un deber para el poder público, es un derecho exigible jurisdiccionalmente, conforme con un Estado constitucional de derechos y justicia.*”

verdadeira ou falsa. Pode-se gerar, isto sim, mais ou menos aceitação/sufrágio social, na medida direta do nível de persuasão/convencimento,¹¹⁰² crença que a argumentação¹¹⁰³ é suscetível de incutir/produzir na sociedade, levando-se em conta valores predominantes em determinado momento sociocultural.

Ademais, em sede social e no tocante ao discurso judicial justificativo ensartado na motivação, seis expressões são suficientes para ilustrar o que se vem de dizer: consenso, dissenso, concordância, cizânia, aceitação, objeção. O que, já agora sob o prisma da legitimação da jurisdição, pela vertente da motivação, se mostra imprescindível é a existência e a efetiva concretização de meios/instrumentos e de processos direcionados, em determinado perímetro territorial, a despertar e a cultivar ou não a aceitação, o consenso relativamente à “obra” do juiz, e o reconhecimento de que, no mundo de carne e osso, a jurisdição estatal está ou não sendo bem e responsabilmente exercida. No domínio da ética, também aflora a necessidade de assegurar alguma forma de controlabilidade racional ao terreno das decisões jurisdicionais, mormente no tocante às opções valorativas do órgão judicante retratadas em sua motivação. As variegadas teorias de argumentação (v. g., a retórica filosófica de Perelman; a lógica argumentativa de Toulmin¹¹⁰⁴; fundadas em regras argumentativo-

¹¹⁰² A noção perelmaniana de *auditório universal* se conecta ao polêmico problema da diferença entre *persuasão* e *convencimento*. Aquela (persuasão) estaria referenciada a um *auditório específico*, levando-se em linha de necessária consideração os seus atributos, lançando-se mão, por conseguinte, de elementos de cunho psicológico, a par de notabilizar-se pela presença de interesses, nem sempre justificáveis; enquanto que este (convencimento) seria discurso argumentativo cujo alvo é a ideia-limite de auditório universal, e que supõe a utilização de teses consideradas verdadeiras por quem as sustenta. Tal distinção, entre persuasão e convencimento, transparece, em cores mais vivas e nítidas, da teoria da argumentação de Habermas, com o emprego do modelo de “*situação ideal de fala*”. Vide, no ponto, MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 62: “Assim, o discurso persuasivo é um discurso *ad hominem*, ao passo que o discurso convincente é *ad humanitatem*.”

¹¹⁰³ Acresce a interessante distinção perelmaniana entre demonstração e argumentação. Aquela seguiria raciocínios lógicos formais, desembocando em conclusões necessárias e universais. Esta lançaria mão de técnicas idôneas a suscitar a adesão às teses que são apresentadas, alcançando resultados fortes. A demonstração alicerça-se na ideia de evidência, diante da qual todo homem racional é obrigado a ceder; já a argumentação é refratária à ideia de que toda prova seria redução à evidência. Confira-se, acerca da diferenciação em tela, MAIA, Antonio Cavalcanti, op. cit., p. 63.

¹¹⁰⁴ No modelo de Toulmin, a estrutura de um argumento substantivo é sustentada por quatro pilares: (i) uma conclusão (C), dados colhidos em seu prol (*Data - D*), aquilo que autoriza a fornecer esses dados para aquela conclusão (*Warrant - W*) e as evidências casuísticas que apoiam W (*Backing - B*). TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 139-154. Tal modelo serviu de fonte de inspiração para as elaborações teóricas de Habermas, posto que a problemática da argumentação (“sistema de pretensões de validade”, o qual pode ser resgatado por meio de argumentos) guarda íntima conexão com a sua ideia de “agir comunicativo”, com veracidade e busca da verdade, entendida como aceitabilidade racional, e sinceridade, componente da categoria medular ao desenho teórico habermasiano que é o “mundo-da-vida”. A prática argumentativa, em Habermas, está conectada ao polêmico conceito de “situação ideal de fala” (que ostenta similitude com a concepção perelmaniana de “auditório universal”). Vide, uma vez ainda, MAIA, Antonio Cavalcanti, op. cit., p. 63.

discursivas influenciadas quer pelo universalismo kantiano, quer pela teoria do discurso de Habermas; a representatividade argumentativa ou discurso racional como fundamentação jurídica de Alexy¹¹⁰⁵) fornecem parâmetros capazes de iluminar, pelo uso prático da razão, o “fruto” do juiz, que repousa na *motivatio* da sentença, seja mediante razões, seja por influência causal. Há inegável preocupação prática,¹¹⁰⁶ notadamente no que concerne à aplicação judicial ou administrativa do Direito.¹¹⁰⁷

Nessa moldura, algumas indagações são oportunas. A motivação da sentença deve encarnar a função de persuasão das partes em especial e de convencimento da sociedade em geral? As razões justificativas expostas pelo juiz, que estão à base de sua conclusão final, hão de ostentar o atributo (e a aptidão) de persuadir as partes e de convencer o povo? Afinal, é necessário que, de fato, o discurso justificativo judicial se revele persuasivo e convincente?

Cuida-se de verdadeira *vexata quaestio*. Na doutrina especializada, há importantes vozes no sentido de que à motivação descaberia necessariamente cumprir esse papel de persuasão ou de convencimento das partes, em relação à correção interna e externa de enunciados, premissas e argumentos que compõem as razões justificativas (universalizáveis, no jaez de aceitáveis) e a justeza da conclusão final. Do ponto de observação estritamente jurídico, não é necessário que a motivação seja persuasiva, mas também é profícuo, sob o ângulo de mirada político-sociológico, que o seja¹¹⁰⁸. Ao contrário, há vozes na linha de que o

¹¹⁰⁵ No que concerne aos traços fundamentais da argumentação jurídica, em especial sob o prisma das justificações internas e externas, consulte-se ALEXYY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 219-247.

¹¹⁰⁶ Sobre a decisão racional prática, vide ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 549: “A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por ideias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional.”

¹¹⁰⁷ MAIA, Antonio Cavalcanti. Argumentação jurídica, Teoria da. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 65: “(...) com a *correção racional* dos argumentos empregados nos discursos de *justificação* dessas decisões jurídicas.”

¹¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. **Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione**, op. cit., p. 47: “Non è invece sufficiente, e non è neppure necessario, che la motivazione sia persuasiva nel senso perelmaniano, anche se è utile che lo sia. È possibile infatti che un discorso non razionale sia persuasivo, mentre può accadere che un discorso razionale non lo sia. Peraltro il fine della motivazione è giustificare razionalmente la decisione, non suscitare consenso irrazionale su di essa: il controllo, infatti, riguarda la razionalità degli argomenti con cui si giustifica un giudizio, mentre consenso provocato con mezzi retorici significa soltanto adesione emotiva, non controllo delle ragioni che fondano il giudizio. La definizione della razionalità giustificativa è comunque un problema troppo complesso per essere ridotto in poche parole, e

discurso justificativo judicial há, sim, de exibir o indispensável predicado de persuadir as partes¹¹⁰⁹, embora não o faça explicitamente¹¹¹⁰, e de convencer a comunidade, acerca da bondade dos critérios de julgamento, validade e justiça da solução adotada no caso particular. Entretanto, no contexto desta última concepção, qual seria a consequência jurídica da ausência de convencimento das partes, da sociedade em geral ou dos cidadãos em particular? Juridicamente, em obséquio ao valor segurança jurídica, nenhuma.

A motivação espelha (ou haveria de refletir) o resultado prático da participação, em contraditório, das partes. Todavia, uma coisa é o dever de motivar as decisões judiciais, com a indicação dos motivos de fato e de direito que conduziram o juiz até a conclusão final, ao fito de permitir o controle, endo e extraprocessual, sobre a atividade jurisdicional, no que toca à correção e à justiça do *decisum*; outra, completamente diversa, é asseverar que, ao ângulo estritamente jurídico, a motivação deva ostentar a aptidão de “convencer” as partes do processo, máxime aquela sucumbente, da correção dos critérios de escolha ou de valoração adotados no julgamento do conflito. O convencimento das partes é útil¹¹¹¹, mas juridicamente não se afigura imprescindível. O convencimento da sociedade é utilíssimo, mas, sob uma

soprattutto per essere ridotto allo schema classico del sillogismo giudiziale. Basti dire che essa non coincide con la logica dimostrativa, ma neppure si riduce alla capacità di persuadere retoricamente; piuttosto, essa rinvia ai requisiti di validità dell'argomentazione pratica, come ad es. La congruenza, la consequenzialità, l'uso corretto del linguaggio comune o giuridico, il rispetto delle regole d'inferenza, e così via.”

¹¹⁰⁹ ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. p. 48: “Afora todos os motivos de segurança das partes, sobre o qual há muito sobre o que expor, a motivação da sentença tem, ainda, um caráter explicativo e de convencimento, no tocante à parte que veio a sucumbir no feito, mostrando-lhe que tal resultado não se deve a outros motivos além da incidência da lei ao caso concreto.” Ainda também, TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 22. NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**, op. cit., p. 32. ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**, op. cit., p. 51-52.

¹¹¹⁰ RODRÍGUES, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 266: “A fundamentação da sentença assume técnicas de argumentação visando convencer as partes, mas não o faz *explicitamente*. Porque, se o fizer, acabará por retirar algo da segurança da decisão judicial.” (Grifos no original).

¹¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1973, tomo 2. p. 381: “Aqueles pesos e medidas legais das provas são marcas medievais no processo, muitas vezes empecentes da atividade judicial no sentido de julgar, com a verdade das provas, o peso e a medida delas, que nem sempre coincidem com os das leis taxantes. Com isso o juiz se torna mais responsável e o critério que emprega se aproxima daquele que é usado pela ciência, nas suas pesquisas e nos seus métodos de persuasão. Ao mesmo tempo, democratiza o processo, tornando-o inteligível às massas e ao homem comum, a quem cabe apreciar a ação dos seus juízes. Não é verdade que a parte vencida nunca se convença: as partes por certo querem ganhar, pois que pelo menos o autor procurou a lide; mas querem também, perdendo, ser convencidas.”

ótica que desborda do plano jurídico, para adentrar no campo sociológico e político, *i. e.*, como potência do coeficiente de legitimação do exercício da jurisdição estatal.

Dito de outra maneira, pode-se pensar, no plano endoprocessual e ao ângulo essencialmente jurídico, que seria supérfluo a motivação da sentença persuadir ou convencer efetivamente as partes de que *aquela* solução do conflito afigura-se a melhor, mais justa e adequada às especificações do caso concreto. A referência teórica para tanto, ora fincada, está em que o cunho persuasivo ou de convencimento não seria propriamente um efeito primário da motivação, mas implicação secundária dela. Até a assertiva de que, ante semelhante caráter persuasivo ou de convencimento, as partes podem se resignar com a qualidade dos argumentos expendidos na motivação e, assim, não impugnar o julgado parece ser desmentida pela realidade conformadora do cotidiano forense, a qual demonstra reduzida intensidade de adesão ao discurso justificativo judicial. Contudo, ainda no terreno endoprocessual, escopo prático recomenda que a motivação abrigue razões persuasivas e convincentes que justifiquem a conclusão final e transporte sua validade, cujo endereço, já agora, seja o dos juízes revisores. A manutenção do *decisum*, ou a sua reforma, como bem se compreende, está visceralmente vinculada ao grau de adesão da instância superior, decorrente do persuadir e do convencer das razões justificativas hospedadas na motivação da sentença.

No quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, no campo extraprocessual (como valor político fundamental e, também, instrumental), sob o ângulo de mirada sociológico, iluminado pelo princípio da publicidade, ao qual há de ser devotada a devida seriedade, avulta a função garantística da motivação, embora em linguagem técnica, sem, contudo, extrapolar os limites do razoável e da perfeita compreensão mediana, a fim de permitir, de modo democrático e difuso, a apreensão de forma clara, lógica e precisa, e o controle social sobre a atividade jurisdicional¹¹¹², sob o prisma de mirada da racionalidade dos critérios de escolha ou de valoração do juiz. Nesse quadrante, no que tange à exteriorização das razões de decidir (*v. g.*, axiológicas) do julgador, afigura-se inversamente de invulgar

¹¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça no limiar do novo século. O processo civil brasileiro: Uma apresentação. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-37, esp. p. 34-35: “Ora, se a publicidade está inscrita entre as garantias constitucionais - e, afinal de contas, com todos os riscos inevitáveis, é bom que assim seja -, cumpre levá-la a sério. De nada vale franquear o espetáculo a todos os eventuais interessados e depois representar em idioma que só os *happy few* compreendem. Não nos iludamos: uma parte, cada vez maior, da sociedade brasileira está aprendendo a cobrar explicações e não se resignará indefinidamente a que os poderes públicos a mantenham na ignorância dos processos decisórios, sejam quais forem. De instante a instante aumentará o número dos que querem saber como se decide, e porquê. O Judiciário não vai escapar a essa mirada perscrutadora; convém que esteja preparado para explicar-se: é o preço que tem de pagar para assegurar a si próprio o mínimo de credibilidade sem o qual não poderá exercer de maneira satisfatória, do ponto de vista social, a função de árbitro supremo dos conflitos de interesses.”

relevância o convencimento da comunidade, segundo valores dominantes na sociedade ou em determinado grupo social em época contemporânea à prolação da sentença, para fins de aceitabilidade dos critérios de eleição ou de valoração utilizados pelo juiz na sentença (ou seja: sobre a pertinência e adequação dos argumentos que lhe são apresentados). Nesse desiderato, o juiz, através de seu discurso justificativo, deve adaptar-se às crenças e valores perfilhados pela sociedade. Nesse processo de comunicação, na perspectiva da conformação da adesão, inobstante a relevância da convicção do juiz-emissor, não se pode descurar da importância do papel da convicção da sociedade-receptora. Se todo poder emana do povo, e se o juiz exerce, por delegação, o poder estatal, conducente a asserir que o povo soberano é o magistrado dos magistrados, na dimensão de controlabilidade racional sobre a função judicante.

Há, porém, mais. Se (i) sob abordagem estritamente jurídica é desinfluyente ou de rala importância que as partes se convençam do acerto, ou não, dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz para lastrear a conclusão final; (ii) o eventual não convencimento de uma das partes ou de ambas não acarreta qualquer consequência jurídica no processo (aliás, a ideia de que a boa fundamentação ou a qualidade da motivação exibem a virtude de desacorçoar o oferecimento de impugnação está em mora com a realidade forense, e, amiúde, é por ela desmentida)¹¹¹³; (iii) convencida da superioridade técnica das razões justificativas que sustentam o *decisum*, a parte pode, apesar disso, impugná-lo; (iv) não convencida, a parte pode também apresentar impugnação; (v) nessa moldura, sob ótica notadamente jurídica é desinfluyente que as partes se convençam do acerto, ou não, das razões colocadas à base da conclusão final; antes, ao revés, na órbita extraprocessual, mas sob color sociológico, a carga persuasiva, de convencimento, assume formidáveis contornos no que toca aos critérios utilizados pelo juiz para decidir a causa em determinado sentido, tanto para a legitimidade da decisão perante a sociedade quanto para a legitimação do exercício do poder jurisdicional.

¹¹¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**, op. cit., p. 86.

7 PROVA DE FATOS E MOTIVAÇÃO

7.1 Recíproca implicação entre dois fenômenos: fatos e motivação

Na dimensão do garantismo processual, a tutela jurisdicional efetiva como resposta do Estado-juiz e o direito de as partes sustentarem suas próprias razões espelham a garantia fundamental do contraditório. Semelhante instrumento operativo direciona-se dialeticamente ao apropriado acertamento da verdade histórica dos fatos (ou melhor: da verdade dos enunciados que têm por objeto fatos) controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, encerrando modalidade cognitiva ou medida do juízo e proposição com força assertórica (ou seja, pela consciência da realidade, algo se determina) tendente a expressar a verdade de um conteúdo proposicional¹¹¹⁴. A verdade é una. *Quid est veritas?*

Na alvissareira onda de humanização do processo judicial, ao maior diálogo humano entre juiz e partes e vice-versa corresponderão simetricamente mais amplas oportunidades de dizer e desdizer, fortalecendo, por isso mesmo, as possibilidades de buscar-se (feita abstração da unicidade da verdade), a verdade substancial (avaliação substancialista da verdade). Ou, quando menos, o predicado de “verdade judicial-processual”, a permitir, atento à força motriz do material probatório-cognoscitivo engranzado no processo, irradiação de grau de conhecimento dos fatos suficiente para abduzir qualquer dúvida razoável e apoiar a formulação de decisão justa, evidentemente condicionada pelo singular contexto normativo e cultural no qual se insira.

No âmbito do discurso racional, como comunicação privilegiada, a argumentação contida na motivação dos juízos de fato e de direito da decisão pode revelar verdade ou correção de um algo (de fatos empíricos, de normas jurídicas). A práxis argumentativa, nesse aspecto, é o passaporte de certificação de pretensões de verdade tornadas problemáticas. Há, pois, uma otimista conexão epistemológica de verdade e justificação, embora não se possa descartar que, mesmo acuradamente justificado, um enunciado fático mostre-se falso, inidôneo¹¹¹⁵.

¹¹¹⁴ KANT, Immanuel. **Lógica**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009. p. 105.

¹¹¹⁵ Na ambiência da teoria habermasiana do discurso, acoplada à sua concepção epistemológica acerca da verdade, vide STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, op. cit., p. 142.

Nesse quadrante, desponta modelo racional de acerto dos fatos, exprimido em um procedimento lógico-cognoscitivo de várias fases, cada qual composta de seqüências ordenadas de inferências factuais (inclusive de formulação ou de verificação de hipóteses intermediárias) válidas, na medida em que são logicamente corretas. Tendem a determinar o coeficiente de confirmação - de probabilidade¹¹¹⁶, não de verdade absoluta ou de certeza conclusiva¹¹¹⁷ - concernente à provável, em grau suficiente, existência ou à inexistência do fato probando. Consideram-se, nessa escala de aceitabilidade probabilística, os elementos de conhecimento (indícios, provas) à disposição do juiz¹¹¹⁸, o qual, não raro, singra no revoltoso mar da incerteza, norteado pela bússola da ilusão da verdade.

A probabilidade indutiva de uma hipótese factual, em maior ou menor coeficiente, é diretamente proporcional à qualidade epistêmica das provas reconduzidas a corroborá-la. Não por acaso, a quantidade e a variedade de provas também incrementam a probabilidade de ratificação de um enunciado fático. Como bem se compreende, potencializam o cálculo de probabilidade de aproximação mais rente à realidade fática subjacente à causa, variável caso a caso, dependendo dos meios de prova e de seus resultados, que iluminaram o *iter* do raciocínio do juiz até sua decisão. Esse influxo de graduação conxiona-se com os meios de pesquisa alocados à disposição do juiz (por exemplo: confissão, livre e consciente, de um dos litigantes terá a virtude de reduzir as margens de incerteza, muito mais do que a utilização, pelo juiz, de uma presunção simples). Tal escada de probabilidades, maior ou menor, não transporta o mais tênue vestígio à sentença ulteriormente coberta pelo manto da coisa julgada material nem à fé jurídica que dela transpira. Seja como for, dá-se a irrevogabilidade jurídica de seu comando¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ KANT, Immanuel, op. cit., p. 81: “[IX, 81] A doutrina da certeza do nosso conhecimento pertence também a do conhecimento do provável, que se deve encarar como uma aproximação à certeza. Por probabilidade deve entender-se um assentir por razões insuficientes, mas que têm com as suficientes uma relação maior do que as razões do contrário.”

¹¹¹⁷ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, p. 86-96, jul/set 2002, esp. p. 91: “Entender o que probabilisticamente retrata o conjunto probatório nos permite alcançar a verdadeira limitação do conjunto das provas e ao mesmo tempo nos remete à irreversível necessidade de esperar do juiz uma formulação mais consistente, consciente e racional de sua atividade decisória. Não há dúvida de que essa conclusão gera um efeito direto, que é o aumento da necessidade de reflexão do juiz e a conseqüente imposição de demonstração dos seus processos de avaliação racional expostos na motivação.”

¹¹¹⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 241.

¹¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di) **Opere giuridiche**, v. 5, op. cit., p. 615-640, esp. p. 617-618.

A refletir em si a evolução da moderna doutrina constitucional-processual, no espaço público de dialeticidade do processo, o núcleo essencial do contraditório hospeda, em meio a outros, dois elementos medulares. Primeiro: direito à prova e à contraprova das alegações fáticas formuladas pelas partes, sob a apologia evidentíssima de que seria improfícuo o contraditório reconhecer a faculdade de fazer valer em juízo as próprias posições jurídicas se, concomitantemente, como condição necessária de efetividade dos direitos, não fosse garantida a possibilidade de fornecer a demonstração probatória objetiva dos fatos sobre os quais se apoiam. Ademais, as partes têm o direito fundamental de obter do juiz uma adequada valoração das provas adquiridas pelo juízo, levando-as efetivamente em consideração em seu “*prudente apprezzamento*”, com a indicação de razões justificativas da formulação da decisão no juízo de fato.¹¹²⁰ Há, contudo, mais. Cumpre ao juiz avaliar todas as provas integrantes do conjunto probatório ensartado no processo. Descabe, aqui, objetar com a livre convicção do juiz, para, a partir dele, estabelecer, seletivamente, quais as provas levar em conta para os fins de sua decisão.¹¹²¹ O segundo elemento do cerne essencial do contraditório consiste no direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz (contraditório como direito de influência - *Einwirkungsmöglichkeit*).

Como é cediço, a justiça substancial da decisão judicial não se confina a um único e universal critério de apreçamento; antes, ao revés, é concebível mesmo a existência de variegados modelos teóricos plasmados por múltiplos valores. A orquestração de tais critérios sugere uma fórmula de conteúdo mínimo, porém aberta, de valoração: se e quando a decisão

¹¹²⁰ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal. Un diagnóstico. **Revista de Derecho**, Universidad Austral de Chile, Valdivia, v. 19, n. 2, p. 9-26, 2006, esp. p. 10: “*Los problemas de la justificación jurídica monopolizaron por largo tiempo la atención prestada a la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales. De un tiempo a esta parte, sin embargo, la justificación de la quaestio facti ha ganado nueva visibilidad como garantía del derecho a la prueba y condición de legitimidad del poder judicial. Desde la primera perspectiva se destaca cómo el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente. El segundo punto de vista pone de relieve, en cambio, la amplitud de los espacios abiertos al ejercicio discrecional del poder del juez en el ámbito de la valoración de la prueba, de modo que la justificación pública de sus conclusiones parece el único camino para exorcizar el riesgo de arbitrariedad.*”

¹¹²¹ TARUFFO, Michele. L’istruzione probatoria. In: _____ (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 89: “*La decisione sui fatti è l’esito di valutazioni discrezionale, ma è razionale solo se si fonda su tutte le prove acquisite al giudizio, ed in particolare su tutte le prove dedotte dalle parti. Quando si dice che il giudice deve valutare adeguadamente tutte le prove si intende dire – inoltre – che egli deve dare idonea dimostrazione di aver preso in considerazione tutti gli esiti dell’istruzione probatoria. Ciò equivale a dire che il giudice deve esplicitare e giustificare il proprio convincimento intorno a tali esiti: egli deve cioè motivare la propria valutazione. Tale motivazione deve essere analitica e completa, nel senso che deve investire tutte le prove che sono state acquisite, singolarmente e nel loro complesso, e deve riguardare sia le prove che il giudice ha ritenuto inattendibili, indicando le ragioni della sua valutazione negativa.*”

pode ser placitada como justa. Nada obstante o problema da administração da justiça descansar em contextos sociais, jurídicos, políticos, culturais, econômicos e históricos diversificados, o parâmetro de justiça da decisão não concerne apenas à correção da escolha da regra jurídica aplicável ao caso concreto e à sua interpretação (aceitável), o eventual controle de sua validade, bem como ao emprego de um procedimento válido, equo e justo para transportar à decisão final. Com efeito, outro critério, necessariamente aderente aos dois anteriores, exprime-se no procedimento de accertamento (esperável) dos fatos (principais/jurídicos e secundários/simples) controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, integrantes do conjunto probatório, como fator indispensável à busca sem tréguas da verdade, nos limites espaciais e temporais do processo, no plano da epistemologia, como uma empreitada realística e factível, diversa daquela empresa irrealista e inútil protagonizada *ad aeternum* por Sísifo¹¹²².

Em outras palavras, o juízo de fato consiste, estruturalmente, na atividade direcionada à configuração do accertamento da verdade dos fatos e, ao depois, à sua qualificação jurídica, vale dizer, à subsunção valorativa do fato ao preceito normativo que o juiz entenda aplicável, sobretudo quando norma “aberta” acolha cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados, e à sua admissível interpretação. O critério de relevância da prova, para além de sua qualidade, verificável pelo juiz *ex ante* precisamente para decidir se ela pode ser admitida, deixa entrever traço constitutivo, na perspectiva de que, por evidentes influxos de economia processual, apenas a prova relevante (e, portanto, pertinente) é suscetível de aceitação no processo (*frustra probatur quod probatum non relevat*)¹¹²³. Nessa paisagem, com consciência metodológica, o direito probatório, a prova judiciária e a determinação judicial dos fatos constituem problemas fundamentais do processo adjetivado de justo. No âmbito da *res in iudicium deducta*, conformada pelos fatos principais ou jurídicos¹¹²⁴ (umbilicalmente ligados ao jaez constitutivo, extintivo, impeditivo ou modificativo da posição jurídica deduzida na demanda judicial) afirmados pelas partes, da proposição da prova

¹¹²² DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority**. Yale: Yale University Press, 1986. p. 269.

¹¹²³ TARUFFO, Michele. Fatti e prove. In: _____ (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale), op. cit., p. 65.

¹¹²⁴ Cumpre notar-se, em contraposição, que os chamados fatos secundários ou simples, inobstante não estejam diretamente conectados às pretensões deduzidas em juízo, consentem, se provados, o conhecimento dos fatos principais ou jurídicos, através de inferências lógico-probatórias entre um fato secundário (indício) e o fato jurídico (principal). Vide, ao propósito, GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. p. 99.

derivam os lindes da lide e a individuação do *thema probandum*, o qual não se confunde com o objeto da prova¹¹²⁵.

Não se olvide que os chamados fatos secundários ou simples também podem constituir objeto de prova se e quando revelem importância para o acerto (indireto) dos fatos principais ou jurídicos. A delimitação do tema probando - como conjunto de hipóteses factuais verificáveis à luz dos resultados probatórios -, no processo civil informado pelo princípio dispositivo, decorre das alegações fáticas dos litigantes, traduzidas na formulação de hipóteses de verdade/falsidade de determinados fatos juridicamente relevantes e controvertidos da lide. Há nítida conexão dialética entre a noção de relevância jurídica dos fatos e a individuação do tema probando, traduzido no procedimento de escolhas mais confiáveis, jurídica e valorativamente, conformadoras daquelas hipóteses factuais. É peça constitutiva do mosaico do *thema decidendum*. A experiência da vida judiciária evidencia ser muito reduzida a quantidade de causas nas quais a questão (ponto controvertido) de mérito seja unicamente de direito; antes, o número esmagador delas acolhe questões de direito e de fato.

É certo que, em substituição do chamado sistema de prova legal (adredeamente tarifada pelo legislador, na esfera de certeza puramente formal, despojada de compromisso algum com o problema da verdade), na vertente de classificação das provas segundo a valoração¹¹²⁶ (operação mental do juiz com o fito de conhecer o valor de convicção que se pode haurir de seu conteúdo), nos ordenamentos processuais modernos, em nítida opção de política legislativa, por amor à racionalidade do juízo e à ativa administração da justiça, o juiz desfruta de ampla liberdade de escolha de regras de experiência¹¹²⁷ (critérios cognoscitivos conformadores de atividades probatórias lógico-rationais: deduções, ilações, inferências). Tal eleição toca à análise concreta dos elementos fático-probatórios controvertidos, pertinentes e

¹¹²⁵ Em regra, a audiência preliminar (art. 331, § 2º, do CPC brasileiro, de 1973) é o momento processual em que, uma vez frustrada a conciliação, o juiz deve, no exercício de seu poder-dever de direção do procedimento, verificar a admissibilidade, a pertinência e a relevância dos fatos controvertidos e das provas que as partes almejem produzir, fixando, assim, o *thema probandum*.

¹¹²⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Quinta edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1956, v. 1. p. 159.

¹¹²⁷ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 4 ed. Padova: CEDAM, 1986. p. 326: "(...) il tramite fra la prova e il fatto, così come quello tra il fatto secondario e il fatto principale, è costituito da un dato di comune esperienza (in linguaggio più corretto, da una 'proposizione verificata' o 'non falsificata'), che enuncia ciò che è estremamente probabile attendersi in presenza di questa o quella circostanza. Tali proposizioni sogliono chiamarsi, nella pratica, anche 'massime di esperienza' (cioè delle proposizioni verificate attraverso le quali l'esperienza si pone e diviene interindividuale) assicura la razionalità della sua decisione e, in ogni caso, la rende controllabile in sede d'impugnativa."

relevantes da lide, exclusivamente evidenciados nos autos do processo. Com a finalidade de tolher o emprego arbitrário das máximas de experiência *steinianas* (*Erfahrungssätze*), erguem-se, cumulativamente, três barreiras: (i) devem consistir em noções habitualmente aceitas em determinado espaço sociocultural, contemporâneas à formulação da decisão; (ii) não de ser consentâneas com o conhecimento científico e com ele não podem entrar em rota de colisão; e (iii) a utilização necessita harmonizar-se com outras noções do senso comum.

Todavia, não é menos certo que a livre convicção do juiz é conformada pela motivação obrigatória e pública de suas diretivas de escolha, a envolver opções valorativas de cariz essencialmente ideológico¹¹²⁸, no contexto social, cultural, econômico, religioso, político. O juiz, em sociedade, não se mostra indiferente às suas próprias ideologias¹¹²⁹, política e moral, e à sua concepção de mundo, no momento de decidir (por exemplo: a influência da moral do juiz na interpretação do ordenamento jurídico). Diga-se outro tanto sobre o problema da legitimidade da pré-compreensão do juiz (que, na hermenêutica, é condição de possibilidade), ao trazer, na elaboração do horizonte histórico de um texto jurídico ou de um fato as próprias opiniões prévias, mas não-arbitrárias, a partir de determinadas expectativas conectadas a algum sentido determinado, resultante de projeto prévio (antecipações que devem confirmar-se), suscetível de revisão de significado e de avaliação. A interpretação (de um fenômeno empírico ou de um texto) começa sempre com conceitos prévios que tendem a ser substituídos progressivamente por outros mais adequados. É a empreitada devotada da compreensão. Este constante reprojeter consiste no movimento de sentido do compreender e interpretar, com o objetivo de convalidação daquelas opiniões prévias.¹¹³⁰

A opção hermenêutica adotada na decisão, sem a qual esta não teria sido proferida como foi, repousa nas premissas de sua motivação. Na ideia de circularidade (roda gigante

¹¹²⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORTIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études, op. cit., p. 126.

¹¹²⁹ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; IORIO FILHO, Rafael Mario. Por uma gramática das decisões judiciais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 1856-1867, 2010, esp. p. 1859: “Toda decisão pressupõe uma prática de linguagem, impondo-se mencionar que o discurso decisório é polifônico, pois resulta do somatório das vozes e discursos de diversos atores. Sendo assim, é possível dele se extrair diversas cadeias de discursos. Por isso, nos chama a atenção a ideologia que permeia esse discurso decisório, revelando-se na representação social que o juiz-intérprete faz das normas que deve aplicar e do conflito que lhe é submetido”.

¹¹³⁰ No tocante ao fenômeno da pré-compreensão, consulte-se, por todos, GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. 13. ed. Salamanca: Sígueme, 2012. p. 333 ss, 364 ss, 620.

hermenêutica), as condicionantes político-sociológicas do juiz são importantes ao ensejo de estabelecer o grau de confirmação das hipóteses fáticas (v. g., porque abona maior credibilidade a um meio de prova em detrimento de outro)¹¹³¹. A motivação - enquanto discurso justificativo concebido como atividade destinada a eleger e a articular as razões empregadas para justificar a decisão e como implicação linguística desta atividade - é que irá permitir o controle racional, interno e externo, sobre as influências ideológicas do juiz que se insinuam na apreciação da prova (v. g., se quando apreçou a prova levou em conta os valores constitucionais vigentes na sociedade à qual pertença). No complexo procedimento do *context of justification (explanation)* do raciocínio judicial, demonstrar-se-á, mediante adequada justificação, a validade da solução da causa (resultado) formulada na atividade do raciocínio decisório (*context of discovery*)¹¹³².

Na moldura probatória, visualizam-se três aspectos distintos, mas conectados, entre si. Primeiro: de apreciação das fontes de provas (de onde podem vir as informações?). Segundo: de recepção dos meios de provas típicos ou nominados, em enumeração não-taxativa, senão meramente enunciativa, em veneração ao direito fundamental à prova (v. g., o depoimento pessoal, a confissão, os documentos públicos e particulares, a prova testemunhal, as perícias, a inspeção judicial, a exibição de documento ou coisa) e atípicos ou inominados, vale dizer, provas que não estejam especificamente disciplinadas no texto legal. Nesse diapasão, exemplificativamente, a possibilidade de o juiz utilizar em um processo a prova de um fato obtida em outro processo (“prova emprestada”), desde que preservada a garantia do contraditório e as partes sejam as mesmas em ambos, ou, pelo menos, o litigante contra o qual a prova é postulada haja participado do processo anterior, com oportunidades reais de manifestar-se no tocante a ela). Ocorre a aquisição de conhecimento pelo juiz de modo atípico e, por isso, ante maior espaço de liberdade das partes e do próprio órgão judicante, faz-se, sob

¹¹³¹ Sobre a influência da ideologia do juiz na valoração da prova, vide NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 141-143.

¹¹³² GASCÓN ABELLÁN, Marina. La prueba judicial: valoración racional y motivación. In: CARBONELL, Miguel; FIXFIERRO, Héctor; VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). **Jueces y Derecho**. Problemas Contemporáneos. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 19: “*En suma, ni absoluto divorcio ni total identificación. El juez no puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante unos patrones de racionalidad; y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad. Pero, a su vez, la motivación puede no coincidir exactamente con el descubrimiento, porque en éste pueden aparecer elementos irracionales de los que no puede hacerse cargo aquélla. La motivación asume pues una tarea depuradora sobre la actividad cognoscitiva que reclama del juez una reconsideración de sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales, que son los únicos que ineludiblemente ha de emplear para fundar su decisión.*”

o prisma da responsabilidade, mais intenso seu prudente apreçamento¹¹³³. Terceiro: de valoração ou de apreciação racional do resultado das provas¹¹³⁴, segundo o direito, como uma atividade processual exclusiva do juiz. Como, no rigor da técnica, inexistente supremacia (hierarquização vertical) de um meio de prova sobre outro, ao juiz incumbe empreender apreciação discriminada, específica, de cada prova integrante do conjunto probatório¹¹³⁵, consubstanciando, cada qual, momentos ou partes de um bloco monolítico racional conformador de sua convicção. Assim, vistas as coisas, o juiz deve explicar o porquê das soluções adotadas no juízo de fato, donde a imprescindibilidade de fundamentação, como única garantia possível para assegurar que se decida *secundum allegata et probata*. O sucesso da motivação sublima a jurisdição: a livre convicção do juiz encontra no dever de justificar-se racionalmente o seu pedágio garantístico.

O juiz, para julgar o conflito, como exigência rudimentar de civilidade, não pode, *ex ante*, haver tido “conhecimento privado”¹¹³⁶ do fato probando alegado na causa, pena de comprometimento de sua imparcialidade. Não se compadece com a consciência jurídica que, a um só tempo, se possam aglutinar as condições de testemunha e juiz ou vice-versa. Os fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa constituem por excelência o objeto da prova, concebida como todo meio de confirmação ou não de hipóteses/juízos produzidos no curso do procedimento¹¹³⁷, isto é, visualizada como instrumento de formação do raciocínio jurídico do

¹¹³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39-52, esp. p. 49-50.

¹¹³⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 287: “*Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos e inútiles; si esa prueba cumple o no el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción al juez.*”

¹¹³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abr./jun. 1984, esp. p. 183-184: “Mas a lei quer que nós analisemos as questões de fato, isto é, procedamos ao exame discriminado, específico, das várias provas que foram colhidas e expliquemos o motivo do maior ou menor peso que acabamos de atribuir a cada uma delas. Não basta dizer: “Fiquei convencido de que tal fato ocorreu”, ou “Não fiquei convencido de que tal fato ocorreu”. Para cumprir a lei, e pra ser fiel à nossa missão, é necessário dizer algo mais: porque me convenci, ou porque não me convenci, de que o fato ocorreu, ou de que o fato não ocorreu. Isto só podemos fazer analisando a prova.”

¹¹³⁶ VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**: parte generale. Sesta edizione. Napoli: Jovene, 2002. p. 114-115.

¹¹³⁷ CARLOS BAYÓN, Juan. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (a cura di). **Analisi e Diritto**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 15-34, esp. p. 21: “*Esto, por cierto, nos lleva de vuelta a lo que antes llamé el primer gran bloque de cuestiones que se planteaban en el marco de una concepción racionalista del juicio de hecho, el de la valoración racional de la prueba (es decir, el de aclarar la estructura de las inferencias probatorias y los criterios que determinan la aceptabilidad de sus conclusiones). Y aquí es preciso llamar la atención sobre*

juiz e suporte fático à formulação de sua decisão. Retrata, portanto, um teste de introdução de elementos novos nos autos do processo. Conducente dizer que, na ordinaryness dos casos, os dados normativos ou de direito positivo não se inserem na atividade probatória das partes, porquanto o juiz ostenta o dever de conhecê-los (ou melhor: em caso de ignorância, de procurar conhecê-los)¹¹³⁸. Incide, pois, o brocardo *iura novit curia*, o qual se conxiona com o aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*. Todavia, aquela regra é perfurada por algumas exceções, nas quais também dados normativos ou de direito poderão compor objeto de prova (v. g., direito estrangeiro e direito consuetudinário)¹¹³⁹.

Os fatos influentes na causa hão de ser afirmados pelas partes, para que de sua existência material o juiz possa conhecer. Não bastam simples alegações processuais. Demais disso, de regra, os fatos afirmados devem ser provados pelas partes (verdade/falsidade), a fim de que, ao depois, o juiz possa valorar o respectivo resultado. A distribuição do *onus probandi* entre as partes é ditada pelo princípio da carga dinâmica da prova. Pode ocorrer que a parte tenha o ônus de afirmar um fato notório constitutivo de seu direito, mas não tenha de prová-lo, precisamente porque notório¹¹⁴⁰ (v. g., verdades científicas, históricas, geográficas, geralmente reconhecidas em determinada sociedade). Tampouco necessitam de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pelo *ex adverso*¹¹⁴¹, sem que daí resulte elisão de livre e fundamentada apreciação das provas pelo juiz. Nem depende de prova, em linha de

lo que me parece una perturbadora ambigüedad perceptible en algunos de los trabajos más valiosos que se han producido entre nosotros en los últimos tiempos acerca del razonamiento probatorio. A veces parece que se tiende a pensar que el proceso de valoración racional puede concluir, según los casos, o bien con un resultado cierto o concluyente (porque entre las distintas hipótesis sobre los hechos sólo una ha sido “confirmada” mientras que las demás han sido “refutadas”), o bien con un resultado de duda (porque quedan en pie hipótesis alternativas, ninguna de ellas refutada). Otras veces, en cambio, se entiende que el proceso de valoración racional no puede hacer otra cosa que atribuir grados de confirmación a cada una de las hipótesis rivales sobre los hechos, en cuyo caso o bien alguna de ellas tiene un grado de confirmación mayor o bien sus grados de confirmación son iguales. A mi modo de ver, de estas dos formas de plantear las cosas sólo la segunda es realmente coherente con la afirmación de la naturaleza inductiva del razonamiento probatorio (...).”

¹¹³⁸ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 398.

¹¹³⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 337: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, substanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 383: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário lhe provará o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

¹¹⁴⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 779: “*Si può aver l’onore di affermare un fatto notorio, quando ad esempio il fatto notorio è costitutivo del diritto; ma non si ha l’onore di provarlo.*”

¹¹⁴¹ SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Barcelona: Bosch, 1950. p. 201.

princípio, o fato aceito, expressa ou implicitamente, nos autos do processo como incontrovertido, ante a falta de impugnação específica a cargo do réu em sua contestação, pela singela constatação de que apenas os fatos controvertidos são objeto de prova.

De regra, na hipótese de o réu não contestar a ação, considerar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor em sua petição inicial. Contudo, o fenômeno do efeito da revelia, por si só, não conduz à procedência do pedido e menos ainda dispensa a presença, nos autos do processo, de elementos probatórios suficientes para a livre convicção do juiz, nem o escusa de examinar as circunstâncias que confirmem os fatos fictamente evidenciados, podendo (*rectius*: devendo) determinar de ofício a produção de provas no sentido de carrear para os autos do processo o material probatório. Na moldura do processo substancialmente justo, condicionado pelo adequado acerto da verdade dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, a presunção de veracidade em tela é meramente relativa, e não absoluta. As presunções não configuram meios de prova, pois o que se prova é o fato-base a partir do qual se pode, mediante dedução lógica (operação mental), alcançar a consequência jurídica almejada. O juiz evidentemente pode desconsiderar aquela presunção de veracidade dos fatos, seja com supedâneo no conjunto probatório existente nos autos, seja com esteio em fatos notórios, na própria lei ou em regras de experiência.

O juiz deve indicar os motivos sobre os quais descansa sua convicção, vale dizer, porque se inclinou pela versão dos fatos apresentada pelo autor em apoio à sua posição jurídica, ao invés daquela ofertada pelo réu ou vice-versa. Entretanto, o dever de motivar não se adstringe a invocar provas que justifiquem a hipótese bem-sucedida, triunfante. Não, não e renão. O ponto crucial é que, na atividade de valoração dos elementos de prova, ambas as versões fáticas (do autor e do réu) hão de ser racionalmente justificadas pelo juiz, e não somente a hipótese mais provável como suporte fático por ele abraçada para sustentar sua conclusão final. A versão derrotada, ainda que de escassa credibilidade, não prescinde também de adequada justificação pelo juiz¹¹⁴², como derivativo de sua própria imparcialidade. A não ser assim, ter-se-á umcriptograma da valoração do juízo de fato. A exigência de justificação racional do resultado final impõe ao juiz o dever de explicar porque configurou os fatos relevantes da causa daquele modo e não daqueloutro, valendo notar que, no âmbito do instrumentalismo *valorativo* ou *constitucionalizado*, esse mister abarca a necessidade de expressar razões justificativas concernentes à hipótese factual rejeitada. A versão fática

¹¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 288-289.

refutada pelo órgão julgante também é credora de porquês. Elementar regra de experiência sugere haver maior possibilidade de a verdade - como ferramenta de realização da justiça - germinar da confrontação entre provas favoráveis e desfavoráveis à existência de um fato. A ser diferente, ante a ausência de valoração e de indicação das razões que refutam a versão e a prova da parte perdedora, o contraditório,¹¹⁴³ nas vertentes do direito à prova (de possibilidade de produzi-las e de havê-las valoradas criticamente segundo as regras da experiência interindividuais) e do direito de influência, traduziria garantia puramente formal, ilusória, “para inglês ver”, desnuda de efetividade. Em homenagem também às garantias fundamentais da tutela jurisdicional efetiva, da igualdade, da imparcialidade e do devido processo legal, o juiz deve apontar, expressamente, as razões pelas quais as provas produzidas pela parte perdedora não o convenceram (ou mesmo aquelas requeridas pela parte vencedora podem beneficiar a perdedora ainda que parcialmente, como o depoimento de uma testemunha).

Note-se - e o ponto é de superlativa importância - que não há espaço para a chamada “motivação implícita”, que, na realidade prosaica, nada mais é do que uma não motivação, mas se constitui em cômodo eufemismo para se frustrar a garantia da obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais. A justificação deve abranger, explicitamente, a floresta como um todo e não uma árvore ou conjunto de árvores isoladamente. Entrementes, no cotidiano forense, em equívoco crasso, contam-se às centenas (quicá, milhares) as sentenças motivadas apenas com lastro nas provas que endossam a hipótese vencedora, *i. e.*, aquela acolhida pelo órgão julgante. Justificar a própria decisão pode ser qualquer coisa, menos cumprir adequadamente a exigência de motivação: o juiz alude apenas às provas 1, 2, 3, mas emudece, sem enunciar expressamente as razões de sua valoração tocante a não considerar pertinentes e relevantes as provas contrárias 4, 5, 6. Daí promana que, em boa técnica jurídico-constitucional, a motivação do juízo de fato deve primar pelo requisito de inteireza ou de plenitude (“*completezza*”) justificativa, exteriorizando adequadamente a totalidade dos dados valorativos que condicionaram a convicção do juiz (versões e, sobretudo, contraversões), com o fito de viabilizar as subsequentes compreensões tendentes à aceitabilidade, à validade e, ao fim e ao cabo, à legitimação do exercício do poder jurisdicional.

¹¹⁴³ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 158: “*Primero, que el contradictorio no ha de detenerse en el pórtico de la motivación sino ingresar en el recinto de la misma, obligando al juez no sólo a enunciar las pruebas que confirman la hipótesis fáctica escogida, sino también a indicar las razones por las que excluye la hipótesis antagonista y considera inatendibles las pruebas en su favor.*”

Na perspectiva do processo justo como valor universal e na latitude da concepção racional da decisão, derivada da difusão da cultura do Iluminismo jurídico-político, há necessária imbricação entre a atividade probatória dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes subjacentes à demanda judicial e a motivação da decisão. O juiz desenvolve dois tipos de raciocínio: o primeiro, de natureza heurística, em procedimento complexo tendente a verificar a verdade ou a falsidade dos fatos, para alcançar a decisão sobre a premissa fática; o segundo, utilizado para justificar racionalmente a bondade dos critérios, argumentos e inferências de valoração crítica da prova que condicionaram a formulação da decisão final.

A relação entre prova e verdade pode ser compendiada em duas concepções teóricas: (i) clássica e majoritária, a sustentar que uma proposição está provada se é verdadeira e há elementos de juízo suficientes a seu favor; e, em mudança, (ii) conexão teleológica, a semear que a verdade não exerce papel definidor da prova, mas que a considera o objetivo finalístico da atividade probatória. Consente acreditar que a finalidade primacial dessa atividade seja a de alcançar-se o conhecimento da verdade sobre os fatos históricos, como condicionante do raciocínio justificativo e premissa do decisório¹¹⁴⁴. A adequada aplicação da lei reclama uma determinação precisa dos fatos ocorridos. O correto acerto da verdade dos fatos, no limitado espaço do procedimento judicial, não prescinde de motivação suficiente e adequada. A justificação, reafirme-se, pode ser abordada sob duas óticas distintas, mas interligadas: interna (ou contexto decisório) e externa (ou contexto justificativo)¹¹⁴⁵. A primeira, consistente na estrutura lógica da decisão e com a utilização de princípios lógico-dedutivos, toca à validade entre as premissas normativas e fáticas (encadeamento de proposições) e a conclusão. No atinente às decisões, tal raciocínio é a relação entre as premissas da decisão-proposição, normas, e a decisão final, as regras de inferências aceitáveis pelo juiz. Sem prescindir da primeira (interna), por conferir à decisão maior coeficiente de clareza, coerência e racionalidade, a segunda (externa), máxime nos denominados “*hard cases*”, sem o emprego do método dedutivo, mas com argumentação racional, dotada de razões adicionais e de fatores jurídicos, consiste na justificação clara, congruente e coerente das hipóteses e das premissas

¹¹⁴⁴ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 55-56.

¹¹⁴⁵ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 146: “*Los resultados de ambos procesos, del proceso decisorio y del proceso justificatorio, que son, respectivamente, la decisión y la justificación o motivación de la decisión, forman parte del mismo documento, de la misma Resolución judicial. La decisión está contenida en la parte dispositiva de la Resolución, mientras que su justificación o motivación está contenida en la parte no dispositiva de la misma Resolución.*”

utilizadas na justificação interna, a justificação deregras aceites, bem como na validade doraciocínio.

A aceitabilidade da versão dos fatos abonada pelo juiz, nas órbitas endo e extraprocessual, deita raízes nas razões justificativas racionalmente articuladas na motivação, dentro da situação concreta da controvérsia: o exaurimento do discurso justificativo de uma alegação de verdade atinente a determinado enunciado factual transporta à aceitabilidade racional, não à verdade absoluta em si, pela impossibilidade de um método para alcançá-la. Disso dimana que a justificação ou a argumentação que expressa as razões sustentadoras da validade dos enunciados de fato de uma sentença, ante o necessário atrelamento lógico com sua premissa de direito, pelo fenômeno da subsunção do fato à norma, configura inestimável fator de legitimação do exercício da jurisdição.

Existem, no entanto, ordenamentos, como o norte-americano, nos quais inexistente o dever de motivar e as decisões de primeiro grau tendentes ao acerto dos fatos com base nas provas são indigentes de motivação, *i. e.*, o órgão judicante (*jury*) não é obrigado a apresentar uma justificação racional da própria decisão. Agregue-se, de outra banda, que há tendência doutrinária, com a qual não se pode comungar, no sentido de que, pelo tempo dispendido pelo juiz em enunciar as razões justificativas de sua decisão, a motivação constituiria um dos fatores de ineficiência da administração da justiça. Entrementes, semelhante concepção degenerativa do poder estatal, por completa ausência de justificação, há de ser veementemente refutada, através de, pelo menos, três argumentos básicos: (i) a motivação é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito; (ii) sem a motivação, todas as demais garantias fundamentais do processo justo (*v. g.*, acesso à tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa, igualdade, independência e imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, devido processo legal) não passariam de mero castelo de cartas no ar; (iii) restaria sepultada a mais tênue possibilidade de controlabilidade racional, interna e externa, do juízo e da decisão jurisdicional, com reflexos deletérios no coeficiente de legitimação do exercício da jurisdição. Definitivamente, a única via eficaz de evitar-se que o juiz desperdice seu valioso tempo elaborando a motivação de sua decisão será, no quadrante da *alea judiciorum*, utilizar o método bridoyano: arriscar a sorte nos dados...

7.2 Critério racionalístico de perscrutação fática: concepção racional da prova

Nesse teor de ideias, as escolhas valorativas não de ser, por contato indireto, articuladas mediante formas de inferência lógica do juiz ou atividade da razão - dedutiva¹¹⁴⁶ (inferindo-se dos fatos conhecidos os fatos desconhecidos), que autorizem sindicar a validade de tais opções. Ou, ao lado dela, por atividade dos sentidos - perceptiva¹¹⁴⁷, que, sem intermediários, antes coliga diretamente a informação ao juiz, que, assente no princípio da imediatidade, captura-a através de seus sentidos, como quando nos depoimentos orais de testemunhas e das partes. Nessa toada, documentos e laudos periciais lidos pelo juiz e assim também, em percepção direta e reverência à “*immediatezza*,” que robustece a garantia de justiça, inspeção judicial de pessoas ou de coisas¹¹⁴⁸. O juiz deve fornecer os motivos - apoiados em regras jurídicas, lógica probatória, razão prática, regras de experiência, presunções - que, sob o influxo da livre apreciação ou da persuasão racional, mas atrelados aos fatos da causa representados (transição do reino da prova para o reino dos fatos) nos autos do processo, contribuirão à formação intelectual de sua convicção, cuja cognição abrange fonte de prova, meio de prova e seu resultado.

Dito de outra maneira, a atividade de valoração racional do resultado das provas impõe ao juiz o dever de compartilhar razões justificativas das decorrências às quais, adstrito aos autos do processo, sua análise o fez chegar, submetendo-se a livre convicção do juiz a conotações de diferentes matizes: mais subjetivista (fórmula francesa da *intime conviction*), mais cautelosa (fórmula italiana do *prudente apprezzamento*), mais otimista (fórmula espanhola da *sana crítica*) ou mais neutra (fórmula alemã da *beweiswürdigung*). O porquê de sua preferência por um elemento de prova em detrimento de outro, de sua descrença sobre determinado meio de prova. A não ser assim, em pleno século XXI, seria, sem mais nem menos, ressuscitado o irracionalismo probatório que outrora informou as ordálias ou *judicium Dei* nos processos civil e penal.

¹¹⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, v. 1. p. 497-499.

¹¹⁴⁷ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 264.

¹¹⁴⁸ BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Seconda edizione, corredata della recente giurisprudenza. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936. p. 431-432.

Atenta ao reconhecimento de um direito fundamental à prova, tendente a tornar mais efetiva a realização dos direitos materiais, fundamentais ou não, a compreensão racional da decisão judicial pressupõe naturalmente uma espécie de “boca de jacaré” processual: a abertura de admissão de todos os meios de prova idôneos a carrear para o processo elementos cognitivos concernentes aos fatos principais da controvérsia, como convenientes à reconstrução histórica dos acontecimentos, episódios e fatos em juízo, nos quais se escudam a ação ou a defesa, influenciando assim, concreta e eficazmente, na formação da convicção do juiz. Não de excluir-se apenas as provas ilicitamente (ou melhor: inconstitucionalmente) adquiridas¹¹⁴⁹ ou por alamedas moralmente ilegítimas (v. g., a tortura, a narcoanálise).¹¹⁵⁰ Em casos tais, as provas, despojadas de eficácia probatória, estão fora do espectro da livre convicção do juiz e, bem por isso, não podem ser objeto de sua valoração ou apreciação, a pena de invalidade do *decisum*.

Mesmo hipóteses de suspeição da testemunha (v. g., o condenado por crime de falso testemunho, havendo a sentença transitado em julgado; o inimigo capital da parte, ou seu amigo íntimo) não podem se erigir em óbice intransponível (limitação absoluta) do direito à prova, podendo o juiz colher os seus depoimentos, independentemente de compromisso, valorando-os, especificamente, com redobrada prudência, tendo em conta o conjunto probatório existente nos autos do processo.

Merece menção à parte hipótese envolvendo sigilo profissional, na qual a testemunha não é obrigada a depor sobre fatos dos quais deva tributo ao segredo (v. g., um médico psiquiatra tocante ao seu paciente). Contudo, ela não está naturalmente proibida de prestar depoimento. Inexiste, pois, exclusão da admissibilidade da prova testemunhal, a implicar

¹¹⁴⁹ A Constituição Federal brasileira, de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, estabelece: “art. 5º *Omissis*, LVI: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;”. Inobstante o teor literal categórico, prestigiosa doutrina, com o fito de tutelar-se adequadamente a dignidade da pessoa humana, tem preconizado algumas atenuações a esta regra, adjudicando-se ao juiz, no lago da proporcionalidade, a possibilidade de balancear os valores constitucionais em jogo, segundo as especificações de cada caso concreto, no seio de uma sociedade justa e democrática, como quando, no campo criminal, o acusado consegue demonstrar de maneira irrefutável a sua inocência, com fulcro em prova ilicitamente adquirida. O direito de provar a inocência deve prevalecer sobre o valor de proteção informador do preceito proibitivo. Vide, no ponto, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 11-22, 1996, esp. p. 14-15 e nota de rodapé n. 9.

¹¹⁵⁰ Código de Processo Civil brasileiro, de 1973: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 353: “As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.”

eficácia (grau de confirmação ou de suporte cognitivo) do testemunho acaso assim prestado, se e quando houver razões justificativas para tanto¹¹⁵¹.

No lago da livre convicção do juiz, a depressão dos meios de prova, proveniente de ordenamento com regras excludentes ou reducionistas, flerta com a irracionalidade, precisamente por obstar a busca da verdade dos fatos e massacrar a possibilidade de amplificação da admissão para o processo de todas as provas pertinentes e relevantes a fornecer conhecimento útil potencialmente idôneo ao acertamento do juízo fático, como expressão da função inclusiva do princípio de relevância da prova¹¹⁵².

Por assim ser, a motivação desempenha saliente papel de racionalização da valoração dos elementos de convicção do juiz. Apesar disso, influente doutrina, superando as orientações de caráter material e formal, e em uma terceira vertente, enxerga na prova não uma atividade substancialmente demonstrativa nem de simples mecanismo de fixação formal dos fatos processuais, senão o reconhecimento de papel de convicção psicológica do juiz ao propósito da existência/inexistência ou verdade/falsidade de dados fáticos¹¹⁵³. A exteriorização de razões justificativas permite verificar a vinculação do juiz à prova ensartada no invólucro processual, a par de consentir controlabilidade (interna e externa) de juridicidade da decisão final. A liberdade de avaliação pelo juiz das provas está umbilicalmente ligada a critérios de juízo e de inferência racionais e controláveis, colocadas à base, com necessária inteireza lógica, de sua conclusão final. Tal providência, em cada caso concreto, adjudica legitimidade ao convencimento judicial, conformado pela energização do contraditório, na prospecção da verdade possível (juízo não-absoluto), em sua manifestação processual.

Os atores do teatro do processo buscam maximizar a aproximação à realidade de certos fatos ocorridos no passado, reconstruídos em investigação histórica tendente ao acertamento probatório da *quaestio facti*. Pode-se idealizar a prova como um equivalente sensível do fato¹¹⁵⁴. A verdade lógica ou moral, consubstanciando um valor intelectual

¹¹⁵¹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil**: admissibilidade e relevância. Prefácio Michele Taruffo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 183-206.

¹¹⁵² TARUFFO, Michele. *Fatti e prove*, op. cit., p. 66.

¹¹⁵³ GUASP, Jaime, op. cit., p. 321.

¹¹⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**, op. cit., p. 374: “Ritunuto che la funzione del giudizio è di stabilire non tanto l'identità quanto l'uguaglianza o equivalenza tra i suoi due termini, che sono il soggetto e il predicato, ossia la specie e il genere, la prova può concepirsi come un equivalente sensibile del fatto, che costituisce l'oggetto o il mezzo della valutazione; in altre parole, attraverso la prova il fatto si percepisce dal valutatore.”

absoluto, *a fortiori* quando pertinente a fatos, e ante a impossibilidade de conferir à sua representação cabal correspondência, é insuscetível de ser alcançada no âmbito limitado do processo (e, decerto, também fora dele, a natureza humana parece não ser capaz de alcançar verdades absolutas). Encoraja a pensar que a atividade probatória pode transportar ao descobrimento da verdade, se e quando a sentença adotar como verdadeiro um acontecimento que efetivamente ocorreu. Nessa peculiar perspectiva, a coincidência será apenas contingente, acidental, jamais necessária. Daí descende que, no mundo de carne e osso, a verdade, na acepção objetiva e instrumental do processo civil, jamais poderá retratar, com fidelidade, em atividade reconstrutiva, a relação de conformação integral entre a representação de um fato e o fato em si. Uma metáfora é suficiente para ilustrar a assertiva: cirurgia plástica reconstrutiva em rosto acidentalmente mutilado, por impecável que fosse a destreza do cirurgião, não exhibe o condão de devolver-lhe, com 100% de adequação, a pureza de seus traços originais. Tampouco seria possível reconstruir seu peculiar sorriso. Talvez alguns fragmentos.

Noutro prisma de mirada, o juiz deve resolver o conflito em uma certeza jurídica: certeza não corresponde necessariamente à verdade, pode haver acoplamento ocasional, nunca necessário. A proibição, nos ordenamentos processuais contemporâneos, com raras exceções (v. g., sistema norte-americano), do *non liquet*¹¹⁵⁵, implica julgamento de todos os conflitos que são submetidos à cognição judicial, mesmo que não esteja completamente seguro sobre qual é a melhor solução. A obrigatoriedade de o juiz motivar suas decisões, com a indicação das razões que influíram na formação de sua convicção, é, estreme de dúvida, o mais importante mecanismo desenvolvido, ao longo da história do direito, para espancar o arbítrio judicial. Nesse escopo, irrompe a função demonstrativa da prova, inculpada por argumentos racionais, assente em “boas razões” justificativas pelas quais os fatos são logicamente ordenados dos meios de prova. As múltiplas conclusões parciais (e a final), coerentemente estabelecidas no *iter* do raciocínio judicial, devem ser suscetíveis de confronto com os preceitos da razão. No viés racionalístico da decisão judicial, a regra técnica da livre convicção do juiz implica racional análise das fontes, de recepção dos meios idôneos de prova admitidos e de valoração do correspondente resultado. A concatenação de premissas fático-jurídicas e de decorrências há de ser objetivamente perscrutável, tornando, de conseguinte, possível sua controlabilidade (também racional), endo e extraprocessual, no âmbito político-

¹¹⁵⁵ A expressão latina “*non liquet*” é uma abreviação da oração “*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*” (“jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”). Ao declarar o “*non liquet*”, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica carecia de nitidez, até porque ele poderia ser responsabilizado por suas decisões.

cultural de determinada sociedade. Nessa esteira, é de rigor adotar uma concepção epistêmica, não retórica, da prova.

A concepção racional da prova bem como ainda sua função e natureza guardam estreita pertinência com a finalidade que se pretenda atribuir à configuração do processo civil. No altar do culto ao utilitarismo, no qual o processo se direciona apenas à resolução de conflitos, rala importância é atribuída à qualidade da decisão e à sua justiça substancial (v. g., doutrina do *adversary system*, concepção de *procedural justice*). O que menos releva é se a decisão está assentada sobre a correta reconstrução dos fatos em juízo e no adequado acerto de sua verdade¹¹⁵⁶. O que mais importa é simplesmente que seja proferida uma decisão terminativa da controvérsia entre as partes. Grita, nessa conjuntura, uma função meramente retórica, não epistêmica, da prova.

Em quadro esquemático simplificado, pode-se dizer que há duas concepções principais da prova, como instrumento processual de: (i) persuasão, avultando sua função retórica, a influenciar a criação de estados mentais, distante do norte de racionalidade; e (ii) conhecimento¹¹⁵⁷, com ampliação do conceito de demonstração objetiva, a decorrer sua função essencialmente epistêmica¹¹⁵⁸, próxima da razão¹¹⁵⁹. Sob a ótica do exercício da

¹¹⁵⁶ DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority**, op. cit., p. 123: “A legal process aimed at maximizing the goal of dispute resolution thus cannot simultaneously aspire to maximize accurate fact-finding. In fact, this process does not seek precision of factual findings as a goal independent of dispute resolution, even within the narrow compass of issues as defined by the parties. The verdict in the conflict-solving mode is not so much a pronouncement on the true state of the world as it is a decision resolving the debate between the parties, like a peace treaty putting an end to combat. In consequence, even if it were shown that fact-finding dominated by the parties uncovers the truth less effectively than does impartial research, this showing would not of itself preclude the possibility that the competitive evidentiary method might still be the preferable form in the conflict-solving process. It must be conceded that many influential theories of justice reject this narrow linkage of desirable outcomes to conflict resolution. Prepared to concede that truth is not a sufficient condition for a wished-for result, they nonetheless insist that it is a necessary condition. But again, the ideology of the reactive state lends support to the narrow conflict-solving perspective and therefore also to a pure model of conflict-solving procedure. (...) Thus, inspired by the ideology of reactive government, the conflict-solving process is indifferent to how it actually was – *wie es eigentlich gewesen*.” Reforços gráficos no original.

¹¹⁵⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba: Observación a propósito de algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. **Discusiones**, Alicante, n.3, p. 43-55, 2003., esp. p. 48: “La perspectiva cognoscitivista, en cambio, sí toma en serio la obligación de motivar. Si la prueba es un instrumento de conocimiento y valorar consiste en determinar si, a la vista de las pruebas disponibles, hay razones para dar por verdaderas (o probables en grado suficiente) aserciones sobre hechos relevantes para la decisión, entonces es preciso motivar, aportar las razones que permiten sostener que esas aserciones pueden aceptarse como verdaderas. Si así no fuese, la valoración, más que libre sería libérrima y esencialmente subjetiva (“íntima” por usar la terminología al uso), con lo cual se abandonaría el cognoscitismo para entrar en el campo del más puro decisionismo judicial. En suma, si la racionalidad de la decisión probatoria ha de ser controlada, es evidente que ese control se proyecta sobre las razones que fundamentan la libre valoración del juez. La concepción cognoscitivista de la prueba exige pues la motivación como su clave de cierre.”

¹¹⁵⁸ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 323-331.

advocacia, e na perspectiva das partes, a prova exerce um papel persuasivo, pois o advogado busca persuadir o juiz a formular decisão aderente à posição jurídica de seu cliente, ainda que tal solução implique fuga da verdade dos fatos. O advogado usa as provas como instrumento de persuasão destinado a influenciar as escolhas do juiz, ao invés de instrumento de descoberta e conhecimento tendente ao acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa¹¹⁶⁰. Bem vistas as coisas, o advogado, embora desempenhe função essencial à Justiça, tem por objetivo, nos limites legais e éticos de sua estratégia de defesa, vencer a demanda judicial, mesmo que seu triunfo possa ocasionalmente sacrificar a descoberta da verdade. Encoraja a pensar que, sob a ótica das partes e de seus advogados, embora dentro das fronteiras da probidade processual e do dever de colaboração, a dinâmica do procedimento nem sempre se oriente à busca e ao acerto da verdade dos fatos. Pode ocorrer, e amiúde ocorre, no dia a dia forense, que uma das partes tenha mesmo forte interesse em que a verdade dos fatos permaneça submersa, não venha à tona, pois, do contrário, a solução do juiz seria ineludivelmente desfavorável à sua posição jurídica.

Abstraindo-se do papel persuasivo dos advogados dos litigantes na implementação de seus desígnios, há de ter-se em linha de consideração que uma das funções nevrálgicas do processo é justamente avizinhar, aproximar, tanto quanto seja possível na prática, a prova da realidade histórica e empírica dos fatos. Daí decorre necessariamente que, já agora na perspectiva do juiz, compromissado naturalmente com a formulação de decisão justa (*rectius*, pareça ser mais justa em determinado momento histórico e conforme a cultura prevalente em determinado lugar) e com a reconstrução¹¹⁶¹ e acerto verdadeiros dos fatos principais (constitutivos, extintivos, impeditivos, modificativos), que estruturam a situação jurídica substancial deduzida na causa, transpira uma atividade racional, e não aleatória, essencialmente cognitiva. Algumas amostras são oportunas: coleta do material probatório,

¹¹⁵⁹ VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Concepciones de la prueba judicial. **Revista Prolegómenos**, Bogotá, v. 14, n. 28, p. 135-148, jul./dic. 2011, esp. p. 145: “*En suma, estas distinciones inciden en el concepto de prueba, que pasa de ser un juicio de convicción “intima” del juez a un procedimiento más complejo, compuesto de un aspecto epistémico y de uno intersubjetivo, mediante el cual el juez valora con criterios de racionalidad crítica, constatación empírica, análisis de los medios de prueba a través de referentes de las ciencias, la veracidad de los enunciados acerca de la existencia y la relevancia normativa de un hecho jurídico individual, centrando esa valoración en el estudio de la validez lógica o en la argumentación que hacen las partes de dichos aspectos de la existencia y de la relevancia normativa del hecho.*”

¹¹⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Fatti e prove*, op. cit., p. 64.

¹¹⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 196: “O direito considera os fatos uma vez que eles sucedem. Desse modo, o processo judicial se baseia na reconstrução do que aconteceu há anos atrás - um prognóstico póstumo.”

juízo de confiança, de relevância - havendo em consideração todos os enunciados de fato que constituem o tema probando e tendo em conta o conjunto das provas tendentes a demonstrar a verdade ou a falsidade de tais enunciados -, edificação de inferências probabilísticas logicamente válidas, conclusões racionalmente justificadas, a consentir controlabilidade, endo e extraprocessual, racional, intersubjetiva¹¹⁶². A justiça material da decisão, dentre outros requisitos, depende de um conhecimento completo e exato quanto possível dos fatos relevantes para o julgamento do conflito.

Nessa ótica, a prova desenvolve sua função demonstrativa ou epistêmica, posto que instrumento processual tendente à descoberta, ao conhecimento e ao acertamento da verdade dos fatos relevantes para a decisão da causa. Não casualmente, visando alcançar objetivamente semelhante desígnio (de revelação, de conhecimento e de acertamento), na dimensão publicística do processo, uma constelação de ordenamentos processuais modernos confere ao juiz o poder de *ex officio* determinar produção de provas,¹¹⁶³ face à insuficiência das partes na atividade probatória de indicação de dados¹¹⁶⁴.

Mundo afora, no entanto, há argumentos tradicionais de díspares nuances contrários à atribuição de iniciativa probatória ao juiz civil (*v. g.*, natureza privada dos interesses versados no processo civil; os litigantes são os que melhor defendem seus interesses e podem conhecer as provas de suas alegações; incompatibilidade entre o direito às provas das partes e a iniciativa probatória do juiz; aniquilação da carga dinâmica das provas; vulneração da devida imparcialidade judicial; o caráter autoritário da iniciativa probatória do juiz)¹¹⁶⁵. Nada obstante, semelhante empreendimento probatório do juiz civil encontra justificação na seguinte equação: no Estado Constitucional Democrático de Direito, sobressai o direito fundamental à obtenção de tutela jurisdicional efetiva, cabendo ao juiz velar por sua

¹¹⁶² TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007, esp. p. 235.

¹¹⁶³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 354: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.” Em tema de poderes instrutórios do juiz *ex officio*, vide Codice di Procedura Civile italiano, de 1940, arts. 115 (*disponibilità delle prove*), 117 (*interrogatorio non formale delle parti*), 118 (*ordine d’ispezione di persone e di cose*), 213 (*richiesta d’informazioni alla pubblica amministrazione*), 257 (*assunzione di nuovi testimoni*), 421 (*potere istruttorio del giudice*), 442 (*poteri istruttori del giudice in controversie di lavoro e di previdenza e di assistenza obbligatorie*), 714 (poteri istruttori nei procedimenti di interdizione o inabilitazione).

¹¹⁶⁴ GRASSO, Eduardo. **La pronuncia d’ufficio**. Milano: Giuffrè, 1967. p. 55.

¹¹⁶⁵ Para uma percuciente refutação desses argumentos, consulte-se PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007. p. 104-117.

efetividade, na ambiência de um processo justo, propenso a produzir justiça material da decisão, as quais esvaneceriam ante determinação errônea ou inexata dos fatos. Não é supérfluo lembrar que o progresso da busca da verdade é o escopo magno da concepção kelseniana de Justiça. De qualquer maneira, é de rigor que o resultado da prova produzida por iniciativa exclusiva do juiz não possa ser subtraído ao exame das partes em contraditório e, de mais a mais, a motivação da sentença também não poderá omitir uma específica e direta avaliação sobre o produto desse meio de prova. Nessa paisagem, em plataforma cognitiva suficiente e adequada, a prova exhibe também perfil racionalístico, reconduzida a um procedimento racional de conhecimento e orientada à formulação de juízos de verdade dos fatos, fundada em justificações racionais.

Pode-se, no entanto, abordar o problema sob outro ângulo visual. Não padece dúvida de que, por seu caráter instrumental, o papel primordial do processo seja o de resolver o conflito entre as partes, mas não apenas mediante um processo justo, senão também, e um passo à frente, mediante a prolação de decisão intrinsecamente justa (ideia de *substantive justice*). A complexa individuação de uma decisão justa (também a lei deve ser justa e não somente a sentença) e da própria efetividade da tutela jurisdicional, no contexto dos direitos fundamentais, reclama, como condição necessária, cumulativamente, correção da escolha e da interpretação (aceitável) da regra jurídica aplicável ao caso concreto e emprego de um procedimento válido, equo e justo para alcançar a decisão final. Há, porém, mais. O acerto (esperável) da verdade dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, como fator indispensável à busca da verdade e objetivo primacial do devido processo legal, iluminado pela concepção racional da prova¹¹⁶⁶. Soa acaciano que, em sã consciência, não se possa considerar justa uma decisão fundada em errôneo ou inexato acerto dos fatos justapostos à causa. Há implicações recíprocas entre direito e fato: o direito se aplica ao

¹¹⁶⁶ RODRÍGUEZ SERPA, Ferney; TUIRÁN GUTIÉRREZ, Juan Pablo. La valoración racional de la prueba. *Revista Jurídicas CUC*, Barranquilla, v. 7, n. 1, p. 191-208, 2011, esp. p. 203: “En cuanto a la segunda finalidad de la prueba, desde la perspectiva del derecho procesal contemporáneo, tiene como imperativo categórico, la búsqueda de la verdad. En este sentido, para Taruffo la verdad solo es posible hallarla en decisiones judiciales justas, pues ellas no solo se fundamentan en el sistema jurídico, sino en la verdad de hechos probados, los cuales no podrían ser así, sino desde una concepción racional de la prueba, en donde se deben tener en cuenta tres cosas: 1) La prueba no establece patrimonios de verdades absolutas como ocurre en las religiones y en algún metafísico, sino verdades relativas, “como aproximación a la reconstrucción procesal de los hechos a su realidad empírica e histórica”; 2) La idea de verdad debe mirarse como verdad por correspondencia del mundo exterior, el cual suele ser cognoscible; y 3) La prueba no es una herramienta de persuasión; y retórica, sino de conocimiento que tiene una trascendencia epistémica.”

fato, ao passo que o fato se acopla ao direito. De resto, sói ecoar do mundo romano: *ex facto oritur ius...*

A verdade absoluta, seja em que campo de conhecimento for, é utópica e inatingível¹¹⁶⁷. Mito e miragem. Observa-se que, sob a ótica da certeza, mesmo as modalidades de provas científicas (v. g., teste de DNA) transportam margens variáveis de erro (v. g., por mistura de material genético armazenado ou mesmo dolosa deturpação do resultado do exame), devendo ser considerada como uma das provas que integram a ossatura probatória do processo judicial¹¹⁶⁸. Portanto, a verdade processual é relativa¹¹⁶⁹. Também o é por outra razão franciscana: a formulação do acertamento da verdade dos fatos depende das provas que são adquiridas no processo, a par de consubstanciar uma aproximação da reconstrução dos fatos em juízo com a sua realidade empírica e histórica.¹¹⁷⁰ Implica noção de correspondência¹¹⁷¹, quando se busca verificar, no contexto das provas disponíveis no processo, se os fatos ali acertados ocorreram verdadeiramente no mundo de carne e osso. É muito mais do que mera narração, coerente que seja, dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, porquanto, não é fadiga inútil reafirmar, o acertamento da verdade dos fatos depende

¹¹⁶⁷ Tal constatação, apesar das limitações cognitivas e probatórias, longe de significar que não se deva ter métodos aptos a desvendar a verdade no processo, buscando-se a maior porção dela quanto possível, ainda que possa transparecer uma aspiração exorbitantemente ousada, tampouco que se possa batizar de justas decisões fulcradas em acertamento dos fatos completamente divorciado com as realidades do mundo de carne e osso. Seja como for, sobre as utopias, ouça-se o Poeta gaúcho: “Se as coisas são inatingíveis... ora! / Não é motivo para não querê-las... / Que tristes os caminhos se não fora / A presença distante das estrelas!” (Mario Quintana - Espelho Mágico).

¹¹⁶⁸ GUIMARÃES, Filipe. Processo, prova e verdade. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1160-1164, esp. p. 1162.

¹¹⁶⁹ GARAPON, Antoine. **Bem julgar** – Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 153: “A sentença põe termo ao diálogo que caracterizou o debate através de um discurso de autoridade que confere legitimidade a uma verdade convencional. O debate judiciário revela a natureza da verdade judiciária, que é de ordem processual. O caráter agonístico do processo obsta a que a procura da verdade judiciária se prossiga nas mesmas condições de serenidade e de rigor típicas da verdade científica ou histórica. O processo só pode ser concluído através de uma verdade relativa. Em muitas situações, pela força das coisas, contentamo-nos em optar por uma decisão favorável à parte que parece ter mais direitos do que a parte adversária, isto porque a sentença deve ser proferida num prazo bastante breve. Essa exigência está em oposição absoluta às condições necessárias para uma procura científica da verdade. Esta está sempre sujeita a novas revisões, a novas críticas: nunca é definitiva.”

¹¹⁷⁰ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione, op. cit., p. 234.

¹¹⁷¹ AVILÉS MELLADO, Luis. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. **Revista de Estudios de la Justicia**, Santiago, n. 4, p. 177-195, 2004, esp. p. 179-180: “Luego de estas explicaciones casi esquemáticas, estamos en condiciones de señalar que cuando decimos que “en juicio debemos probar los hechos” (por ejemplo, los contenidos en la acusación), lo que estamos diciendo es que las afirmaciones que se aportarán con los medios (elementos) de prueba en juicio, acreditarán la correspondencia entre los enunciados que se muestran al juez, con la realidad que ha acaecido.”

visceralmente das provas adquiridas, e disponíveis, nos autos do processo. As questões de fato são resolvidas pelo juiz através da mediação das provas.

Pelo fenômeno da aquisição das provas, ao ingressarem elas nos autos do processo, submetem-se ao batismo da publicização, bem como seus resultados passam a integrar um único conjunto probatório, indivisível, comum às partes, sendo desinfluyente a matriz geradora desta ou daqueloutra prova. Nada importa se a prova foi requerida e produzida pelo autor ou pelo réu, ou mesmo determinada pelo juiz de ofício. O resultado da atividade probatória, nesse aspecto, ganha vida autônoma e luz própria. A valoração pelo juiz do resultado da prova produzida, como condição indispensável ao acertamento da verdade dos fatos, tenderá para um enunciado factual ou outro, inclinar-se-á para determinada versão dos fatos. O raciocínio judicial há de refletir uma exigência de coerência entre o feixe das provas e as conclusões assentadas na motivação da decisão.

Poder-se-ia pensar que a existência de *standards*, traduzidos em modelos quantitativos de probabilidades lógicas¹¹⁷² (v. g., concepção norte-americana expressa no chamado *Teorema de Bayes*, que mensura o convencimento, mediante aceitável frequência do fato numa escala de valores numéricos fracionários entre 0 e 1)¹¹⁷³, que permitissem afirmar que um fato restou provado, dispensaria, só por si, a valoração da prova correlata. Nada mais equivocado, sob o viés racional da prova. Com efeito, o raciocínio probatório do juiz, ainda que inferencial, dotado de maior ou de menor nível de confirmação, não prescinde de valoração racional da prova e de justificação da validade da logicidade das cadeias de inferências.

A motivação encarna a riqueza da jurisdição, ao passo que sua falta evidencia a miséria do processo. O juiz é livre para esculpir sua convicção atinente a todos os elementos de prova ritualmente adquiridos e, daí, escolher os resultados que entenda mais confiáveis e

¹¹⁷² TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Motivação judicial sob a perspectiva ética. In: **Princípios de la ética judicial iberoamericana: Motivación judicial.** (Colección Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Série Monografías Premiadas, v. 4). México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación; Cumbre Judicial Iberoamericana; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012. p. 20: “Um modelo de probabilidade adequado ao processo judicial é aquele em que o juízo sobre os fatos é justificável mediante procedimentos que permitam aferir o grau de confirmação fornecido pelas provas existentes a respeito de um enunciado fático e, com isso, afirmar ou rejeitar a aptidão do grau de confirmação obtido para dar um fato como provado. Em tal modelo cognoscitivista, o reconhecimento da correção de um enunciado fático depende, portanto, da qualidade das inferências que as provas autorizam realizar e de sua resistência às contraprovas.”

¹¹⁷³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil:** processo de conhecimento, v. 2, op. cit., p. 88. Sobre os modelos probabilísticos de valoração da prova, especialmente o arquétipo matemático-estatístico, embora de escasso êxito na praxe do direito europeu continental, vide também GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho:** bases argumentales de la prueba. Tercera edición. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 144-154.

idôneos (valor preeminente de eficácia probatória emprestado ao resultado da prova eleito). Todavia, está obrigado a motivar, adequada e congruamente, os critérios utilizados no apreçamento dos vários elementos probatórios adquiridos pelo juízo, considerados em seu complexo, do qual promana o accertamento dos fatos relevantes e suficientes à formulação da decisão. A justificação, como é de rigor, há de observar o figurino recortado pelas especificações fáticas e jurídicas do caso particular. Refratária que fosse às minúcias de fato e de direito justapostas ao conflito, mostrar-se-ia inaceitável, a todas as luzes, na passarela do garantismo processual, a chamada motivação *prêt-à-porter*. Tal não pode implicar exclusão implícita de outros meios instrutórios prospectados pelas partes (ainda que vitoriosa) ou releváveis de ofício, até para que, em visão do conjunto probatório, se possa legitimamente sindicá-la a lógica, a coerência, a validade dos critérios de escolha ou de valoração do juiz. A não ser assim, abrir-se-ia a porta da irracionalidade, com ovações à concepção de que o apreçamento das provas pelo juiz descansa exclusivamente em sua intuição.

As chamadas provas científicas, fulcradas em métodos científicos como tecnologias probatórias no espetáculo do processo, obram a redução da superfície de incidência do senso comum. Muito ao contrário do que aparentemente poderiam alvitrar, e apesar de robustecerem o grau de certeza e de controlabilidade das informações postas à disposição do juiz, não o dispensam de oferecer as razões justificativas logicamente estruturadas que condicionaram a decisão, mormente no tocante ao controle de validade do conhecimento e dos instrumentos científicos utilizados para o accertamento da verdade dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa¹¹⁷⁴.

A concepção racional da prova não se coaduna com o conceito de íntima convicção de valoração da prova, fruto do modelo de juiz solipsista, animado por misteriosa percepção puramente interior, indecifrável e radicalmente subjetiva, refratária à perscrutação da razão, qual desenho de uma concepção irracional da decisão sobre os fatos. Esse panorama, informado pela irracionalidade, colide com o imperativo de que a motivação obrigatória deva consentir controlabilidade, interna e externa, racional sobre o juízo de fato. Daí resulta que a regra técnica da livre convicção, para não se confundir com o arbítrio, está

¹¹⁷⁴ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento, op. cit., p. 97: “O próprio conhecimento científico precisa ser controlado, isto é, o discurso justificativo que o invoca não pode aceitar as suas conclusões por simples argumento de autoridade, mas precisa descer à observação e análise da correção e consistência científicas. Um passo importante nesse sentido foi dado pela Corte Suprema dos Estados Unidos, nos casos *Daubert* (1993) e *Khumo* (1999), estabelecendo critérios de avaliação da prova pericial, para refugar a indevida utilização da falsa ciência (*junk science*) e aferir a credibilidade dessa prova.”

incondicionalmente submetida à justificação racional instalada na motivação dos variáveis ciclos decisórios, parciais e final. No que concerne à qualificação jurídica dos fatos (“*valutazione giuridica dei fatti*”), ao invés, as mãos do juiz estão presas às normas de direito, salvo quando a lei ou a regra consuetudinária lhe confere o poder de decidir por equidade.¹¹⁷⁵

É concebível a chamada “prova sobre a prova”, como quando se lança mão de uma prova pericial para viabilizar a valoração de outro meio de prova ou para conhecer o conteúdo ou o sentido de outra prova (v. g., autenticidade de uma fotografia ou filme; autenticidade de um documento)¹¹⁷⁶.

7.3 Motivação do juízo de fato: ideologia democrática

A motivação obrigatória também do juízo de fato, concernente ao correto acerto da verdade dos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, transportando-os do mundo de ontem para o da manhã de hoje, generalizou-se nos ordenamentos processuais, alguns com dignidade de garantia constitucional, e se constitui na mais pujante conquista civilizatória do processo civil.

Nessa moldura, a motivação, além de seu tradicional caráter técnico-instrumental, desempenha, no plano extraprocessual, acentuada função político-garantística, ao permitir, conjuntamente com a publicidade (a regra geral é a de que todas as diligências de provas se realizem em audiência pública), controle racional e difuso sobre o binômio verdade/falsidade dos enunciados de fato formulados pelo juiz, os quais, em ambientes culturais variegados, condicionam sua decisão. Semelhante controlabilidade somente se afigura crível e eficaz no quadro de uma ideologia democrática¹¹⁷⁷ de exercício do poder judiciário e da administração da justiça, conexas à concepção racional da decisão, notadamente no tocante ao juízo de fato (v. g., escolha do método de sua formulação) e, apenas indiretamente, ao concreto e

¹¹⁷⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 137: “*Pertanto la ricostruzione libera dei fatti è la regola e, invece, la loro valutazione libera è l’eccezione.*”

¹¹⁷⁶ MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 246.

¹¹⁷⁷ Sobre a influência de fatores de natureza ideológica nos critérios de escolha ou de valoração do juiz, em linhas panorâmicas, DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 27(3), p. 414-437, 1972, esp. p. 433 ss. Vide também, TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*, op. cit., p. 237: “*Ciò discende da una concezione democratica del potere, secondo la quale l’esercizio del poter deve sempre poter essere controllato dall’esterno.*”

correto acerto da verdade dos fatos¹¹⁷⁸. A veridicidade não integra a gramática de regimes ditatoriais afeiçoados ao embuste, mas é valor que somente exhibe aptidão para florescer no fértil terreno institucional da democracia política e, por isso, da concepção democrática de poder, a implicar maximização dos cânones de racionalidade crítica - compreendendo critérios de: clareza e densidade conceitual, consistência normativa, lógica, dedutiva, cargas de argumentação, coesão argumentativa - e de controlabilidade do juízo de fato, a deprimir a ideologia autoritária acerca do mesmo.

O Estado Constitucional Democrático de Direito é aquele que se justifica perante a sociedade *in genere* e ao cidadão em especial. O exercício do poder público encontra na justificação de todos os seus atos a pedra angular dessa controlabilidade. O sentido mais intenso da garantia da motivação é o de justamente consentir o controle pela sociedade, expresso na opinião pública, e por qualquer cidadão *uti singuli*, sendo absolutamente desinfluyente se e quando tal controlabilidade empiricamente venha a ocorrer. O mais relevante é que essa garantia torne possível a concretização do controle democrático e difuso fora do âmbito do processo sobre a justificação da anatomia e da fisiologia dos critérios de escolha ou de valoração formulados pelo juiz, *i. e.*, as razões pelas quais adotou determinada solução para a causa e não outra também potencialmente válida.

Numa linha: ao juiz cumpre prestar contas de suas eleições valorativas, oferecendo justificação racional de fixação e de atuação dos valores que, na perspectiva ideológica, conformaram sua conclusão final, na arquitetura processual de meios e de fins justos. O modo de ser do processo justo deve estar orientado a produzir decisões intrinsecamente justas. Ideologia assaz diversa é, em visão de túnel, pensar o escopo do processo como tendente a decidir, *tout court*, os conflitos ou decidi-los com satisfação das partes. A justeza da decisão não pertence apenas à correta e à aceitável solução dada ao juízo de direito (premissa imprescindível, mas insuficiente), senão também, e sobretudo, ao problema do correto e exato acerto dos fatos da causa. Portanto, dos fatos reconstruídos em juízo, no quadro objetivo, com abertura à verdade, haja vista a maximização aproximativa entre os fatos acertos e sua verdade empírica¹¹⁷⁹. Jamais poder-se-á considerar justa uma decisão assentada sobre errôneo ou inexato acerto dos fatos, por desdenhar daquela condição necessária, embora obviamente não suficiente. Daí descende que o juiz tem o dever de obter todas as provas de ambas as partes, cotejando-as *vis a vis*, em malabarismo comparativo, e

¹¹⁷⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 244.

¹¹⁷⁹ Idem. **La prova dei fatti giuridici**, op. cit., p. 43.

ulteriormente decidir sobre a respectiva força probatória para determinar sua convicção¹¹⁸⁰, sentindo-se, por assim dizer, no estado de certeza moral.

A motivação obrigatória e pública, enquanto discurso justificativo afeiçoado a argumentos racionais, é elemento da vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. Por assim ser, com ele não se compraz o juiz que se afaste da seriedade do dever de motivar ou deixe de entendê-lo em sentido racional e formule motivação fictícia, *i. e.*, que contenha discurso desprovido de justificação da decisão. Não se coaduna, também, a omissão do juiz atinente à justificação racional da decisão sobre o acerto da verdade dos fatos da causa, ou mesmo a motivação insuficiente, compensando tal lacunosidade - fosse isso possível, o que obviamente não é - com uma copiosa, exhaustiva, motivação de direito¹¹⁸¹. O adequado acerto da verdade dos fatos é pressuposto para a correta aplicação das normas e da formulação de suas consequências jurídicas no caso particular.

O juízo de fato pode ser *vis attractiva* de duas concepções antagônicas de decisão: de um lado, racionalidade,¹¹⁸² e, de outro, irracionalidade¹¹⁸³. O processo justo e o exercício democrático da administração da justiça mergulham profundas raízes na racionalidade crítica da decisão, máxime no que respeita aos fatos controvertidos, pertinentes e relevantes da causa, como notas características da cultura jurídica ocidental de hodierno. O pássaro de Minerva (da inteligência, da razão), como consciência crítica, sai à noite para sobrevoar o difícil problema de que o processo, em epílogo, no desígnio de ressurreição dos fatos transcorridos, é uma pesquisa ordenada e objetiva da verdade *in concreto* nas crises dos casos singulares. Na superfície do presente, o juiz deve refazer, historicamente, coisas das profundezas do passado, substituindo-as, em sua presença atual, do modo mais fidedigno

¹¹⁸⁰ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 1. p. 10: “*Así, pues, el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas.*”

¹¹⁸¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 573.

¹¹⁸² Idem. Considerazioni su prova e motivazione, op. cit., p. 239: “*Razionalità – prova come strumento epistemico – decisione come frutto di inferenze logiche – verità/falsità degli enunciati di fatto – motivazione come giustificazione razionale – controllabilità – concezione democratica del potere.*”

¹¹⁸³ Ibidem, p. 240: “*Irrazionalità – prova come strumento retorico – decisione come frutto di intuizione soggettiva inconoscibile – verità come coerenza narrativa (irrilevanza della verità/falsità degli enunciati di fatto) – motivazione come discorso retorico o giustificazione fittizia – impossibilità di controllo sul fondamento della decisione – concezione autoritaria del potere.*”

possível na prática¹¹⁸⁴, *i. e.*, deve reproduzir com a mais aproximada representação (aptidão probabilística: o que provavelmente ocorreu no campo fático) o evento pretérito, como uma história de sua própria vida¹¹⁸⁵.

O labor de reconstrução dos fatos em juízo implica representação da verdade¹¹⁸⁶ e não adequação integral entre a ideia e o objeto, mas apenas parcial. Não se pode perder de vista a sabedoria incrustada nesta sentença: “*Les choses parfaites ne sont pas du ressort de l'humanité*”¹¹⁸⁷. Nada obstante e feita abstração de autorizados endereços doutrinários no sentido da investigação da certeza no processo, pois a mesma é, como um estado subjetivo do espírito, atributo absoluto do sujeito que perquire a coisa ou o homem (e assim não está na coisa ou no homem examinado), a dívida da verdade, não por ingênua crença, mas categoricamente e em juízo apodítico, tem que ser a alma da Justiça.

¹¹⁸⁴ Em passagem marcante, CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza, verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 5(1):5, p. 1-22, 1950, esp. p. 6: “*Intervengono tutti nella procedura, perché solo attraverso l'intervento di tutti si può realizzare questo reintegrare come presente il passato: tutti sono necessari, perché solo la collaborazione di tutti può ricomporre quello che non è più. (...) il giudice stesso, non sono altro che persone le quali si fermano a ripensare a quello che già è stato, a ritornare col discorso con l'intelligenza col sentimento a un momento della vita che è passata; a fermare e a rivivere il già vissuto. E il giudice sta ad ascoltare le parole degli altri, a vedere le cose che gli altri gli presentano, a riflettere sulle riflessioni degli altri. Ma tutto questo rivivere, che il giudice fa traverso il rivivere degli altri, non è mai un vedere direttamente, non è mai la presenza. La presenza è impossibile. È un rimpiazzare la presenza: qui è la magia. È un far essere presente quello che non è presente. E perciò è sempre un procedere traverso segni, che significano, ma non sono, la cosa significata; quasi si direbbe un procedere traverso tracce figure geroglifici, che il giudice deve tradurre in quella realtà ricercata e oramai sparita nella sua irraggiungibile presenza attuale.*”

¹¹⁸⁵ MUSATTI, Alberto. Diritto e ricerca della verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, Parte 1, p. 215-222, 1950, esp. p. 216.

¹¹⁸⁶ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p.100-101: “*Llegados a este punto, podría cerrarse este estudio con una conclusión como ésta: lejos de ser necesario desterrar la noción de verdad para obtener frutos en el análisis de la noción de prueba, es imprescindible comprender adecuadamente las relaciones entre ambos conceptos para captar muchos de los aspectos problemáticos que rodean al segundo en el ámbito del derecho. Otra cosa es que la prueba de una proposición sobre un hecho no exija la verdad de la proposición. ¡Pero de que la prueba y la verdad no sean hermanas no se deduce que no tengan una estrecha relación de parentesco!*”

¹¹⁸⁷ STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1973. p. 30.

8 ESTRUTURA FORMAL E SUBSTANCIAL DA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA

8.1 Motivo e motivação: imprescindível distinção

Conceitualmente, na linguagem comum e no discurso jurídico, motivos não se confundem com motivação, tampouco esta se reduz à mera indicação daqueles na decisão. Motivos de fato ou de direito¹¹⁸⁸, embora o juízo¹¹⁸⁹ seja único e unitário¹¹⁹⁰, têm uma dimensão psicológica e ideológica¹¹⁹¹ autônoma e independente que implica o processo mental do juiz¹¹⁹². É dizer: no contexto da decisão não é difícil individuar inúmeros juízos com traços característicos diversos, mas que podem se entrelaçar em uma concatenação coerente¹¹⁹³. O motivo representa a causa, a condição de uma escolha, ou fundamento fático-jurídico abraçado em uma decisão que conduz o juiz a acolher ou a rejeitar o pedido,

¹¹⁸⁸ CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 124, nota 130, segunda parte: “O juiz, ao fornecer os motivos de sua decisão, não poderá apoiar-se pura e exclusivamente *nos fatos* ou então, somente *nas normas*; no primeiro caso, transformar-se-ia em legislador, prescindindo das normas; no segundo caso, prescindindo dos fatos, converteria a sentença em obra de investigação doutrinária.” (Grifos no original).

¹¹⁸⁹ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 157-175, esp. p. 172: “*Occorre però, perché si possa parlare sensatamente di “giudizio”, che esistano almeno le condizioni minime di razionalità del ragionamento, quali - appunto - l’impiego di criteri riconoscibili, l’uso di argomentazioni razionali, la coerenza interna del ragionamento e la controllabilità intersoggettiva della sua fondatezza. In caso contrario - è forse utile ribadirlo - non di giudizio si tratta, ma di pura opzione soggettiva.*”

¹¹⁹⁰ SATTA, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano: Vallardi, 1959, v. 1. p. 499.

¹¹⁹¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 110.

¹¹⁹² CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964. p. 161: “*Il fatto è che il giudizio si forma come conseguenza dell’atteggiamento psicologico del giudice conseguente agli stimoli indotti da determinati stati di fatto o da determinate norme giuridiche che costituiscono l’oggetto della cognizione, cioè appunto in relazione ad una serie di motivi, i quali hanno una realtà psicologica autonoma ed indipendente rispetto all’opera di ricerca ed esposizione dei medesimi, nella quale propriamente consiste la motivazione. Considerando questa in modo più analitico si può, anzi, rilevare che la stessa si compone di una parte espositiva delle circostanze di fatto e di diritto che determinano i motivi, per la quale è stata proposta la denominazione di “giustificazione”, e di una parte espositiva dell’atteggiamento psicologico, alla quale più tecnicamente conviene la denominazione di “motivazione”. Così la giustificazione come la motivazione hanno quale caratteristica comune quella di essere secondarie e derivate (da un’attività creativa del soggetto) rispetto ai presupposti rispettivi: mentre cioè i motivi e le circostanze esistono di per sé, secondo leggi naturali e psicologiche che gli uni e le altre governano, la giustificazione e la motivazione esistono solo in quanto qualcuno le crea e con ciò stesso le aggiunge ai motivi e alle circostanze già esistenti indipendentemente dalla loro esposizione. E poiché la conoscenza dei motivi non può essere acquisita se non attraverso la motivazione (...).*”

¹¹⁹³ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione, op. cit., p. 172.

“explica” a solução por ele abonada; ao passo que a motivação, com sua natureza jurídica de resultado de uma atividade de documentação (mas não apenas) do discurso justificativo judicial, é a exteriorização formal e escrita que o órgão julgador apresenta para documentar as razões lógico-jurídicas que justificam a decisão¹¹⁹⁴ e demonstrar racionalmente a correção da formação do juízo decisório e a validade dos critérios de escolha ou de valoração etiquetados na decisão¹¹⁹⁵. A (ir)racionalidade do juízo¹¹⁹⁶ transpira na motivação da decisão judiciária¹¹⁹⁷.

A distinção irrompe, com nitidez ofuscante, no campo da teoria do *stare decisis*, atinente ao sistema da *common law*, referenciada à eficácia vinculante e obrigatória do precedente judicial. Após o necessário confronto dos fatos essenciais do precedente com os perfis fáticos do caso em julgamento, o que obriga, no caso sucessivo, não é propriamente a motivação ensartada no caso antecedente, mas, sim, seu motivo determinante (suporte central), que se traduz na *ratio decidendi*. A motivação é o espaço em que o juiz demonstra a consonância entre os dois casos: o antecedente julgado e o posterior em julgamento, de sorte que a fundamentação, em regra, além de acolher o princípio vetor do precedente judicial

¹¹⁹⁴ Sobre a discussão envolvendo os termos justificação, motivação, fundamentação e explicação, vide RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003. p. 31-42, esp. p. 33: “*Motivar consiste en expresar los motivos (razones psicológicas, en una relación causa/efecto) de una determinada acción y fundamentar supone expresar las razones justificatorias. Si aportar razones justificatorias es fundamentar, fundamentación y justificación son términos sinónimos, que se opondrían al término motivación. Un motivo no es una razón justificatoria, sino una razón psicológica para que se produzca un acto. El motivo “explica” la acción (de ahí que motivación y explicación sean también, a su vez, términos sinónimos), pero no la justifica, no la fundamenta. Desde luego, toda decisión está “motivada”, puesto que no cabe la adopción de una decisión de forma “involuntaria”, pero no toda decisión motivada está justificada.*”

¹¹⁹⁵ SATTÀ, Salvatore, op. cit., p. 500: “*Comunque, la formula esposizione dei motivi segna chiaramente la distinzione dell’elemento estrinseco, che è appunto la motivazione, dall’elemento intrinseco, che sono i motivi, cioè le ragioni interne del decidere.*”; TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 61: “*A motivação, como se observa, correspondia, então, no plano formal, à segunda parte da sentença, na qual estava obrigado o juiz a expor, com clareza e precisão, os fundamentos de fato e de direito, que deveriam embasar o decisum.*”

¹¹⁹⁶ TARUFFO, Michele. *Giudizio: processo, decisione*, op. cit., p. 157: “*“Giudizio” ha quindi almeno due significati principali. Il primo alude a - e viene anzi spesso usato come sinonimo di - processo. Rimandano a questo significato espressioni come “andare in giudizio”, “portare in giudizio”, “svolgimento del giudizio”, “giudizio di primo grado”, e simili. In un secondo significato il termine alude a - e viene spesso usato come sinonimo di - decisione. Rinviano a questo significato espressioni come “pronunciare il giudizio”, “formulare il giudizio”, “giudizio di fatto”, “giudizio di diritto”, e simili.*”

¹¹⁹⁷ SATTÀ, Salvatore, op. cit., p. 500.

obrigatório (*ratio*), contém ainda o *dictum*, como seja, aquilo que é dito de passagem, de forma periférica e ancilar¹¹⁹⁸.

8.2 Decisão e motivação: elemento estruturante do julgamento?

Há atrelamento necessário entre motivação e decisão. A motivação é componente estruturante do próprio juízo. Daí descende que o discurso judicial não se adstringe a explicitar motivos causais que embasam a conclusão final. Porém, leva em consideração, concretamente, as razões de fato e de direito que, debatidas em contraditório pelas partes (como método que assegura o controle *ex ante* sobre a função jurisdicional), justificam, mediante argumentação jurídica e racionalmente válida, a solução entalhada¹¹⁹⁹ para a justa composição da lide, na celeberrima locução carneluttiana¹²⁰⁰. Desse panorama resulta que a sentença com ausência total de motivação gráfica ou ideológica¹²⁰¹, bem aquela riscada por contraditoriedade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final,

¹¹⁹⁸ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 198-199: “Na verdade, como já referido, o que dá origem ao precedente não é exatamente a *motivação*, mas o *motivo* da decisão, que são coisas distintas. O *motivo* é o fato ou fundamento adotado em uma decisão que leva o juiz a acolher o pedido e justifica a solução dada. Já a *motivação* é a explicação formal que o Juiz (ou tribunal) apresenta para julgar de determinada maneira.” (Reforços gráficos no original).

¹¹⁹⁹ Em tom conclusivo, confira-se GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 242: “21. Íntima é a relação entre *motivação* e *decisão*: a primeira não constitui um discurso formulado *a posteriori* para justificar a segunda, mas, ao contrário, é um elemento estruturante do próprio julgamento. É a exigência de apresentar uma argumentação racional que obriga o juiz a decidir segundo parâmetros de racionalidade. (...) 23. A motivação tem a natureza de um *discurso justificativo*; não objetiva simplesmente indicar *motivos* - no sentido de antecedentes causais - para *explicar* a decisão, mas dar *razões* que justifiquem a solução encontrada num contexto intersubjetivo.” (Grifos no original).

¹²⁰⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. Quinta edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1956, v. 1. p. 7: “La *pretesa* è esigenza della subordinazione di un interesse altrui all’interesse proprio. La *resistenza* è non adattamento alla subordinazione di un interesse proprio all’interesse altrui e si distingue in contestazione (non debbo subordinare il mio interesse all’altrui) e lesione (non lo subordino) della *pretesa*. La *lite* pertanto può definirsi come un conflitto (intersoggettivo) di interessi qualificato da una *pretesa* resistita (contrastata). Il conflitto di interessi ne è l’elemento materiale, la *pretesa* e la *resistenza* ne sono l’elemento formale.”

¹²⁰¹ MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Atualizado por J M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, t. 2. p. 588: “conceber qualquer sentença sem exposição dos respectivos motivos não fôra incivilidade lógica menor do que admitir conclusão sem premissas.”

que também equivale à ausência total de motivação, não alcançou o seu escopo magno, que é o de compor a lide com justiça material (e não meramente formal)¹²⁰².

O raciocínio judicial abrange dois contextos formalmente diversos, mas que se interpenetram e interagem entre si: de um lado, o contexto de decisão ou de descoberta (*context of discovery*) e, de outro, o contexto de justificação (*context of justification*)¹²⁰³. O primeiro consiste no procedimento lógico-psicológico causal ou na escolha racional que transportou o juiz a uma determinada hipótese de decisão, ao passo que o segundo representa a empresa de motivação tendente a aportar razões justificativas jurídica e racionalmente válidas àquele decisório, vale dizer, é um discurso fundado em argumentos intersubjetivamente aceitáveis e logicamente estruturados (uma entidade linguística, e, portanto, não um *iter* psicológico)¹²⁰⁴.

A motivação é elemento estruturante do julgado, como derivativo, também, da instrumentalidade do processo, traduzido como instrumento ético, democrático e justo, tendente a assegurar os valores nele versados¹²⁰⁵. Equivale a dizer que a motivação é elemento essencial, de jaez constitutivo, da sentença, e *conditio sine qua non* de jurisdicionalidade ou - caso se prefira - de exercício legítimo da função jurisdicional¹²⁰⁶. Essa concepção de motivação, como componente estrutural necessário das decisões jurisdicionais, é insuscetível de expropriação do juízo. A motivação não pertence ao domínio mental do juiz, pois sua *psique* (“alma das sombras”) não pode, naturalmente, ser objeto de prescrições normativas.

¹²⁰² ROENICK, Hermann H. de Carvalho. A sentença cível e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 73-94, ago./set. 1975, esp. p. 77.

¹²⁰³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 112.

¹²⁰⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 184: “*La motivación-actividad es el procedimiento mental que ha conducido al juez a formular como verdadero un enunciado sobre los hechos del caso. La motivación-actividad versa, pues, sobre el contexto de descubrimiento. La motivación-documento es el conjunto de enunciados del discurso judicial (o el documento en el que se plasman) en los que se aportan las razones que permiten aceptar otros enunciados fácticos como verdaderos. La motivación-documento versa, pues, sobre el contexto de justificación.*”

¹²⁰⁵ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, p. 194-213, jul./set. 1992, esp. p. 209-210: “Em verdade, a fundamentação das decisões judiciais se coaduna, perfeitamente, à instrumentalidade do processo, representando não um entrave, mas um mecanismo de defesa para o que dele se serve. (...) Ao motivar todas as decisões judiciais, o órgão jurisdicional estará atendendo à instrumentalidade, pois o processo ter-se-á tornado o meio eficaz para a realização da Justiça, o elemento condutor, capaz de trazer a pretensão à realidade fática.”

¹²⁰⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit, p. 457: “*Al riguardo, appare piú soddisfacente la definizione che vede nella motivazione un elemento di struttura della sentenza, anche se essa fun conziata in un diverso contesto concettuale, poiché mette in luce che vi è sentenza, come manifestazione della funzione giurisdizionale, se ed in quanto vi è sentenza motivata.*”

Há, como bem se compreende, íntima aproximação entre juízo e motivação; pontos de contato entre raciocínio decisório e justificação (v. g., ao elaborar a motivação o juiz pode discernir critérios e inferências racionais utilizados no procedimento de formação da decisão), conquanto o raciocínio decisório e o raciocínio justificativo, consubstanciados na motivação, sejam estrutural e qualitativamente diversos e exibam funções diferentes: a ossatura do raciocínio decisório serve à formação do *decisum* em si, enquanto a estrutura da motivação tem por fito ministrar razões que justifiquem o decisório. O raciocínio do juiz, qual régua de Lesbos, acomoda-se a cada modalidade de procedimento racional¹²⁰⁷. A racionalidade da justificação da decisão pode, eventualmente, adotar argumentação usinada no contexto de deliberação¹²⁰⁸, no âmbito dos raciocínios probatório e decisório¹²⁰⁹, embora em semelhante contexto trabalhe com critérios de escolha (uma entre duas ou mais possibilidades) ou de valoração. Nalguns casos o juiz, ao raciocinar sobre os elementos de prova, formula, concomitantemente, sua decisão. Noutros, porém, o juiz elabora um raciocínio em relação ao substrato probatório representado nos autos do processo, mas não pode, ainda, apenas a partir daí, formular uma hipótese de decisão¹²¹⁰.

¹²⁰⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 214: “*Esso consiste nella fondamentale distinzione che la metodologia logica e scientifica ha tracciato tra context of discovery e context of justification (o of explanation), intendendosi col primo termine il procedimento che conduce a formulare una determinata soluzione di un problema, e col secondo il procedimento diretto a dimostrare, giustificandola, la validità di tale soluzione. La distinzione tra contesto decisorio e contesto giustificativo implica che l’analisi del ragionamento del giudice venga condotta tenendo conto della differenza strutturale tra i due contesti: la “logica del giudice” è diversa a seconda che si tratti della logica usata come strumento di decisione o come strumento di motivazione.*”

¹²⁰⁸ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. 27. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27. Milano: Giuffrè, 1977. p. 181-257, esp. p. 216.

¹²⁰⁹ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica, op. cit., p. 151: “*D’altronde è pur possibile che il giudice usi come argomenti giustificativi taluni “pezzi” del ragionamento che egli stesso ha svolto nell’ambito del decision-making. Ad esempio, una scelta tra diverse alternative possibili potrebbe essere “riprodotta” in motivazione per mostrare che si è adottata l’ipotesi “migliore” e che le alternative scartate erano tutte peggiori. Inoltre, se il giudice sa che dovrà motivare formulando argomentazioni razionali che giustificano la sua decisione potrà essere indotto a ragionare ex ante secondo criteri razionali. Si può infatti ritenere che sia più facile giustificare decisioni prese razionalmente, e quindi che il giudice obbligati a motivare siano più inclini a decidere secondo criteri razionali. Tuttavia queste sono mere illazioni non verificabili, che non dimostrano alcuna necessaria corrispondenza tra ragionamento decisorio e ragionamento giustificativo.*”

¹²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 294: “*Não há dúvida que a análise do juiz sobre as provas, bem como a sua decisão, devem ser guiadas por critérios racionais. Isso, porém, não elimina a necessidade de o juiz justificá-los. Nesse sentido, há uma brutal diferença entre os critérios de análise probatória e de decisão e os argumentos de justificação. A diferença entre esses critérios e os argumentos de justificação está presente na radical distinção de natureza entre o raciocínio que trabalha com tais critérios e aquele que se vale dos argumentos justificativos. Quando se pensa, por exemplo, na credibilidade de uma prova, ou mesmo em um critério de decisão, realiza um raciocínio que se coloca frente a duas opções e deve escolher uma delas, ao passo que, quando se está diante do raciocínio justificativo, não há mais o que escolher, pois é apenas*

A motivação da decisão é fator de racionalização da função jurisdicional, além de permitir a constatação da razoabilidade das decisões judiciais, bem como evitar a arbitrariedade no exercício da jurisdição¹²¹¹. O raciocínio decisório difere do raciocínio justificativo não apenas sob a ótica estrutural, senão também fenomenológica: aquele implica atividade; este configura um discurso¹²¹².

Pode acontecer, e geralmente acontece, que, na fundamentação, o juiz lance mão de razões que não tenham pertinência com os reais motivos que inspiraram o juiz a pronunciar sua decisão. De qualquer forma, no tocante à sua natureza, segundo determinada vertente doutrinária, a motivação não visa (ou não tem que visar) reconstruir, com fidelidade, o *iter* lógico-psicológico, genético, percorrido pelo juiz para formular a decisão sobre os fatos da causa (evitando-se, assim, a armadilha da falácia descritivística que, por assim dizer, almeja fazer da motivação a antena parabólica do juízo). A teoria da argumentação acena que os instrumentos utilizados pelo juiz para decidir são diversos daqueles empregados para justificar seu decisório. Nada obstante, pode haver aspectos coincidentes (de estrutura e/ou de conteúdo) ou pontos de frequência ou de correspondência nas fases do raciocínio decisório e do raciocínio justificativo. Nessa moldura, a motivação tem por escopo fornecer, orientada pelo *standard* da congruência narrativa (como instrumento de controle das inferências judiciais, principalmente em casos complexos), razões escoreitas e válidas em prol da justificação¹²¹³ jurídica e racional de sua decisão¹²¹⁴. Nessa visão, os motivos do juiz para

necessário justificar, através de argumentos, os raciocínios que antes foram feitos. É óbvio que a distinção entre essas modalidades de raciocínio não quer dizer que a racionalidade da justificação não possa ter base na racionalidade dos raciocínios que conduziram à decisão. Como dito, a justificativa não exclui a necessidade de racionalidade dos critérios probatórios e decisórios, ou seja, a racionalidade desses critérios não exclui a racionalidade da justificativa e vice-versa.” (Reforços gráficos no original).

¹²¹¹ No campo do processo penal, acerca da correlação entre motivação e racionalidade do veredito dos jurados, vide VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. **La motivación y racionalidad del veredicto en el derecho español y en el derecho norteamericano**. San Sebastián: DIJUSA, 2006. p. 134-135: “*el condenado tiene derecho a saber por qué se le condena, y lo tiene para constatar, valorar y enjuiciar el propio juicio judicial y para la impugnación pueda realizarse con posibilidades de éxito.*”

¹²¹² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 215-216: “*Il rapporto in esame è infatti complesso e mediato secondo uno schema che può sinteticamente rappresentarsi così: ragionamento decisorio (attività) / decisione (risultato) / ragionamento giustificativo (attività) / motivazione (risultato).*”

¹²¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel. Relatório brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Coimbra, 1991). **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 109-129, esp. p. 119: “*La motivation n’est pas un récit historique, elle est une justification.*”

¹²¹⁴ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166-174, esp. p. 169-170: “*Questo modo di intendere la motivazione come un discorso che descrive la formazione della decisione pare abbastanza diffuso, ma è improprio e sostanzialmente*

adotar a decisão são irracionais ou, quando menos, de uma racionalidade distinta ou não coincidente com a que se exige para plasmar o contexto de justificação. A motivação, em semelhante perspectiva, encerra uma racionalização ulterior da decisão, mediante “boas razões” intersubjetivas (v. g., a justificação ministra razões pelas quais a formulação de um enunciado sobre fatos controvertidos pode ser aceita como verdadeira).

Entretentes, no que tange às relações entre descobrimento e justificação, extrema-se outra posição que, ao revés, sustenta que o documento da motivação há de reproduzir, expressa e fielmente, aquele itinerário lógico-psicológico que conduziu o juiz a formular a decisão, independentemente do tipo de racionalidade ou mesmo ante sua ausência¹²¹⁵. Semelhante concepção mental ou psicológica da motivação tem sido a causa de formidável confusão, máxime no que toca ao controle crítico da motivação em sede de instância superior: não se pode sindicá-la (e controlá-la) todo o processo mental que, na livre e intransferível valoração da prova, com certeza moral¹²¹⁶ ou moralmente aceitável, enquanto juízo de aceitabilidade dos resultados probatórios, e na determinação dos fatos, guiou o juiz até sua

errato per varie ragioni (...). In altri termini, ciò che al giudice si richiede imponendogli l'obbligo di motivazione è di fornire una giustificazione razionale della sua decisione, ossia di svolgere un insieme di argomentazioni che facciano apparire la decisione come giustificata sulla base di criteri e standards intersoggettivi di ragionamento.”

¹²¹⁵ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 186: “*Podría decirse, en suma, que, aunque la racionalidad es una (la inductiva) los contextos son dos (el de descubrimiento y el de justificación). Por tanto, ni absoluto divorcio ni total identificación. La motivación-documento puede no coincidir exactamente con la motivación-actividad, porque en ésta pueden aparecer (y de hecho aparecen) elementos arracionales de los que aquélla no puede hacerse cargo ni no es haciéndolos pasar por el tamiz de la justificación racional. Pero, a su vez, el juez, al menos en un modelo cognoscitivista, tampoco puede descubrir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar honesta o coherentemente, esto es, mediante unos mismos patrones de racionalidad; y para ello, necesariamente, habrá de hacer uso de tales patrones en el propio proceso de averiguación de la verdad. El corolario de lo anterior resulta claro: la motivación-documento no puede ser entendida como la reproducción de las causas reales (que pueden ser también psicológicas, sociológicas, empíricas...) que han conducido a la formulación de un enunciado fáctico, sino sólo como el conjunto de argumentos que permiten presentar tal enunciado como verdadero. No es incongruente por ello afirmar la imposibilidad de fiscalización del contexto de descubrimiento y la posibilidad (y aun necesidad) de fiscalización del contexto de justificación. En cierto modo cabría decir que en un modelo cognoscitivista la motivación-documento ha de coincidir con la motivación-actividad, pero eliminando de ella los elementos no susceptibles de justificación racional.”*

¹²¹⁶ TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, ano 27, p. 24-63, jul./set. 2002, esp. p. 45: “O segundo aspecto a destacar é que a “certeza” exigida, embora qualificada de “moral”, nada tem de personalíssima ou insindicável. Ainda segundo a locução de Pio XII, não se trata de uma “certeza puramente subjetiva que se funde sobre o sentimento ou a opinião meramente subjetiva deste ou daquele”, mas de uma certeza “objetivamente fundada”. A “certeza moral” não constitui um sentimento afetivo ou espiritual. A caridade e o amor cristão, que devem estar presentes em todo agir cristão, não substituem a necessidade de que, nos limites do razoável, se procure a mais correta possível reconstrução dos fatos e aplicação das normas. Bem por isso, “requer-se, *na mente do juiz*, certeza moral.” (Grifos no original).

decisão¹²¹⁷. Tirante os fatos notórios (que devem ser afirmados pelas partes), ao juiz está interdita a possibilidade de decidir com fulcro em elementos estranhos ao processo e, portanto, não submetidos ao contraditório.

Aquela confusão é tanto maior quando se cogite de órgão julgador colegiado, em que, segundo esta errônea visão, a livre apreciação da prova e a pluralidade de julgadores gerariam um problema de difícil solução. Há nítida identificação entre motivação e reprodução do processo mental. Entretanto, fundamentar os enunciados fáticos é justificá-los na decisão, e não reproduzir o itinerário do raciocínio judicial desenvolvido no processo decisório. No plano do descobrimento, como bem se compreende, incidem, geralmente, causas, elementos, pretextos, intuições que não podem integrar o conceito de razões justificativas jurídica e racionalmente válidas.

A racionalidade da motivação tanto pode denotar, formalmente, a coerência interna do discurso justificativo judicial e a correta aplicação das regras de decisão, quanto pode significar, conteudisticamente, o espelhamento, no texto da motivação, dos valores cultivados por seus destinatários: partes, advogados, juízes de impugnação, sociedade, cidadãos¹²¹⁸. A exigência de racionalidade encontra na fundamentação da decisão uma forte interdição a que o livre convencimento do juiz se degenere em arbitrariedade¹²¹⁹. A garantia de racionalidade reside na correta apreciação dos resultados das provas representadas nos autos do processo, devidamente debatidos pelas partes em contraditório. Implica dizer, em sentido mais abrangente, que as atividades das partes (argumentativa, probatória), emergentes do exercício do direito de defesa (qual Ferruccio)¹²²⁰, não de se projetar necessariamente no conteúdo da motivação da decisão judiciária. Instrumentalmente, a motivação é o ápice da efetividade da cognição judicial, no sentido de levar em conta, apreciar e valorar as alegações e os elementos de prova carreados para os autos do processo, produzidos por atividade das partes ou por iniciativa *ex officio* do juiz. Valorar significa, como valor fundamental, justificar racionalmente os critérios de escolha usados pelo juiz em sua decisão. Mister se faz que, pelo

¹²¹⁷ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 144 ss.

¹²¹⁸ AMODIO, Ennio, op. cit., p. 217.

¹²¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. p. 106: “O convencimento do juiz precisa ser *motivado*, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos.” (Grifos no original).

¹²²⁰ Comandante florentino Francesco Ferruccio (14.08.1489 - 03.08.1530), que, em 1530, defendeu Florença contra as tropas do imperador Carlos V.

conteúdo da motivação, as partes sejam postas concretamente em condições de compreender a decisão¹²²¹. O discurso justificativo deve ser aderente ao material fático-jurídico contido nos autos do processo, produzido pela dialeticidade das partes e formalizado na fundamentação. Semelhante discurso de justificação tem como função específica a de demonstrar, com argumentação jurídica e racionalmente válida, que o *decisum* é escorreito e justo, tendo como parâmetros indispensáveis e cumulativos: (i) a correção da eleição e da interpretação aceitável da regra jurídica aplicável ao caso concreto; (ii) o acertamento esperável dos fatos relevantes para o julgamento da causa, como instrumento imprescindível à busca da verdade; e (iii) o uso de um procedimento válido, ético e justo para alcançar a decisão final da lide.

Na concepção tradicional, a motivação representava o espelho de um silogismo: a premissa maior é traduzida pela norma jurídica abstrata, a premissa menor é constituída pelo fato juridicamente qualificado e a conclusão traduz a afirmação de uma concreta vontade da lei. Nessa singular estrutura silogística, a motivação coloca fé num arcabouço lógico de sentença. Aliás, os ordenamentos jurídicos, não raro, quando revelam a forma da sentença e elencam seus elementos essenciais, o fazem na rigorosa sequência lógica: relatório, motivação e dispositivo.

Na compreensão silogística da jurisdição, o raciocínio judicial, sobre o qual se funda a decisão, envolve uma complexa cadeia de silogismos, concatenados entre si. A premissa de um silogismo a ser realizado é a conclusão de um silogismo já concluído¹²²². De sorte que a gênese lógica da sentença é equiparada não a um único silogismo, mas a um intrincado sistema dedutivo¹²²³.

Nessa operação aritmética, a motivação antecede ao dispositivo: este deve ser o corolário lógico daquela ou sua dedução silogística. Nessa fórmula, a motivação seria um

¹²²¹ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 3. p. 48-49: “Múltiplas são as operações lógicas que então se desenvolvem, porquanto o juiz apreciará as controvérsias existentes, os fatos e os preceitos jurídicos que lhes são aplicáveis. A motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio e às controvérsias surgidas na discussão deste.”

¹²²² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. p. 10: “É verdade, entretanto, que rarissimamente a sentença se contém num único silogismo. De ordinário o juiz terá de desenvolver um trabalho lógico complexo, formulando silogismos vários, das conclusões de um se servindo para formular outros, de modo a chegar à conclusão final. E não só de silogismo se valerá o juiz para chegar à decisão, mas dos mais variados processos lógicos terá de utilizar-se. Assim, por exemplo, da analogia terá de valer-se, muitas vezes, na aplicação do direito, quando a lei for omissa quanto à situação de fato posta em juízo.”

¹²²³ CALOGERO, Guido, op. cit., p. 51-52.

prius em relação ao nascimento do dispositivo¹²²⁴ e não um *posterius*. Entretanto, semelhante modo de ver o fenômeno do surgimento da sentença é confrontado pelo legislador, já que a motivação, em que se embasa o dispositivo, é apresentada posteriormente¹²²⁵. É uma espécie de justificação póstuma. A ordem do ato de nascer do *decisum* também é infirmada por prestigiosa doutrina¹²²⁶. Tudo a deixar entrever a fragilidade ou, quando nada, a insuficiência da teoria do silogismo judicial.

O valor da motivação representaria um *posterius* no tocante ao juízo e traduziria uma verificação racional do mesmo¹²²⁷. Ou seja: a motivação encarna a justificação dos critérios de convicção¹²²⁸ do juiz e de sua decisão. Contudo, embora não coincidam perfeitamente o

¹²²⁴ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 171-183, mar./abr. 2006, esp. p. 179.

¹²²⁵ Subvertendo a ordem do aparecimento do *decisum*, vide Codice di Procedura Civile italiano, art. 276, § 5º (“*Chiusa la votazione, il presidente scrive e sottoscrive il dispositivo. La motivazione è quindi stesa dal relatore, a meno che il presidente non creda di stenderla egli stesso o affidarla all’altro giudice.*”), e art. 119, § 3º, disp. att. c.p.c. (“*Il giudice che ha esteso la motivazione aggiunge la qualifica di estensore alla sua sottoscrizione.*”).

¹²²⁶ CALOGERO, Guido, op. cit., p. 51: “*Il fatto è, come ognuno intende, che la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse. Quando il giudice è arrivato alla convinzione che un certo modo d’agire implica per legge una certa conseguenza giuridica, e che di quel modo d’agire si è verificato un caso, la conclusione può farla trarre a chiunque.*”

¹²²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Appunti sulla motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 6, parte 2, p. 88-90, 1951, esp. p. 89: “*Probabilmente il dubbio non si può sciogliere senza risalire alla funzione della motivazione, che ne determina la struttura. Anch’io, fino agli ultimi anni, cioè fino a quando non ho cominciato a meditare intorno al giudizio, ho creduto che la motivazione sia un prius e la disposizione un posterius; ossia che prima il giudice cerchi le ragioni e poi decida; da ultimo soltanto questo ordine mi si è capovolto. Anch’io, in altre parole, cadevo nell’errore di confondere il sillogismo con il giudizio. Diciamo la verità: bisogna avere penetrato a fondo il meccanismo del pensiero al fine di evitare tale confusione, agevole e quasi inevitabile per la velocità con la quale, nell’ordinario pensare, si alterano e si avvicendano e quasi si aggrovigliano il giudizio e la sua verificação. Comunque, un punto fermo è che il giudizio ha carattere inventivo e il sillogismo, invece, serve alla dimostrazione: e che, d’altra parte, la struttura del giudizio è semplice mentre quella del sillogismo è complessa. Probabilmente, è vero che regole si danno per dimostrare, non per giudicare. Il sillogismo soltanto, non il giudizio è razionale.*” Na mesma entoação, EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27. Milano: Giuffrè, 1977. p. 154-180, esp. p. 160: “*Sta di fatto che il considerare la sentenza in vitro ed in ciascuna delle sue parti (dispositivo e motivazione) finisce col far perdere di vista l’inscindibile unità del giudizio che ne rappresenta il contenuto, unità che non può essere compromessa dalle forme esteriori in cui il giudizio si presenta. Ora, il giudizio, come è stato autorevolmente notato, è rispetto a queste forme non un prius, ma un aliud: esso rappresenta il momento inventivo e precede il sillogismo che ha, invece, funzione dimostrativa. E la motivazione costituisce una forma di verificação del giudizio; è “una prova logica, per controllare al lume della ragione la bontà di una decisione scaturita dal sentimento: è la razionalizzazione del senso di giustizia.*” Releva notar a posição contrária de TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. p. 463: “*Il Bundesverfassungsgericht cerca in sostanza di tener conto dell’esigenza che la motivazione nasca come premessa del dispositivo e non come justificação a posteriori di una volontà già fissata in precedenza, anche se tende ad assumere un atteggiamento restrittivo al fine di evitare uno “straripamento” della Verfassungsbeschwerde.*”

¹²²⁸ FURNO, Carlo. **Teoría de la prueba legal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. p. 18-19: “*La convicción es la medida psicológica de la certeza, que tiene importancia mínima en la certeza*

contexto decisório e o contexto justificativo, inclusive condicionados por racionalidades diversas, não se pode ignorar que as razões ministradas na motivação hão de apresentar alguma simetria com a decisão¹²²⁹. A aceitabilidade da justificação exige que a argumentação racional insculpida na motivação guarde, quando menos, sintonia com o raciocínio decisório. Afigura-se inaceitável a justificação quando corromper completamente o raciocínio decisório e não exprimir um lastro racional aos critérios de escolha ou de valoração que condicionaram a decisão. Não se pode confundir justificação como racionalidade do raciocínio decisório, *i. e.*, do procedimento que se desenvolve na mente do juiz e motivação como argumentação justificativa que exprima a bondade das razões para aceitar-se a decisão¹²³⁰.

O dever constitucional de motivar supõe uma decisão a ser objeto de justificação¹²³¹. Com efeito, a motivação, em linha de princípio, é o documento do discurso justificativo do juiz, representativo da explicitação das razões alocadas na base de sua decisão. Em seu aspecto interno, a motivação se constitui de um feixe de argumentações ou conjunto de enunciados linguísticos, articulados de maneira racional e coerente, com função justificativa, que o discurso judicial deve ostentar. Externamente, verifica-se uma autonomia entre o contexto de deliberação e o de justificação, embora ambas as atividades (de motivação e de deliberação) se inter-relacionem, por configurarem elementos essenciais e estruturantes no processo de formação da sentença¹²³². A motivação, por assim dizê-lo, é uma espécie de superego do juízo¹²³³.

matemática, pero máxima en la certeza histórica. El conocimiento se consolida en certeza histórica al amparo de la convicción. No tenemos pura certeza sino en la certeza matemática; históricamente, no tenemos otra posibilidad que la de estar convencidos respecto a una circunstancia de hechos, que deviene para nosotros cierta en su existencia y en su modo de ser. (...) Así, pues, en tanto existe conceptualmente la verdad en cuanto es pensada. El fenómeno que podríamos imaginativamente representar como bifronte, llamando verdad (absoluta) a una de sus caras, y certeza (relativa) a la otra, no tiene más cara visible para la realidad de nuestro conocimiento que la de la verdad pensada, o sea la de la certeza. La otra, la verdad absoluta, queda para nosotros envuelta en impenetrable sombra.”

¹²²⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 114-115: “Assim, é necessário ressaltar que a motivação não representa somente um requisito formal da decisão, ou um discurso formulado *a posteriori* para justificá-la, mas constitui, ao contrário, um elemento estruturante do próprio julgamento. Em outras palavras, é a exigência de apresentar uma argumentação racional para justificar a decisão que obriga o juiz a decidir seguindo certos parâmetros de racionalidade.”

¹²³⁰ TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna, n. 1, v. 19, p. 151-173, giugno 1989, esp. p. 157.

¹²³¹ AMODIO, Ennio, op. cit., p. 198: “*E non vi può essere dovere di motivare là dove manca una decisione da giustificare.*”

¹²³² GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 113: “Mas, se sob esse prisma é bastante nítida a distinção entre *decisão* e *motivação*, por outro lado não é possível desconhecer a íntima e necessária conexão entre as duas atividades. De fato, e sobretudo se assumida a função garantidora da motivação, não é possível ignorar que a imposição do dever de motivar tem como objetivo assegurar determinada forma de raciocínio

Sob outro ângulo de visada, a estrutura da motivação deve observar três grandes linhas: racionalidade, plenitude e controlabilidade. A racionalidade implica adoção do melhor critério de escolha ou de valoração, cuja demonstração há de exsurgir das razões jurídicas válidas exteriorizadas para justificar a decisão (v. g., a decisão é consectário natural e lógico do correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da lide). O vetor da plenitude (inteireza) concerne à justificação integral dos critérios de escolha ou de valoração que embasam a conclusão final, máxime em relação aos argumentos que placitam a validade de todas as eleições formuladas pelo órgão julgador. Já o requisito da controlabilidade toca à exigência de que a *ratio decidendi* seja pública, e, sob o prisma extraprocessual, acessível e inteligível pelo cidadão de cultura média. A motivação deve consentir a possibilidade de controle social, democrático e difuso, acerca da validade das escolhas esculpidas pelo juiz, sobre as quais se assenta a decisão. Na fase de deliberação, as escolhas são formuladas pelo juiz para a formulação da solução e, uma vez assentado o decisório, as escolhas são filtradas (e, não raro, até reformuladas) para fins de elaboração de um discurso que lhes empreste justificação jurídica e racionalmente válida. Por outras palavras: a motivação exige, intrinsecamente, a justificação da soma das opções que conformaram a decisão (v. g., a escolha da regra jurídica ou consuetudinária que o juiz tenciona aplicar ao caso particular; a eleição da interpretação que o juiz considera mais correta, à luz das especificações do caso concreto; a escolha inerente às consequências jurídicas da aplicação da norma aos fatos relevantes corretamente acertados). Em suma, o juiz deve explicitar as razões que militam em prol da solução por ele formulada, dentro de um conjunto de soluções igualmente legítimas. O discurso racional, lógico-argumentativo, deve justificar, reafirme-se, os juízos de valor que entusiasmaram as diferentes escolhas de argumentos ou de um critério interpretativo e não de outro, dentro de uma constelação de semanticamente válidos ou possíveis, do mesmo texto normativo¹²³⁴.

decisório, mais precisamente aquela que leve o juiz a formar o seu convencimento tão-só com base em razões *confessáveis*; se não é possível negar que fatores emotivos e ideológicos podem influenciar a decisão, a exigência de motivação cumpre o importante papel de instrumento destinado a afastar o juiz de tais influências; trata-se, nessa fase, de um importante meio de pressão sobre a consciência do juiz, uma forma de autocontrole da decisão.” (Grifos no original).

¹²³³ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études, op. cit., p. 111-135, esp. p. 126-127: “*La motivation légale sert aussi aux valeurs praxéologiques. D’une part elle incite le juge à un bon travail; la possibilité que l’obligation de préparer une motivation surgisse (si elle n’existe pas ex lege) exerce une pression qui favorise la conscience du juge.*”

¹²³⁴ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 311.

8.3 Relação entre motivação e dispositivo: definição dos horizontes do julgado

Há conexão estreita entre motivação e dispositivo da sentença. Tais elementos essenciais não podem ser fracionados, sob pena de se desnaturar a unidade lógica e jurídica da decisão¹²³⁵. A motivação, além de definir, *v. g.*, os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada material¹²³⁶, erige-se em fonte primária de interpretação da extensão do julgado. É dizer: a motivação, visualizada em seu perfil técnico, exerce a prestimosa função de racionalização e de efetividade da atividade jurisdicional, consentindo a correta interpretação do julgado para a determinação exata do respectivo conteúdo e alcance¹²³⁷.

Dito de outra maneira, os motivos da decisão, enquanto penhores de fechamento de um sistema racional e embora não fiquem, em regra, sob o manto da coisa julgada material, devem ser levados em conta para se entender e definir a verdadeira e cabal inteligência do decisório¹²³⁸. Conducente dizer que, ante a união indissolúvel entre dispositivo e motivação,

¹²³⁵ ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**. Quito: TCE, 2010. p. 53: “*Según la conocida enseñanza de SAVIGNY, “la sentencia es un todo único e inseparable; entre los fundamentos y lo dispositivo media una relación tan estrecha que unos y otros no pueden ser nunca desmembrados si no se desea desnaturalizar la unidad lógica y jurídica de la decisión”*. Por ello, el imperativo que obliga a los jueces y tribunales a la motivación de las resoluciones representa una garantía efectiva de justicia, defensa, publicidad, seguridad jurídica y transparencia en un régimen constitucional democrático.”

¹²³⁶ DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela**. 8. ed. Bahia: Editora JusPodivm, 2013, v. 2. p. 328-330.

¹²³⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 68.

¹²³⁸ Corte Suprema di Cassazione italiana, Sent. n. 8894, de 2.7.2001 (conf. sent. n. 9157, de 15.9.1997): “*La portata di una pronuncia giurisdizionale va individuata tenendo conto non soltanto delle statuizioni finali contenute nella parte dispositiva, ma anche delle enunciazioni riportate nella motivazione, la quale, nelle decisioni di accertamento e di condanna, incide sul momento precettivo della pronuncia tanto da considerarsi integrativa del dispositivo stesso, supplendo, eventualmente, alle lacune di questo in quanto rivelatrice dell’effettiva volontà del giudice.*”; Cass. Sez. Un. sent. n. 277, de 28.4.1999 (conf. Sez. Un. sent. n. 2874, de 17.3.1998): “*Il giudice di merito, nell’accertare l’esistenza e la portata del giudicato esterno non deve tenere conto soltanto della formula conclusiva in cui si riassume il contenuto precettivo della sentenza di cui trattasi, ma deve individuare anche l’essenza e l’effettiva portata della decisione, ricavandole non solo dal dispositivo, ma anche dalla motivazione.*”; Cass., sent. n. 3916, de 27.4.1996: “*secondo la quale costituiscono ‘utili elementi di interpretazione le stesse domande delle parti, il cui rilievo a fini ermeneutici, se non può essere proficuamente utilizzato per contrastare i risultati argomentabili alla stregua di altri elementi univoci che inducono ad escludere un’obiettiva incertezza sul contenuto della pronuncia in base alle chiare espressioni usate ed agli stessi motivi logici e giuridici sui quali la decisione è fondata, può tuttavia avere una funzione integratrice nella ricerca degli esatti confini del giudicato ove sorga un ragionevole dubbio al riguardo*”. Apud IACOBELLIS, Marcello, PELLECCIA, Roberto, SCOGNAMIGLIO, Paolo, SENSALE, Giorgio. *Codice di procedura civile: annotato con la giurisprudenza*. XIX edizione. Napoli: Simone, 2013. p. 525.

formando um bloco monolítico, ambos os componentes essenciais da decisão judiciária hão de ser interpretados conjuntamente, pelo método sistemático, pois a correta compreensão do dispositivo está amarrada ao esquadramento da motivação, e, em contrapartida, a apropriada exegese da fundamentação é influenciada pelo enunciado do *decisum*¹²³⁹.

A correlação entre motivação e dispositivo, como um amálgama harmônico e coerente, pode não se configurar. A rigor, o cotidiano forense é pródigo em oferecer amostras, aqui e alhures, em que a motivação é radicalmente contrastante com o dispositivo da decisão judiciária. As soluções, ante a perplexidade exurgente de tal discrepância, são distintas e construídas a partir da circunstância de o *decisum* haver, ou não, transitado em julgado. Na primeira hipótese, no fito de conservar-se o ato processual, a interpretação corretiva sugere a manutenção funcional e a prevalência (da função sobre a estrutura) do dispositivo, e a correção da motivação de acordo com ele. Na segunda hipótese (se ainda houver a possibilidade de impugnação do julgado), a funcionalidade da decisão constitui justamente o objeto de controle crítico pela instância superior¹²⁴⁰.

Sob boa luz, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro¹²⁴¹, em seu art. 499, estabelece: “São elementos essenciais da sentença: I – o relatório sucinto, que conterà 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, enunciando as razões que autorizam a inferência 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.” Vê-se, pois, que a correta interpretação da decisão judiciária não prescinde da cópula de todos os seus elementos essenciais: relatório, motivação e dispositivo.

8.4

¹²³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983, esp. p. 80: “Instituição e raciocínio concorrem, em diversas medidas, para formar o juízo e é inútil tentar estabelecer regras e ordens nos elementos e os casos são infinitos. Para o direito é irrelevante conhecer dos mecanismos psicológicos que, às vezes, permitem ao juiz chegar às decisões. O que importa, somente, é saber se a parte dispositiva da sentença e a motivação estão, do ponto de vista jurídico, lógicos e coerentes, de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário, que se interpretam e se iluminam reciprocamente.”

¹²⁴⁰ BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmática. Milano: Giuffrè, 1949. p. 261-263; EVANGELISTA, Stefano, op. cit., p. 169.

¹²⁴¹ Consubstanciado no PLS n. 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei n. 8.046/2010.

8.5 Arquétipos de justificação

As singularidades jurídicas, culturais, socioeconômicas e políticas concernentes aos múltiplos sistemas judiciários produzem o modelo de racionalidade idôneo a justificar uma decisão. Soa apropriado dizer que a estrutura do raciocínio do juiz da *common law* difere daqueloutra do juiz da *civil law*. A ideologia preponderante, em certo tempo e lugar, sufraga valores fundamentais, a par de recomendar um tipo de raciocínio decisório. A racionalidade se traduz em determinados arquétipos de justificação: dedutivo ou silogístico, indutivo, retórico. É útil passá-los em revista.

8.4.1 Dedutivo: adeus à teoria do silogismo judicial?

À época em que sobrelevava o positivismo jurídico, ao juiz estava interdita toda e qualquer atividade de interpretação das regras jurídicas. Naquela quadra histórica, como já observado, o juiz desempenhava o papel inanimado e análogo ao de um boneco de ventríloquo que, de forma mecanicista, pronuncia as palavras da lei (*‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’*, na célebre expressão montesquiana). Era o triunfo do direito posto e (apenas aparentemente) da lógica formal. Supunha-se, na experiência do silogismo, que o juiz, por subsunção dos fatos à norma jurídica abstrata, fosse capaz de resolver todos os conflitos submetidos à sua decisão¹²⁴². Não seria despropositado dizer que, ante semelhante ideologia do juiz neutro, vinculado à vontade popular veiculada nos textos normativos, a sentença equiparava-se a uma lídima fórmula matemática.

¹²⁴² No que toca ao silogismo judicial, vide CALAMANDREI, Piero. Giustizia e politica: sentenza e sentimento. In: **Processo e democrazia**. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954. p. 43-67, esp. p. 56-57: “È questo il famoso sillogismo giudiziale. La legge è un giudizio ipotetico di carattere generale che riconnette ad un evento possibile un effetto giuridico: “se si verifica un caso del tipo a, si produce l’effetto giuridico b”. Qui, dice il giudice, si verifica in concreto un caso che ha i caratteri del tipo a, dunque io accerto che si deve produrre in concreto l’effetto giuridico b. Tutto il lavoro del giudice si riduce pertanto a trovare la coincidenza tra un caso concreto e un caso astrattamente ipotizzato dalla norma: cioè, secondo la risaputa terminologia scolastica, la coincidenza tra la “fattispecie reale” e la “fattispecie legale”. (...) Sentenza giusta, in questo sistema, non vuol dire sentenza conforme al sentimento sociale, ma vuol dire semplicemente sentenza conforme alla legge: e se poi, per avventura, la legge non corrisponde (o non corrisponde più) al sentimento sociale, questo non è affare del giudice, mas del legislatore: dura lex sed lex.”

Mas (poder-se-ia objetar), além da ótica axiológica do Direito, máxime no procedimento decisório atinente aos cognominados “casos difíceis” (*hards cases*), a realidade social e sua complexidade não se escondem. Nessa moldura, irrompe a crise do positivismo jurídico em sua perspectiva silogística, cuja representação é insatisfatória¹²⁴³, precisamente por extraditar o assim chamado “direito vivo”, traduzido, v. g., nos indispensáveis juízos valorativos e apreciações axiológicas em relação à interpretação da regra aplicável e/ou ao acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da lide¹²⁴⁴. O silogismo judicial, segundo a fórmula clássica do racionalismo jurídico, consubstanciado na subsunção de casos particulares a uma regra geral, mostra sua insuficiência em aportar respostas aceitáveis e razoáveis ao processo de formação da decisão judiciária¹²⁴⁵.

Com efeito, deve-se afastar, de logo e de pronto, a ideia do silogismo lógico no âmbito do processo judicial, pois, como é bem de ver, o fenômeno da decisão não se circunscreve pura e simplesmente a uma operação aritmética. Pode acontecer, e geralmente acontece, que, por exemplo, surjam dificuldades na definição da premissa maior, porque a formulação da norma geral não se revele com tanta clareza e, de conseguinte, seja necessário extraí-la de um complexo conjunto normativo¹²⁴⁶. Não por acaso já se assinalou, com propriedade, que, uma vez assentadas as premissas fático-jurídicas, a conclusão nasce, por si mesma, de parto natural¹²⁴⁷. Hodiernamente, tem o sabor do óbvio que a função judicante já não mais deve se adstringir, pura e simplesmente, à subsunção do fato à norma, no âmbito de um caso concreto; antes, ao contrário, mister se faz realizar o valor justo.

¹²⁴³ CALAMANDREI, Piero. *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, op. cit., p. 59-60: “*Anche io, in un mio saggio giovanile, ho rappresentato la sentenza come una progressione di sillogismi a catena; ma poi l’esperienza del patrocinio forense mi ha dimostrato non dico che questa rappresentazione sia sbagliata, ma che essa è incompiuta e unilaterale: chi si imagina la sentenza come un sillogismo, non vede la sentenza viva; vede la sua spoglia, il suo scheletro, la sua mummia.*”

¹²⁴⁴ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 84-85: “A importância do processo dedutivo é tão grande que levou, durante muito tempo, ao equívoco de reduzir-se a aplicação do Direito ao uso de sucessivos silogismos. Foi cômodo, por exemplo, afirmar-se que uma sentença (isto é, o *juízo* editado por um *Juiz*, numa demanda: notem a correlação esclarecedora entre *juízo* e *juiz!*) poderia ser reduzida a um silogismo, cuja premissa maior seria a lei; a premissa menor, os fatos; e a decisão constituiria a conclusão necessária. Na realidade assim não acontece. O ato de julgar não obedece a meras exigências lógico-formais, implicando sempre *apreciações valorativas (axiológicas)* dos fatos, e, não raro, um processo de interpretação da lei, aplicável ao caso, graças a um trabalho que é antes de “dedução amplificadora”.” (Grifos no original).

¹²⁴⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 136.

¹²⁴⁶ CALOGERO, Guido, op. cit., p. 53-54.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, p. 56.

Nada obstante, o que, no tempo atual da cultura jurídica processual, parece condenável é o raciocínio judicial baseado exclusivamente no método silogístico de argumentação, por deixar de fora, por exemplo, juízos de valor *in facto* e *in iure*. Disso resulta que, bem vistas as coisas, nada impede que o modelo de silogismo seja empregado em conjunto com outros perfis argumentativos, consentâneos, v. g., com juízos preponderantemente valorativos que conduzam o órgão julgador à sua conclusão final. Significa dizer que, sob o prisma de mirada da estrutura da decisão e de sua gênese, o raciocínio judicial, em seu derradeiro instante, pode perfeitamente desembocar no estuário de um silogismo decisório. Entretanto, conquanto o decidir termine com um silogismo, com esquema silogístico jamais poderá iniciar-se¹²⁴⁸. A aparente vitória da lógica formal, como já observado, está na inutilidade do método silogístico de julgamento, dêis que somente se afigura possível cogitar de silogismo ulteriormente à conclusão do juízo¹²⁴⁹. O silogismo, para se usar observação carneluttiana, se revela necessário para a verificação do juízo. A motivação, por exemplo, sobre enunciados, na perspectiva de justificação de fatos históricos (conclusões ou hipóteses), se reveste de determinadas características¹²⁵⁰.

¹²⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 212-213: “*Come faccia il giudice a decidere, questo è il problema, che la scienza del diritto dovrebbe risolvere. (...) I giuristi, quando si sono accinti a tale compito, hanno osservato, prima di tutto, com'è fatta la decisione e hanno ritenuto che il come è fatta sia tutt'uno con il come si fa. Ne è venuta fuori la concezione sillogistica della sentenza, che si può dire costituisca ancor oggi ciò che la maggior parte di noi sa e si contenta di sapere intorno alla decisione. Non c'è dubbio che questa concezione abbia in sé una parte di vero. Chi esamina il documento di una decisione ci legge veramente un discorso, il quale, in termini correnti, si chiama un ragionamento, e in termini scientifici, prende appunto il nome di sillogismo, nel quale la premessa maggiore è costituita dalla norma giuridica, la premessa minore dal fatto, e la conclusione dall'applicazione di quella a questo; (...) Naturalmente questo schema semplifica il dato, il quale in realtà è assai più complesso: più che di un solo sillogismo nel senso che ciascuna delle premesse rappresenta la illazione di un altro sillogismo; quando si fa l'anatomia di una decisione, vi si trova una implicazione di sillogismi, del che si può avere un'idea paragonando ciascuna delle premesse del sillogismo finale a una scatola, la quale contiene un'altra scatola, e questa a sua volta ne contiene una terza e così via. Tutto ciò, ripeto, definisce esattamente la struttura della sentenza, ma non la sua genesi; in parole povere, come ho già accennato, risponde alla domanda: com'è fatta la decisione? Ma non anche alla domanda: come si fa? Insomma il sillogismo, nel quale la decisione si esaurisce e perciò si può chiamare sillogismo decisorio, è il risultato di un fare, del quale non basta sapere come finisce, mentre dobbiamo sapere anche e prima di tutto come comincia. (...) La prima osservazione, dalla quale deve partire la ricerca, è che se il decidere finisce con un sillogismo, con questo non può cominciare.*”

¹²⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 120: “Assim, é possível afirmar que a concepção lógico-dedutiva apenas fornece um esquema de racionalização circunscrito à motivação (lógica da justificação), deixando à margem o procedimento de escolha das premissas, o que equivale a admitir a possibilidade de outras formas de racionalidade próprias à pluralidade de aspectos e momentos em que se articula o contexto decisório propriamente dito (lógica da descoberta). Aliás, mesmo considerando o âmbito próprio da motivação, a análise empírica dos discursos justificativos evidencia que a lógica dedutiva desempenha um papel muito modesto no trabalho dos juízes, pois a argumentação judicial está voltada mais à demonstração do acerto na escolha das premissas que à extração de uma conclusão lógica a partir delas.”

¹²⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 195-196: “*Cuando el enunciado a justificar sea una conclusión, la motivación exige, en rigor, tres cosas. Por un lado debe exponerse y justificarse el enunciado probatorio*

Banhada pelo positivismo jurídico, a teoria do silogismo judicial retrata mais uma ideologia do juízo do que uma descrição do raciocínio do juiz, como operação lógica discursiva e mental. No quadro de uma ideologia democrática de exercício da função jurisdicional e de concreta administração da justiça, referenciada à concepção racional da decisão, máxime em relação ao correto acerto da verdade dos fatos, consente-se a controlabilidade do juízo *in facto*, em sua estrutura e dinâmica. Ou seja: alquebra-se a ideologia autoritária sobre tal juízo, cujo escopo é o de assentar a veracidade e a confiabilidade dos enunciados fáticos alocados como fundamento justificativo da decisão¹²⁵¹. Trata-se de fundar a conclusão final sobre uma reconstrução verdadeira dos fatos (principais-jurídicos, acessórios-simples; constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos da pretensão deduzida em juízo), valendo notar que a coerência da narração dos enunciados de fato da demanda judicial pode servir de discernimento ancilar de escolha e de fixação da hipótese fática confiável e apropriada, mas tão somente quando as versões fáticas jazerem no mesmo patamar de confiabilidade e de credibilidade.

O raciocínio judicial decisório, quando menos em sua origem, não se limita ao silogismo, haja vista, por exemplo, a imprecisão da linguagem do direito e a possibilidade de conflito entre normas jurídicas (regras e princípios). Ademais, a inviabilizar a aplicação prática da teoria silogística da decisão, afigura-se possível a existência de casos que reclamem solução jurídica que não se encaixe em qualquer norma válida existente, bem como, em casos excepcionais, haver uma decisão que contravenha textualmente a um dispositivo legal¹²⁵².

O procedimento silogístico é impermeável a infiltrações axiológicas, de sorte que a técnica do silogismo judicial não se compraz, por exemplo, com a enunciação pelo órgão

singular del que se parte, es decir, la premisa menor del silogismo deductivo (sea una constatación, una conclusión o una hipótesis). Por otro lado debe exponerse y justificarse la regla universal de la que se parte (sea una ley de la ciencia o una norma jurídica), es decir, la premisa mayor del silogismo. Finalmente debe mostrarse que el enunciado probatorio singular constituye una instancia particular del antecedente de la regla universal y que el razonamiento seguido es una inferencia deductiva válida. (...) Una hipótesis es el resultado (conjetural) de una inferencia inductiva. Una hipótesis está justificada si no ha sido refutada y es confirmada por las pruebas disponibles más que cualquier otra hipótesis. Están presentes en esta justificación tres elementos: no refutación, confirmación y mayor confirmación que cualquier otra hipótesis sobre los mismos hechos.”

¹²⁵¹ Sobre o objeto do juízo de fato, em perspectiva analítica, vide TARUFFO, Michele. Elementi per un’analisi del giudizio di fatto. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 235-275, esp. p. 237: “*Si dice comunemente che il giudizio di fatto verte su fatti come i “fatti della causa”, i “fatti rilevanti”, e così via, ma questo è un modo ellittico e sostanzialmente improprio di formulare il problema. In realtà il giudizio di fatto verte su enunciati relativi a fatti, e mira a stabilire quali enunciati, relativi a quali fatti, possono considerarsi veri ai fini della decisione.*”

¹²⁵² AMORIM, Letícia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 38, p. 69-79, maio 2006, esp. p. 73, nota 19.

jugador de juízos de valor acerca dos fatos relevantes para o julgamento da causa. O silogismo judicial encarna um modelo de julgamento que se preocupa mais com a demonstração da validade de uma tecnologia de raciocínio do que com a veracidade e a justeza do resultado do processo. A justificação, com base em critérios racionais e válidos, do acerto da verdade dos fatos não é excogitada pela doutrina silogística. A verdade empírica do processo, mormente no juízo de fato, evidenciada nos planos epistemológico e valorativo, fica no relento do quintal do silogismo judicial.

Há, porém, mais. Prestigiosa doutrina sustenta que, na fórmula da decisão judicial, o dispositivo não seria a consequência lógica ou a dedução silogística da motivação¹²⁵³. Nessa visão, a fundamentação seria um *posterius* em relação à cronologia de aparecimento do *decisum*. Haveria, por assim dizer, uma inversão da lógica formal e subversão da ordem moral do silogismo judicial: a conclusão precede as premissas que servem para justificá-la jurídica e racionalmente¹²⁵⁴. É como se uma mulher, em motim contra a natureza, desse à luz um bebê antes mesmo de ficar grávida.

Esse modo de ver as coisas, em que a conclusão precede as premissas, insinua a fragilidade ou a insuficiência da teoria do silogismo judicial. No Estado Constitucional Democrático de Direito a legitimidade argumentativa é a que consola a decisão judiciária, sendo certo que, ante a crescente complexidade da vida social, não se afigura correto pensar que a aplicação do Direito possa se exaurir, exclusivamente, em procedimentos dedutivos¹²⁵⁵

¹²⁵³ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, op. cit., p. 217.

¹²⁵⁴ CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**, op. cit., p. 170-171: “*Quantunque si continui a ripetere che la sentenza si può schematicamente ridurre a un sillogismo, nel quale, da premesse date, il giudice trae per sola virtù di logica la conclusione, avviene talvolta che il giudice nel formar la sentenza capovolge l'ordine normale del sillogismo: trovi, cioè, prima il dispositivo e poi le premesse che servono a giustificarlo. A questa inversione della logica formale par che il giudice sia consigliato ufficialmente da certi procedimenti giudiziari: come quelli che, mentre gli impongono di pubblicare in fine d'udienza il dispositivo della sentenza (cioè la conclusione), gli consentono di ritardare di qualche giorno la formulazione dei motivi (cioè delle premesse). La stessa legge sembra dunque riconoscere che la difficoltà del giudicare non consiste tanto nel trovare la conclusione, che può essere affare da sbrigarsi in giornata, quanto nel trovare poi con più lunga meditazione le premesse di cui quella conclusione dovrebbe, secondo il volgo, esser la conseguenza. Le premesse sono assai spesso, nonostante il loro nome, messe dopo: il tetto, in materia giudiziaria, si può anche costruire prima delle pareti. Con questo non si vuol dire che il dispositivo venga fuori alla cieca e che la motivazione abbia soltanto lo scopo di far apparire come frutto di rigoroso ragionamento ciò che in realtà sia frutto dell'arbitrio; si vuol dire soltanto che, nel giudicare, l'intuizione e il sentimento hanno assai spesso più larga parte di quello che dall'esterno non sembri: non per niente, direbbe qualcuno, sentenza deriva da sentire.*”

¹²⁵⁵ CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 42: “A outra via percorrida pela Inteligência humana é a da dedução. A Inteligência segue aí um caminho inverso pois vai do geral para o particular, chegando sempre a conclusões menos abrangentes do que as premissas de que parte. A justificação do conhecimento humano pressupõe a justificação desses métodos de que a inteligência lança mão para adquirir conhecimentos. Considerando a dedução como um todo, verificamos tratar-se de um enunciado hipotético e tautológico, do qual as premissas e a conclusão são

peculiares das operações de silogismo formal¹²⁵⁶. Ademais, a razoabilidade da decisão judicial não prescinde naturalmente da interpretação valorativa dos textos normativos, possibilidade, aliás, fortemente refutada pelo positivismo jurídico.

Já vai longe o tempo em que o juiz era idealizado como “*la bouche de la loi*”. O método subsuntivo, de si, é insuficiente para que o juiz possa promover a justa composição da lide, ante a evidência palmar de que as normas não são claras, nem completas. Bem ao contrário, não raras vezes possuem lacunas, antinomias, ambiguidades, intrínsecas à linguagem natural. Demais disso, as palavras contidas nos textos normativos nem sempre apresentam um significado unívoco; antes, exibem múltiplos sentidos¹²⁵⁷, segundo cada contexto de utilização, sendo os critérios de interpretação empregados e as valorações empreendidas pelo decisor. Não seria despropositado assinalar que a linguagem jurídica simboliza mesmo uma espécie de camaleão semântico. De outra parte, o método subsuntivo, por si só, não se afigura bastante para o raciocínio judicial, posto que a verdade dos fatos

partes. O enunciado é hipotético, porque não afirma a veracidade das premissas ou a da conclusão, mas simplesmente que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão também será. É tautológico porque é verdadeiro em decorrência de sua forma, portanto, necessariamente verdadeiro.” Dentro do universo popperiano de conjecturas-refutações-falsificacionismo, vide ASSIS, Araken de. Sobre o método em processo civil. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 14(39), p. 153-172, 1987, esp. p. 155-156: “De modo que a evolução do conhecimento científico não se faz mediante cumulação, mas por saltos. À medida que uma teoria afirma, tanto mais exclui ou proíbe e, assim, crescem as oportunidades para o seu falseamento. A teoria de maior conteúdo admite provas mais severas e sucessivas. Superada uma teoria insatisfatória, entroniza-se uma melhor que, ao menos, suportou um teste no qual a anterior fracassou. Isto explica, por outro lado, a escolha da dedução. É que uma inferência dedutiva pode ser vista como legítima se, e somente se, ela sempre transmitir a verdade das premissas à conclusão: a inferência dedutiva não admite contra-exemplos. Embora não exista um critério geral de verdade, em qualquer compartimento do conhecimento humano, há uma infinidade de regras de inferência, nas quais é possível provar a legitimidade, ou seja, a irremediável ausência de exemplos contrários.”

¹²⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. p. 688: “Posto que o juiz não se pautar por regras silogísticas em seu *iter* mental de formação da sentença, esse processo inclui a passagem por alguns pontos mais ou menos constantes e mais ou menos conscientizados pelo prolator, consistentes em: a) interpretar o pedido feito pelo autor, com suas especificações e observadas as regras vigentes para essa interpretação (*supra*, n. 995); b) examinar os pressupostos de direito material para o acolhimento do pedido, definindo e dimensionando as normas existentes nos textos de direito positivo e identificando os fatos necessários para a sua aplicação; c) analisar os fatos alegados pelas partes e verificar se estão provados; d) concluir, em face desse exame, se a demanda é fundada ou infundada (decisório). Essa caminhada não é sempre muito explícita no raciocínio do juiz que elabora a sentença mas, ainda quando ele haja concluído de modo mais direto, sem conscientizar nem explicitar cada um dos passos de que ela se compõe, sua atividade mental passa necessariamente por essas etapas. Em casos menos corriqueiros, onde as intuições são mais difíceis e menos seguras, o juiz toma maior consciência de cada uma delas.”

¹²⁵⁷ BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010, esp. p. 281-282: “Embora algumas normas jurídicas possuam um caráter menos exposto a divergências quanto ao seu significado, ainda assim, devido a possuir um caráter último não unívoco, plurissignificacional ou polissêmico de sua matéria-prima, a saber, as palavras, deparamo-nos com que mesmo previsões normativas simples podem sugerir diversas acepções.”

apenas ocasionalmente é encontrável à flor do solo probatório. Comumente, é preciso escavar o terreno, em profundidade maior ou menor, para descobri-la.

Interpretação e aplicação da regra jurídica são as duas faces de uma mesma medalha. A interpretação, no optar e no escolher valorativo, somente se consuma na aplicação, dès que interpretar já subjaz a aplicar¹²⁵⁸. Basta pensar que, na dimensão das normas jurídicas de textura aberta, inerente à natureza da linguagem,¹²⁵⁹ ou que envolvam cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados (ou melhor: termos indeterminados de conceito)¹²⁶⁰, não apenas a atividade criativa do juiz vê-se potencializada e seu esforço argumentativo será maior, como também, e simetricamente, a exigência de justificação¹²⁶¹. Deveras, ao juiz cumpre exprimir, mediante argumentação justificativa racional e objetiva, os critérios e parâmetros empregados na concreção das chamadas normas abertas¹²⁶², justificando, inclusive, os *standards* e princípios jurídicos que determinaram o *decisum*.

No contexto do Estado Constitucional Democrático de Direito - afeiçãoado, dentre outros traços característicos, à justiça, à igualdade, à juridicidade, à segurança jurídica, à racionalidade -, o legislador, ao redigir os enunciados normativos, pode adotar as seguintes técnicas: (i) casuística, consistente na previsão específica dos casos que pretende regular, singularizando termos, condutas e consequências legais; e (ii) aberta, através do emprego de termos indeterminados, ora prevendo suas consequências jurídicas, ora não. Têm-se, neste primeiro caso, os chamados conceitos jurídicos indeterminados, cujas normas transportam

¹²⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. 13. ed. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Sígueme, 2012.

¹²⁵⁹ KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca jurídica WMF). p. 569: “Essa incerteza implica o reconhecimento de que todas as normas têm uma “textura aberta” (embora o grau de abertura varie de norma para norma; por exemplo, fins sociais peculiarmente importantes, como a proteção da vida, exigem leis contra o assassinato que têm uma área muito pequena de textura aberta).”

¹²⁶⁰ A indeterminação não é propriamente dos conceitos (ideias universais), mas de suas expressões (termos). Ao propósito, vide GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 238-240. Porque assim é, observe-se a errata: onde se lê “conceitos juridicamente indeterminados”, leia-se: “termos indeterminados de conceitos jurídicos”.

¹²⁶¹ TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. p. 91-100, esp. p. 92; IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 132: “*al reclamar en estos casos una motivación reforzada. (...) El Derecho, el razonamiento jurídico, no acaba, pues, donde la discrecionalidad empieza. Más bien ocurre todo lo contrario.*”

¹²⁶² TOMÁS-RAMÓN, Fernández, op. cit., p. 132: “*Cuanto más abierta sea una norma mayor habrá de ser el esfuerzo argumental y mayor también la exigencia de justificación, como viene destacando, por cierto, el Tribunal Constitucional al reclamar en estos casos una motivación reforzada.*”

uma única indeterminação (no pressuposto de incidência da norma, mas não em sua consequência jurídica, que é definida), ao passo que, no segundo, nas normas albergadoras de cláusulas gerais, passeia uma dupla indeterminação (no pressuposto de incidência da norma e em sua consequência jurídica)¹²⁶³.

Na era do pós-positivismo jurídico, a dignidade da pessoa humana passou a ser o epicentro axiológico do ordenamento jurídico¹²⁶⁴ e, portanto, do Estado Constitucional Democrático de Direito. Implementou-se a (re)aproximação do direito com a ética, revelando a virtude de fraturar alguns paradigmas filosóficos, a par de (re)acender o ideário de uma justiça equitativa e humanizada, em que, na experiência do processo justo, o juiz deve se esfalfar numa constelação de possibilidades interpretativas que se insinuem, para desenhar a melhor hipótese de decisão. E mais: o juiz, iluminado pela eticidade e com zelo argumentativo, deve demonstrar, com justificação adequada e completa, a bondade de seus critérios de escolha ou de valoração e que a decisão é formalmente correta e materialmente justa e aceitável.

O silogismo jurídico condensa os problemas relacionados à justificação interna, isto é, a verificação se a decisão decorre logicamente das premissas assentadas como fundamentação. É útil remarcar que o silogismo judiciário, por intensa influência do positivismo jurídico no plano da interpretação da lei, e haja vista novos métodos de juízo e critérios de decisão, carece, ontologicamente, de aceitação como exclusivo instrumento do juízo. Tampouco como esquema de sentença, porque, frequentemente, haverá controvérsias em torno da norma aplicável (premissa maior) ou acerca dos fatos relevantes (premissa menor) e, pela subsunção dos fatos à norma, da conclusão. Releva notar que tais componentes

¹²⁶³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85-99, esp. p. 90: “As normas que contêm *conceitos juridicamente indeterminados* se caracterizam pela circunstância de o seu *pressuposto de incidência constituir um termo indeterminado*. A sua *consequência*, contudo, é *determinada*. O problema que surge em juízo, portanto, diz respeito à *caracterização do termo indeterminado*. É necessário *primeiro precisar o termo indeterminado* para que *depois* a norma possa ser *aplicada por subsunção*. Diferentemente das normas que apresentam um conceito juridicamente indeterminado, as normas que contêm *cláusulas gerais* trazem uma *dupla indeterminação*: o *pressuposto de incidência é indeterminado* e a sua *consequência também é indeterminada*. Daí a existência de um duplo problema em juízo: *precisar o que significa termo indeterminado empregado pelo legislador e delinear quais as consequências jurídicas da incidência da norma*. É preciso dar *concreção* ao termo indeterminado utilizado pelo legislador para *normatizar* o problema levado ao processo e delinear as consequências jurídicas que devem ser imputadas aos destinatários da norma.” (Grifos no original).

¹²⁶⁴ REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**: para um novo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 114: “A bem ver, a preservação das comunidades não é senão consequência daquele que podemos considerar o modelo ético-jurídico supremo, que é o *valor incondicionado da pessoa humana como valor-fonte de todos os valores*.” (Reforços gráficos no original).

litigiosos não ostentam a etiqueta da evidência, nem são incontroversos, como, aliás, resulta da existência do próprio processo judicial. Desse modo, o silogismo não tem musculatura para exaurir, por si só, toda a complexidade seja da estrutura do procedimento de decisão jurisdicional, seja da correspondente justificação¹²⁶⁵. Não por acaso, a teoria que descreve o juízo como silogismo, embora tenha corrido o mundo e feito fortuna por amplo arco temporal, experimentou impiedoso declínio, ante sua inadequação para, por si só, retratar a complexidade do juízo desenvolvido pelo órgão julgador. A doutrina do silogismo judicial, engendrada como exclusiva representação da estrutura do juízo, parece estar fadada a inglório naufrágio, dêis que impotente para esgotar todos os aspectos do juízo, principalmente aqueles pertinentes à atividade primordial de assentamento das premissas que suportarão a ilação final¹²⁶⁶. Por assim ser, em uma imagem aproximativa, pode-se dizer que o silogismo judicial é uma espécie de convidado que, sem participar de seus preparativos essenciais, chega apenas no final da festa.

Nessa perspectiva, não se pode identificar a motivação com o *iter* decisório, posto que aquela não tem por função efetuar o *backup* orgânico dos passos lógico-psicológicos do procedimento que governaram o juiz até sua decisão¹²⁶⁷. A motivação, por assim dizer, é a apologia discursiva, com argumentos jurídicos e racionais (as “boas razões”), que o juiz faz da solução que emprestou ao caso concreto¹²⁶⁸.

Em resumo, inobstante a coordenação entre os elementos estruturais da sentença (relatório, motivação e decisório), quando o juiz elabora sua decisão não adota necessariamente um rígido esquema silogístico, em que (i) a premissa maior é a norma pertinente, (ii) a premissa menor corresponde aos fatos acertados e (iii) a conclusão é

¹²⁶⁵ Acerca da crise da doutrina silogística do juízo, confira-se, por todos, TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 11-21.

¹²⁶⁶ Reportando-se à correta crítica formulada por CALOGERO atinente à doutrina silogística do juízo, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 153: “*il sillogismo giudiziale non esaurisce il giudizio perché rappresenta solo l’iter che il giudice segue per dedurre la decisione dalle premesse di fatto e di diritto, ma non comprende l’attività essenziale con cui il giudice perviene a fissare tali premesse.*”

¹²⁶⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 73-82, esp. p. 73: “Não é que a motivação deva necessariamente espelhar com absoluta fidelidade as diversas etapas do referido processo mental: semelhante coincidência, rara ou mesmo excepcional na prática, será, quando porventura ocorra, juridicamente irrelevante. O que se exige, e basta, é uma *justificação racional* do resultado atingido: o juiz deve explicar, de um lado, por que configurou os fatos relevantes *daquele modo*; de outro, por que considerou que era aplicável *aquela* norma, e por que lhe deu *aquela* entendimento.”

¹²⁶⁸ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 146

representada pelo comando estabelecido no dispositivo. Pode acontecer, e não raro acontece, que, inspirado por fatores metajurídicos, antes, o juiz dê vazão à sua intuição e “sexto sentido” e delineie em sua mente o *layout* da hipótese de julgamento, para, ao depois, racionalizando sua intuição, busque no resultado das provas e no ordenamento jurídico vigente (*de iure condito*) o correspondente conforto justificativo. Entretanto, depois de formada, a sentença exhibe uma ossatura de silogismo, de vez que seus componentes essenciais, estruturais, hão de ostentar coerência lógica entre si¹²⁶⁹.

Sob outro prisma, a lógica pode ser usada com a finalidade de se apreçar a coerência e a completude de um sistema jurídico, mas não tem utilidade alguma quando se trata de corrigir lacunas ou antinomias¹²⁷⁰. A logicidade, embora criticada, é útil no sentido da exigência de coesão, de congruidade entre os vários enunciados fático-jurídicos em que se articula a motivação e entre eles e a ilação final. Por assim ser, a congruência lógico-formal da motivação há de refletir a intrínseca racionalidade do juízo, a par de permitir a idônea individualização da *ratio decidendi*, a fim de justificar, em termos específicos, o acolhimento ou a rejeição da pretensão¹²⁷¹, fornecendo, por meio de procedimento argumentativo, “boas razões” para sustentar a justeza e a racionalidade da solução formulada, à luz das peculiaridades do caso concreto. Não se pode, assim, pura e simplesmente, abrir mão da logicidade em sede de motivação do decisório. A ser diferente, estar-se-á colocando água no moinho da incoerência do conteúdo da motivação.

A partir da segunda metade do século XX, exprimiram-se intensas críticas ao modelo lógico formal do raciocínio jurídico e eclodiram correntes antilogicistas da argumentação jurídica¹²⁷². Nesse contexto, desempenham significativos papéis tanto os direitos fundamentais, como vetores exegéticos da lei, quanto as especificações do caso concreto, endereçados a uma tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa. Não por acaso, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, logo em seu art. 1º, estabelece: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas e os valores consagrados na

¹²⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 688: “*Depois de redigida*, porém, a sentença apresenta-se realmente como um silogismo e como tal deve guardar coerência lógica entre seus elementos constitutivos, sendo imperfeita quando a decisão da causa não corresponder aos fundamentos adotados na motivação; como em todo silogismo, a conclusão não será legítima se não tiver apoio nas premissas assumidas como corretas.” (Grifos no original).

¹²⁷⁰ FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 59.

¹²⁷¹ EVANGELISTA, Stefano, op. cit., p. 168.

¹²⁷² FARALLI, Carla, op. cit., p. 43.

Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” Tem-se, pois, a (re)valorização do espaço físico da motivação de decisão judiciária.

Agora bem, a partir da crise do positivismo jurídico formalista a interpretação dos textos normativos, além de ter como parâmetro máximo a dignidade da pessoa humana, há de ser justificada à luz dos direitos fundamentais, em todas as formas do discurso e da argumentação prática. É dizer: os direitos fundamentais condicionam a argumentação e a interpretação jurídica, sobre base racionalmente estruturada¹²⁷³, como atividade tendente à determinação de sentido e alcance aos preceitos normativos. O juiz, na formulação de juízos interpretativos, para além do domínio da lógica formal¹²⁷⁴, deve banhar-se nos valores cultivados no seio da sociedade na qual esteja integrado. Ademais, a aplicação do direito somente pode ser considerada racional quando se pautar em critérios exegéticos racionalmente válidos e aceitáveis, que *a posteriori* possam ser submetidos a uma verificação e controle.

O problema da enunciação de proposições interpretativas corretas desloca-se do eixo da possibilidade de determinação de uma única resposta correta para a órbita da possibilidade de justificação racional dos critérios de escolha usados pelo juiz em sua atividade hermenêutica, a fim de que não soem como arbitrários. Fique claro que a lógica formal não exhibe o condão de esgotar o espaço de racionalidade referenciado ao direito, pois a solução formulada há de ser razoável, materialmente aceitável, e consonar com os valores de justiça substancial compartilhados em determinada sociedade e assentes em seu sistema jurídico¹²⁷⁵.

¹²⁷³ No tocante ao processo de argumentação no contexto dos direitos fundamentais, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 573-574: “O discurso de direitos fundamentais é um procedimento argumentativo que se ocupa com o atingimento de resultados constitucionalmente corretos a partir da base aqui apresentada. Como a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais é determinada apenas de forma incompleta por sua base, a argumentação prática geral torna-se um elemento necessário do discurso nesse âmbito. Isso significa que o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisionismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio das regras e formas da argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada.”

¹²⁷⁴ No tocante às múltiplas e variadas ofensivas contra o emprego da lógica tradicional na interpretação do direito, vide RECASENS SICHÉS, Luis. **Tratado general de filosofia del derecho**. 3. ed. Mexico: Porrúa, 1965. p. 632 ss.

¹²⁷⁵ FARALLI, Carla, op. cit., 48: “Ao lado da razão lógico-formal está também a razão dialética. É justamente esta última que desempenha o papel mais importante para a justificação dos juízos interpretativos. A idéia de racionalidade dialética remete à conformidade com uma série de parâmetros, entre os quais ocupa uma posição particular o critério de congruência (*coherence*). De fato, para que uma decisão possa ser considerada justificada, ela deve demonstrar, em primeiro lugar, que é congruente com o direito preexistente

Conducente dizer que o raciocínio judicial para determinar a validade de uma decisão concernente à interpretação não é exclusivamente lógico-dedutivo. O raciocínio justificativo, embora assuma uma estrutura lógica, atenta à coerência e à completude, não se reduz à demonstração ou à dedução apenas de conexões lógicas¹²⁷⁶. Assim é, porque, no plano argumentativo, além de assumir consistência e de “fazer sentido” no mundo de carne e osso, há de guardar congruidade com o sistema axiológico nutrido por certa comunidade, quando menos em seus perfis basilares. Numa locução: no contexto do raciocínio judicial a atividade de extração de significados válidos de textos normativos ambíguos, vagos, de escassa claridade e de produção de consequências aceitáveis exige, em larga medida, a formulação de juízos de valor, que, embora submetidos a critérios racionais dialéticos, não-arbitrários, são insuscetíveis de justificação exclusivamente à luz do método lógico-dedutivo¹²⁷⁷.

O conteúdo e a estrutura da motivação, como instrumento de controle de validade da decisão, hão de ostentar as marcas da racionalidade (que não se submete aos rigores da lógica formal absoluta)¹²⁷⁸, da plenitude justificativa (não descritiva) e da controlabilidade endo e

e que está em harmonia com as disposições jurídicas gerais e com as decisões interpretativas precedentes que pertencem ao mesmo sistema jurídico.”

¹²⁷⁶ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 121-155, esp. p. 131: “*La giustificazione della decisione giudiziaria non può ridursi ad una sequenza di passaggi formali (tanto meno ad una semplice concatenazione di sillogismi), perché il ragionamento giustificativo è assai più complesso, rico e flessibile, ed è “aperto” all’impiego di elementi persuasivi, dei tòpoi della scienza giuridica e dei precedenti giudiziari, ma anche all’uso delle nozioni di senso comune, delle quali l’argomentazione del giudice è intessuta in tutti i suoi passaggi. Non sarebbe anzi paradossale sostenere che la motivazione della sentenza svolge la sua funzione giustificativa non solo in quanto ha una struttura logica che consente un controllo di “validità” sulla decisione del giudice, ma anche in quanto il ricorso a dati ed argomenti metagiuridici consente di collocare la decisione nel contesto del senso comune. La “coerenza contestuale” della decisione non va intesa, infatti, soltanto con riferimento al contesto del diritto, mas anche con riferimento al contesto costituito dal senso comune. Ciò è tanto più vero in quanto si faccia riferimento alla giustificazione esterna della decisione, ossia, a quella parte del discorso giustificativo con cui il giudice esplicita il fondamento della scelta delle premesse dalle quali ha derivato la decisione finale.*”

¹²⁷⁷ FARALLI, Carla, op. cit., p. 53-54: “Wróblewski formula, além disso, a distinção entre justificação *interna* e *externa* das decisões judiciais. Tal distinção assume uma importância particular em relação ao uso do modelo silogístico e, mais genericamente, da lógica em contextos jurídicos. Em termos esquemáticos, pode-se dizer que, enquanto a justificação interna exige coerência entre as premissas da decisão e a própria decisão, a justificação externa diz respeito à racionalidade da determinação das premissas. Na primeira, um modelo de tipo lógico-formal pode desempenhar um papel fundamental e tem valor de justificação, enquanto na segunda o critério de racionalidade da decisão dificilmente pode ser reduzido a uma simples operação lógica.” (Grifos no original).

¹²⁷⁸ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-49, esp. p. 47: “*La razionalità è necessaria in quanto la motivazione è un discorso giustificativo che mira a mostrare che la decisione è giuridicamente valida ed è fondata sulla verità dei fatti. Essa è indispensabile perchè la garanzia della motivazione è essenzialmente garanzia contro l’arbitrio del giudice, e questa garanzia è data dalla giustificazione della decisione secondo canoni razionali comunemente riconosciuti e accettati nella cultura del luogo e del momento storico in cui il*

extraprocessual, que pressupõe um discurso judicial público, acessível e compreensível. Tais ingredientes são cruciais quando se pensa a motivação como garantia política, abonada pela justificação, contra o arbítrio judicial.

Não é fadiga inútil reafirmar que a crítica mais aguda que se faz ao método silogístico repousa na pretensão de sua exclusiva utilização no discurso judicial, por interditar a possibilidade de o juiz formular juízos axiológicos, seja em relação à interpretação da norma jurídica aplicável, seja no tocante à valoração da credibilidade dos resultados das provas representadas nos autos do processo.

O raciocínio judicial (deliberativo e justificativo) não se compraz com a lógica formal¹²⁷⁹. Assim, por exemplo, embora a prova tenha função demonstrativa (e não meramente retórica), o raciocínio probatório não se ajusta ao figurino da demonstração lógico-matemática¹²⁸⁰, fulcrado, essencialmente, no método lógico-dedutivo. Significa dizer que a prova judiciária não é uma demonstração na acepção científico-matemática do vocábulo¹²⁸¹, infirmada, no procedimento probatório, dentre outros aspectos, pela valoração jurídica concernente à sua confiabilidade. Diz-se que não tem função retórica, aqui entendida como persuasão, e não como vetor de emprego de argumentos racionalmente sólidos e válidos tendentes a garantir a controlabilidade das razões ministradas para justificar a decisão. Em semelhante perspectiva, afigura-se reducionismo exacerbado pensar o juízo como exclusivo resultado de um silogismo¹²⁸², pois que a decisão não se resume à simples operação lógica de

giudice opera. Sotto questo profilo, è chiaro che razionalità non coincide con la logicità assoluta della dimostrazione matematica o scientifica: altro è infatti il dimostrare tipico delle scienze esatte, e altro è l'argomentare giustificativo tipico dell'etica, del diritto e delle scienze sociali. Non è quindi necessario, e non è neppure possibile, che la motivazione risponda ai canoni della logica formale; è invece sufficiente, ed è comunque necessario, che essa risponda alle regole di validità che derivano dalle analisi del ragionamento giuridico (v. ad es. gli studi di Wroblewski, Aarnio, Alexy e Peczenik), e ai principi di razionalità della conoscenza empirica.”

¹²⁷⁹ CALAMANDREI, Piero. Giustizia e politica: sentenza e sentimento, op. cit., p. 58: “*La sentenza diventa dunque un prodotto di pura logica: il sentimento non c’entra. Il giudice ha la fortuna di poter vivere tranquillo e pacato, libero dalle tempeste del sentimento, nella serenità lunare dei sillogismi.*”

¹²⁸⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 194-195: “*Il punto inerente alla distinzione tra la struttura dimostrativa e il carattere cogente del discorso logico-matematico, e la natura “aperta” e non cogente del discorso giuridico è in sé piuttosto banale; invero, eccezion fatta per le dichiarazioni programmatiche del razionalismo giusnaturalistico di derivazione leibniziana, o del positivismo sistematico ottocentesco, l’immagine di una giurisprudenza more geometrico dimostrata ha sempre avuto un successo assai limitato, e non può affatto considerarsi come la concezione oggi prevalente del ragionamento giuridico.*”

¹²⁸¹ Idem. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., 2002. p. 305-328, esp. p. 306.

¹²⁸² CALAMANDREI, Piero. Giustizia e politica: sentenza e sentimento, op. cit., p. 63: “*Ridurre la funzione del giudice a un puro sillogizzare vuol dire impoverirla, inaridirla, disseccarla. La giustizia è qualcosa di*

concreção acoplativa ou, caso se prefira, de subsunção do caso concreto à norma legal. Na realidade, o raciocínio judicial decisório apresenta complexidades, sutilezas, luzes e sombras, que não permitem aprisioná-lo no cárcere de uma fórmula silogística¹²⁸³. Em linguagem carneluttiana: a formação do juízo prescinde do silogismo, mas este, para haver, pressupõe aquele. O juízo, por dizê-lo assim, é uma espécie de obstetra do silogismo, não o contrário.

Não se revela certo condenar o esquema simplista da dedução silogística à pena de degredo ou ao ostracismo metodológico, contudo. O que, no momento de hodierno, mostra-se inaceitável é seu uso exclusivo na estrutura lógico-formal da decisão. Na realidade, o método silogístico pode (*rectius*, deve) ser aproveitado não como critério singular do juízo, mas plural, em conjunto com outras técnicas abertas do discurso jurídico, sobretudo no final da atividade intelectual do juiz para formular o decisório. Em primeiro lugar, o juiz conhece e resolve, mediante critérios valorativos, a questão de direito e a questão de fato; somente depois da sentença formada, como ato intelectual complexo e estrutura unitária de sentido, é que se lhe dará a roupagem de um silogismo¹²⁸⁴, para, a partir daí, extrair-se a conclusão final a respeito da *res in iudicium deducta*¹²⁸⁵.

Deveras, a concepção hoje prevalente do raciocínio jurídico, marcadamente axiológica, instiga a elaboração de juízos de valor e estimula o emprego de argumentação razoável no âmbito da decisão judiciária, quer tanto em relação à norma, quer quanto ao material probatório aportado aos autos do processo. Só ulteriormente, no ponto culminante de

meglio: è creazione che sgorga da una coscienza viva, sensibile, vigilante, umana. È proprio questo calore vitale, questo senso di continua conquista, di vigile responsabilità che bisogna pregiare e sviluppare nel giudice.”; MELENDO, Santiago Sentis. **Estudios de derecho procesal**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967, v. 1. p. 530: “*No es tan pobre, como dice Calamandrei, la función del juez. Sentenciar es cosa más grave que silogizar.*”

¹²⁸³ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. 5. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1. p. 404: “A idéia de que a sentença seja o resultado de um silogismo corresponde a uma simplificação exagerada e pouco fiel daquilo que verdadeiramente acontece com a formação do convencimento do juiz. Poder-se-ia mesmo dizer que a figura lógica de um silogismo jamais terá lugar no período de formação mental da sentença, ou, se realmente houver um silogismo, antes de ser ele a formar a sentença, será esta - depois de formada no espírito do julgador - que dará ensejo a um silogismo, montado apenas com o fim de justificar e fundamentar a concreção da norma legal.”

¹²⁸⁴ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento, op. cit., p. 404-405.

¹²⁸⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999, v. 3. p. 471: “Todavia, a redução da sentença à forma silogística só é real no final do trabalho intelectual do juiz para apreciar e decidir do pedido, ou seja, ao ter de lavrar a decisão definitiva. É quando vai enquadrar o fato na regra ou norma aplicável, que se opera o silogismo. Antes porém, o juiz realiza pesquisas, formula raciocínios e desenvolve argumentos, não só para delimitar perfeitamente o *fato* em que a lei vai incidir, como ainda para averiguar qual o preceito legal aplicável.” (Grifos no original).

seu trabalho intelectual, é que, como esquema lógico da decisão, desabrocha a configuração silogística.

8.4.2 Indutivo: o realismo jurídico

A racionalização do procedimento de valoração da prova é suscetível de operacionalização por meio de modelo de raciocínio indutivo (probabilidade indutiva¹²⁸⁶, assente na demonstrabilidade da hipótese fática, ao invés de probabilidade matemática)¹²⁸⁷. A partir de provas eclodidas e disponíveis nos autos do processo pode-se demonstrar a hipótese fática, prová-la, mediante inferências lógicas - que se extraem de premissas traduzidas em enunciados concernentes às circunstâncias de fato -, marcadas pela correção e eliminação de hipóteses, através de critérios idôneos para racionalizar a valoração da prova. Busca-se alcançar, com o passaporte da inferência, a formulação de conclusões (probabilísticas, ante a contingência da falibilidade do conhecimento humano) atinentes à verdade ou à falsidade de determinado enunciado fático da causa. Haja vista que, em linha de princípio, não se dispõe de critérios de inferência equivalentes às leis universais, a estrutura do raciocínio não é do tipo dedutivo, mas indutivo.

No campo epistemológico, os raciocínios de tipologia indutiva partem do particular para o geral¹²⁸⁸. Contudo, não se cogita aqui de indução generalizadora, pois o processo é

¹²⁸⁶ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1986. p. 325-326: “*Quanto al passaggio dalla prova al fatto: poiché la prova costituisce la rappresentazione di un fatto (contenuta, ad es. nel documento, o compiuta, a voce, dal testimone), dalla rappresentazione del fatto il giudice può indurre l'esistenza del fatto medesimo, discerne certo: la “certezza” consistendo, peraltro, in ciò che il giudice, in base all'esperienza, possa attribuire all'esistenza del fatto il massimo grado di probabilità (quello del giudice è, dunque, un giudizio di probabilità, una inferenza probabilistica).*”

¹²⁸⁷ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 155: “*Si el modelo bayesiano utiliza un concepto de probabilidad matemática en términos de frecuencia estadística entre indicio y tema de prueba, la teoría de la probabilidad inductiva entiende en cambio la probabilidad como un concepto que surge no del azar, sino de causas: la probabilidad de una hipótesis se apoya en su conexión lógica con las pruebas a través de reglas (causales) generales, y mide el grado de apoyo (inductivo) que las pruebas proporcionan a la hipótesis.*”

¹²⁸⁸ CAVALCANTI, Arthur José Faveret, op. cit., p. 41-43: “*A inteligência humana opera de duas maneiras para chegar a novas verdades. Uma dessas maneiras é a via do raciocínio indutivo a que já nos referimos. Pela indução, a inteligência passa do particular ao geral, pois, a partir da constatação empírica de que um número finito de elementos de uma classe tem uma certa propriedade, chega ela à conclusão de que todos os elementos da classe têm a mesma propriedade. (...) O raciocínio indutivo, ao contrário do que possa parecer à primeira vista, pode ser reduzido a uma forma de dedução. (...) Portanto, a indução não é senão um tipo especial de dedução. O enunciado hipotético formado pelas premissas e pela conclusão é, também na*

infinso a formular asserções gerais derivadas de casos particulares¹²⁸⁹. As regras-máximas de experiência, estas sim dotadas do predicado da generalização, não se formam no ventre do processo. O juiz, aliás, deve evitar a criação de regras-máximas de experiência *ad hoc*. Tais máximas empregadas pelo juiz hão de integrar o patrimônio comum, compartilhado pelo juiz e todos os cidadãos de cultura média do tempo e do lugar em que se inserem¹²⁹⁰. É dizer: as inferências indutivas, hospedadas nas assim chamadas provas indutivas ou indiretas, representam, em substância, instrumentos de conhecimento dos fatos: do conhecimento de um fato secundário conhecido (*factum probans*) alcança-se o conhecimento de um fato principal desconhecido (*factum probandum*).

A persuasão probatória é suscetível de diferentes coeficientes de força ou de intensidade¹²⁹¹. A noção de grau de confirmação¹²⁹², auspiciado, sob o perfil epistemológico, pela probabilidade indutiva, com a formulação de esquemas racionais de valoração da prova, melhor atende à solução dos problemas probatórios que ao juiz cumpre enfrentar e resolver¹²⁹³. O juízo de fato correlaciona-se, intrinsecamente, com a noção de probabilidade: relação lógica entre uma hipótese e os elementos fáticos que, à luz do material probatório disponível, a confirmam ou a infirmam, e condições que, para fins de aceitabilidade,

indução, uma tautologia. Se as premissas forem verdadeiras, a conclusão necessariamente também será. E podemos verificar isso *a priori*, independente de qualquer contribuição de experiência.”

¹²⁸⁹ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile**, Milano, anno 64, n. 4, p. 1.165-1.190, 2010, esp. p. 1.165.

¹²⁹⁰ *Ibidem*, p. 1.166: “*Dunque il termine “induzione” serve solo a sottolineare che si tratta di inferenze che muovono da premesse particolari, ossia da enunciati relativi a circostanze specifiche, e giungono a conclusioni pure particolari, ossia ad altri enunciati relativi a fatti specifici, attribuendo a tali conclusioni un grado di conferma probatoria che si determina in funzione del criterio impiegato per formulare l’inferenza.*”

¹²⁹¹ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 1. p. 75 ss.

¹²⁹² TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione, op. cit., p. 236: “*Quando, ad esempio, si afferma che nel processo penale la prova della colpevolezza dell’imputato deve essere stabilita al di là di ogni dubbio ragionevole o che deve raggiungere un grado di fondamento pari ad una altissima probabilità o alla certezza pratica, si fa riferimento a criteri di misura del grado di conferma probatoria della colpevolezza che comunque presuppongono un fondamento razionale, basato sulle prove, del giudizio sui fatti. Analogamente, quando si afferma che nel processo civile vige lo standard della probabilità prevalente, o del più probabile che no, si vincola al giudizio positivo sul fatto ad una analisi comparativa delle varie ipotesi che lo riguardano sotto il profilo della conferma che esse rispettivamente ricevono dalle prove disponibili. Ciò necessariamente presuppone l’impiego di criteri razionali di valutazione.*”

¹²⁹³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 158-159: “*Es más, los esquemas de valoración basados en el grado de confirmación son los que mejor se adecuan a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.*”

autorizam a veridicidade, ou não, da versão dos fatos exibida pelo autor ou pelo réu¹²⁹⁴. A formação da convicção judicial, para além de critérios subjetivos e íntimos (e, portanto, insondáveis), há de ser condicionada por uma apreciação lógica da prova, sujeita, por isso mesmo, a um sucessivo modelo de constatação (*standards*, pautas, critérios e diretrizes objetivas). A motivação da decisão é o único meio para se aferir a racionalidade do juízo e, também, aplicar, em cada caso concreto, tais paradigmas de controle lógico da motivação, sob os prismas de sua adequação e plenitude. Em última análise, consente verificar e fiscalizar, jurídica e racionalmente, no contexto das razões justificativas ministradas, a razoabilidade, a proporcionalidade e a justiça dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz em sua decisão. A dimensão prática dos *standards* insinua seu emprego como instrumento de controlabilidade do procedimento de gestação da convicção judicial. Tudo como exigência típica da dialogicidade e da dialeticidade das estruturas processuais mediante as quais a justiça é concretamente administrada, e dos valores fundamentais que, no atual estágio civilizatório, presidem o processo justo. O monólogo judicial revela uma ideologia autoritária de administração da justiça, enquanto que, diversamente, o diálogo evidencia um sistema democrático de conceber-se o exercício da função jurisdicional. O arquétipo de constatação do juízo (consubstanciado nos variegados *standards* de orientação da atividade instrutória) consagra, intrinsecamente, uma forma qualificada de diálogo e a democratização do espaço público do processo.

A confiabilidade de uma hipótese, como melhor explicação dos fatos, cresce no tocante à outra hipótese quando é corroborada, coerentemente, por inúmeras fontes de prova e não é refutada por qualquer dado probatório representado nos autos do processo¹²⁹⁵. A irracionalidade no direito probatório (v. g., ordálias) cede o passo a modelos de valoração

¹²⁹⁴ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 159: “*La aceptabilidad de las hipótesis está en función de su grado de confirmación, a luz del material probatorio disponible, y de su resistencia a las contrapruebas o no-refutación. Más exactamente, una hipótesis puede aceptarse si no ha sido refutada por las pruebas disponibles y éstas la hacen probable (la confirman); o mejor, más probable que cualquier otra hipótesis alternativa sobre los mismos hechos.*”

¹²⁹⁵ *Ibidem*, p. 167: “*En conclusión, los esquemas del grado de confirmación son esquemas racionales. Ciertamente se trata de una racionalidad distinta a la analítica, por cuanto está basada en el concepto de probabilidad; pero racionalidad al fin, pues el grado de confirmación suministra una guía para la decisión. De estos modelos derivan algunas consecuencias de importancia. La primera es que la hipótesis debe justificarse, mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable; más aún, que la hacen más probable que cualquier de las hipótesis alternativas concordantes con esas mismas pruebas. La segunda es que, no obstante poder presentarse como justificada a la vista de las pruebas disponibles, el status epistémico de una hipótesis es sólo la probabilidad: la hipótesis no es infalible. Por ello debe estar sujeta a revisión si surgieran nuevas pruebas que la hagan improbable o que hagan más probable a otra hipótesis alternativa.*”

racional das provas condicionados por inferências ou cadeias de inferências logicamente válidas¹²⁹⁶. Irrrompe, aqui, o problema simpático atinente às provas sobre a validade do testemunho humano relativo a fatos (i) improváveis, em seu mais elevado grau (v. g., prodígios); (ii) matematicamente improváveis (v. g., a mesma pessoa ganhar dez vezes consecutivas na loteria); e (iii) fisicamente impossíveis (v. g., o homem pisar no Planeta Saturno). A valoração pelo juiz, embasada na experiência humana, não pode cancelar semelhante testemunho ou testemunhos, sejam quantos forem¹²⁹⁷.

Nos Tribunais brasileiros, são infreqüentes os raciocínios do tipo indutivo, enquanto que o raciocínio dialético desfruta de certo prestígio na justificação da posição tomada em matéria de interpretação¹²⁹⁸.

A corrente filosófica do realismo (escandinavo, norte-americano) sufraga, em substância, a tese da ilegitimidade do uso descritivo da linguagem jurídica¹²⁹⁹. Os conceitos não estão acenados a fatos “reais” ou referibilidade à realidade, em suas concepções fiscalista e fenomenalista¹³⁰⁰. A vertente de pensamento realista coloca em evidência, numa perspectiva sociológica¹³⁰¹, os fatos do mundo de carne e osso, ao tempo em que sobreleva o valor da jurisprudência, relegando os enunciados normativos a um segundo plano.

Nessa perspectiva, o método indutivo busca valorizar a realidade, no sentido de que, com fulcro nas especificações do caso concreto e sopesando os correspondentes valores sociais em jogo, o juiz adota uma solução para a lide e, *a posteriori*, irá garimpar (ou estabelecer) a norma jurídica que possa supedaneá-la. A atividade decisória, nesse modelo de

¹²⁹⁶ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007, esp. p. 236.

¹²⁹⁷ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 2. p. 195-203.

¹²⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel, op. cit., p. 126.

¹²⁹⁹ MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 63: “Esta tese está ligada à idéia de que os termos especificamente “jurídicos” que compõem os enunciados jurídicos não têm referência na realidade.”

¹³⁰⁰ *Ibidem*, p. 85.

¹³⁰¹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 222: “A concepção juspositivista da ciência jurídica sofreu um forte declínio no nosso século. Hoje, o movimento de pensamento que diz respeito ao realismo jurídico tende a conceber como tarefa da jurisprudência extrair do estudo de uma dada realidade (o direito, considerado como um dado de fato sociológico) proposições empiricamente verificáveis, que permitam formular previsões sobre futuros comportamentos humanos (particularmente, prever as decisões que os juízes tomarão para os casos que deverão julgar).”

raciocínio jurídico, é arquitetada como uma inferência indutiva: do caso particular para o estabelecimento da regra ou da norma geral¹³⁰².

Entretantes, na defesa da falseabilidade como um critério da demarcação entre a ciência e a não ciência, e, em termos mais específicos, na análise dos fundamentos lógicos do procedimento indutivo, não se pode olvidar a influente advertência popperiana de que, por maior densidade que exiba o número de observações particulares, não há justificação racional para a sua generalização a todos os casos e que todo conhecimento é provisório: ainda que se tenham observado milhares de cisnes brancos, defende Popper, nada autoriza a afirmar que “todos os cisnes são brancos”; bastará uma única observação de um único cisne negro para refutar aquela proposição. As inferências indutivas não conferem ao conhecimento nem necessidade lógica nem validade universal, pelo que, para o falsificacionismo popperiano, a ciência não é mais do que um conhecimento conjectural. Daí descende que, no quadrante do “racionalismo crítico”, uma evidência singular não pode ser generalizada para o universo como um todo, pois a ciência não é formada por proposições verdadeiras (a verdade não pode ser estabelecida, pois a evidência empírica nunca é suficiente), mas por proposições que (ainda) não foram falseadas por evidências contrárias¹³⁰³.

8.4.3 Retórico: coerência e razões

Outra tendência descansa no arquétipo retórico, que, refugindo ao esquema lógico adotado pelo juiz para alcançar sua decisão, abre as portas para a justificação dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo órgão julgador. Na realidade, o modelo retórico não recusa os arquétipos dedutivos (ou silogismo judicial). Antes, ao revés, como política de boa vizinhança, mantém mesmo uma saudável e profícua convivência com eles: o que releva é a justificação das eleições e valorações adotadas no procedimento decisório, de sorte a consentir o controle endo e extraprocessual, democrático e difuso, sobre a racionalidade, a correção e a

¹³⁰² GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 121: “Em outras palavras, o que se propõe com tal esquema decisório é a substituição da vontade do legislador pela criatividade do juiz, para chegar-se a uma decisão adequada para o caso concreto. Supõe-se que, levando em conta as peculiaridades de cada situação (sexo, raça, classe social, cultura, capacidade econômica etc. das pessoas envolvidas), será viável obter uma decisão *mais justa*, ainda que se desatendam às regras postas pelo legislador.” (Grifos no original).

¹³⁰³ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 17. ed. São Paulo: Cultrix, 2004. p. 27-31, 41-44, 88-91.

justiça da decisão¹³⁰⁴. No plano do processo, notadamente em todas as etapas da atividade probatória, impõe-se extremar a retórica como técnica de persuasão, distante da racionalidade, daqueloutra retórica como uso de argumentos racionais, razoáveis, justificáveis, identificáveis, válidos e controláveis¹³⁰⁵. O discurso judicial não pode ficar à mingua de justificação racional, válida e sólida, dos critérios de escolha ou de valoração usados na decisão¹³⁰⁶. Ou seja: há de ministrar argumentos objetivos e controláveis.

Nesse aspecto, o discurso judicial deve estar fundado em argumentos racionais, dotados de razoabilidade, que permitam controlabilidade. O que se deve banir do contexto da decisão judiciária é a retórica pensada unicamente como ferramenta de persuasão inconsciente¹³⁰⁷, apartada de critérios de racionalidade.

O discurso judicial, ainda no campo probatório, há de exibir coerência lógica e contextual: de direito, de senso comum (qual noção difusa, indeterminada e imprecisa)¹³⁰⁸, predicados capitais, por exemplo, na apreciação da credibilidade da prova, na formação da presunção e, tomando-a como pedra de toque, na determinação do juízo. A partir da análise da totalidade dos perfis fáticos, à luz dos resultados probatórios produzidos, por engenho das

¹³⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 122: “Não se pretende negar, com isso, que a decisão judicial deva ser adotada com base em uma regra de direito, nem tampouco que possa representar, em certa medida, o produto de uma criação do juiz: o que importa, na verdade, é que, em qualquer situação, as opções assumidas durante o processo decisório estejam devidamente justificadas, pois só assim será possível efetivar-se o indispensável *controle* dos interessados e da própria sociedade sobre a atuação judicial. Daí o papel fundamental que desempenha a *retórica* no discurso judicial, aqui não confundida com uma simples técnica de manipulação, mas entendida como uso de *argumentos racionais*, pois a função do juiz não é convencer de qualquer forma, mas justificar a sua decisão por meio de argumentos racionalmente válidos e controláveis.” (Grifos no original).

¹³⁰⁵ TARUFFO, Michele. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario (a cura di). *L’attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività*. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 147.

¹³⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**, op. cit., p.293: “A decisão judiciária deve se fundar em critérios e métodos racionais e, a partir daí, ser motivada. (...) Da possibilidade de a decisão ser demonstrada através de argumentos racionais decorre a obviedade de que nenhuma decisão pode deixar de ser motivada, pois o juiz deve justificar as suas razões. Essa justificação tem relação com a necessidade de controle das decisões. Não se trata de controlar o que o juiz pensou - até porque isso é impossível -, mas sim de controlar a racionalidade das razões que ele apresenta para justificar a sua decisão.”

¹³⁰⁷ GIORDANO, João Batista Arruda. Do arbítrio judicial na elaboração da sentença. **Ajuris**, Porto Alegre, 8(21), p. 221-225, 1981, esp. p. 225: “Do exposto, tem-se que a melhor decisão não é a do juiz que ilude as partes com argumentos retóricos; nem a do que marca a sentença com suas próprias referências ideológicas; nem a do que submete seu trabalho aos padrões valorativos da segunda instância; e nem, por último, a do que decide arbitrariamente, para somente então catar os fundamentos de sua decisão.”

¹³⁰⁸ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, op. cit., p. 125: “*b) un insieme in certo senso intermedio di nozioni più specifiche e contingenti che tuttavia solitamente si esprimono in forma di “massime” o “regole” che si ritengono prodotte dall’esperienza comune;*”.

partes ou por iniciativa *ex officio*¹³⁰⁹, cumpre ao juiz definir a versão, secundado, também, por boa narração, mais que coerente e ordenada, sensata, correspondente à experiência comum no tocante aos fatos do tipo daqueles que foram afirmados pelo autor, pelo réu ou por terceiro interveniente nos autos do processo. Em suma, uma boa narração, em harmonia com a experiência comum, há de fazer sentido, soar familiar ao destinatário, ser considerada normal e verdadeira¹³¹⁰ e, antes e acima de tudo, é aquela que melhor se afeioe ao êxito das provas representadas nos autos do processo¹³¹¹. Trata-se de um papel heurístico das máximas de experiência, posto que o advogado lança mão delas para edificar a narração dos fatos que alega em juízo¹³¹². Tal dimensão analítica do raciocínio judicial põe fé na veridicidade que, validamente, transpire das provas disponíveis. Já a dimensão sintética descortina-se, por exemplo, quando, na presença de duas versões legítimas, hão de se submeter a critérios de coerência e de congruência.

¹³⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, esp. p. 120: “Em regra o fundamento de fato é decisivo. Dificilmente se depara causa que haja de ser julgada à luz de meras questões de direito: é uma hipótese excepcional. O que normalmente mais importa é a análise dos dados de fato, à luz das provas. Duas exigências devem ser aqui observadas. A primeira é a relativa à extensão da análise, que, em princípio, há de abranger *toda* a prova, e não apenas esta ou aquela; não somente a produzida pelo autor, senão também a produzida pelo réu e a colhida *ex officio*. Se o juiz tomou a iniciativa de determinar uma diligência, precisa depois referir-se ao respectivo resultado na motivação.” (Grifos no original).

¹³¹⁰ Sobre o problema da valoração conjunta dos perfis probatórios e da coerência narrativa, vide IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 181-188, esp. p. 183: “*a) El primero ya anticipado al comienzo del apartado, que la “historia” reconstruida a partir del material probatorio explique los hechos de la causa (el factum probandum) y lo haga de manera consistente; o, en otros términos, que sea buena historia y, sobre todo, una historia verdadera. Una “buena” historia es la que identifica con claridad la trama central y la sitúa en un contexto que explica de manera fácil y natural (sin lagunas ni contradicciones) por qué los actores se comportaron del modo en que lo hicieron. Pero no basta con que la historia sea “buena”; antes que nada ha de ser “verdadera”, para lo cual necesita poderosos y rigurosos anclajes en las pruebas producidas (en el proceso) y valoradas de conformidad con los estándares lógicos y empíricos.*”

¹³¹¹ Sobre a concepção narrativista da verdade, vide TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007, esp. p. 234: “*In proposito si può osservare che è pur vero che nel processo i fatti entrano sotto forma di enunciati, e che le narrazioni fattuali sono molto importanti in tutta la dinamica del procedimento, ma che tuttavia ciò non trasforma il processo in una sorta di concorso letterario nel quale si premia la narrazione letterariamente migliore in quanto narrativamente più coerente. In realtà, il processo rimane un luogo in cui si tende a stabilire qual è la narrazione più vera in quanto confermata dalle prove disponibili, poiché è nella conferma probatoria della verità dei fatti che risiede la condizione fondamentale di giustizia della decisione.*”

¹³¹² TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, v. 63, p. 551-569, 2009, esp. p. 561-563.

Em tema de concepção da prova, o juízo de valor¹³¹³ entre racionalidade e não-racionalidade, em esquema simplificado, traduz-se em duas concepções opostas: de um lado, a que enxerga a prova como uma ferramenta de persuasão, definindo a função da prova como retórica, e, de outro, a que considera a prova como um instrumento de conhecimento, pondo em relevo sua função epistêmica¹³¹⁴.

8.5 Justificação: contextos interno e externo

No discurso justificativo racional, o juiz deve ministrar razões adequadas que suportem suas opções valorativas conformadoras da conclusão final. A estrutura do procedimento justificativo, com oscilações terminológicas, distingue-se em dois planos, níveis ou graus: interno-primário e externo-secundário. O primeiro (interno-primário) consiste na atividade do juiz de subsunção dos fatos, objeto de acerto esperável, à regra jurídica corretamente escolhida e aceitavelmente interpretada. O segundo (externo-secundário) traduz a justificativa apresentada para os critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz em sua decisão¹³¹⁵ (v. g., a escolha do resultado da prova *x* em detrimento do resultado da prova *y*; a escolha de uma regra jurídica, como critério de juízo, em um conjunto normativo; a escolha

¹³¹³ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e direito). p. 167: “Tal ambição ficou abalada pela nítida oposição estabelecida entre juízo de realidade e juízo de valor: os juízos de realidade, ao que se disse, expressam proposições verdadeiras ou falsas, e só têm sentido cognitivo se processos científicos permitirem verificá-los ou falseá-los, pelo menos confirmá-los ou infirmá-los; os juízos de valor, em contrapartida, que expressam atitudes próprias de um indivíduo ou de um grupo, podem ser mais ou menos fundamentados ou justificados, mas não são verdadeiros nem falsos e não podem, portanto, tornar-se elemento constitutivo de um conhecimento objetivo.”

¹³¹⁴ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007, esp. p. 234.

¹³¹⁵ Idem. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 277: “*Secondo questo orientamento, occorre distinguere: una giustificazione di primo grado (interna, primaria), che, poste determinate alternative e determinate regole di scelta, presenta una delle alternative come “migliore” o “più fondata” sulla base di tali regole; una giustificazione di secondo grado (esterna, secondaria) diretta a presentare come “giusta” o “fondata” l’assunzione delle regole impiegate per compiere tale scelta. Ogni giustificazione inerente ad un enunciato si configura dunque come un procedimento discorsivo articolato, nel quale l’enunciato appare come l’alternativa più opportuna secondo determinati criteri di giudizio, e nel quale inoltre si avanzano ragioni sufficienti perché questi ultimi siano considerati un adeguato fondamento dell’enunciato in questione.*”

de interpretação da regra jurídica, entre duas legitimamente válidas). Não seria despropositado dizer que, na justificação externa, o juiz traveste-se de sociólogo¹³¹⁶.

Dito de outra maneira, a justificação interna, consistente na estrutura lógica da decisão e com a utilização de princípios lógico-dedutivos, concerne à validade das inferências entre as premissas normativas e fáticas (encadeamento de proposições) e a conclusão final; é a relação entre as premissas da decisão-proposição, normas, e a decisão final, as regras de inferências aceitáveis pelo juiz, das quais os dados cognoscitivos resultam como implicação logicamente válida¹³¹⁷. A justificação interna, como bem se compreende, confere à decisão maior nível de clareza, coerência e racionalidade. Sem abdicar da justificação interna, a justificação externa, sobretudo nos chamados “casos difíceis”, sem a mão do método dedutivo, mas com argumentação racional, aparelhada de razões suplementares e de fatores jurídicos, consiste na justificação clara, congruente e coerente das hipóteses e das premissas utilizadas na justificação interna. A justificação externa tem por finalidade justificar premissas, regras e a validade do raciocínio judicial¹³¹⁸. A justificação interna, reafirme-se, consagra um modelo de tipo lógico-formal, ao passo que a racionalidade reinante na justificação externa não se confina a um mero esquema lógico. Desse modo, ante a racionalidade do juízo, pode-se controlar a validade lógica do próprio discurso justificativo¹³¹⁹.

A justificação jurídica e racionalmente válida não guarda necessariamente correlação com motivações prolixas, extensas, que, frequentemente, são insuficientes e incompletas, porquanto não dão uma justificação adequada dos critérios de escolha e das pautas de valoração, das quais deriva a decisão judiciária. Assim, pode haver discurso justificativo conciso, sintético, mas que atenda ao sentido de justificar a validade do decisório. Nessa toada, por exemplo, o quantitativo de páginas, maior ou menor, da motivação, enquanto documento do discurso justificativo do juiz, revela-se supérfluo.

¹³¹⁶ TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards, op. cit., p. 159-167.

¹³¹⁷ AMORIM, Letícia Balsamão, op. cit., p. 73.

¹³¹⁸ WRÓBLEWSKI, Jerzy, op. cit., p. 119-120: “*La justification interne vise seulement la validité des inférences entre les prémisses et la conclusion. Pour les décisions c’est le rapport entre les prémisses de la décision/propositions, normes, estimations/et la décision finale selon le règles d’inférence acceptées par le sujet. La justification externe vise la justification des assumptions, la justification des règles du raisonnement admises aussi bien que la validité des raisonnements. Ici les critères de la qualification d’une décision comme juste sont indépendents du sujet qui prend la décision. Ce sont les informations que possède l’observateur, ses estimations et les règles d’inférence qu’il accepte qui déterminent la justification.*”

¹³¹⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 279.

Por conseguinte, nos discursos jurídicos cuida-se da justificação (*Rechtfertigung*) ou - o que é o mesmo - da fundamentação (*Begründung*) das decisões jurídicas. Sob o influxo do requisito da plenitude justificativa (*completezza*) da motivação, que depreca a expressa presença de argumentos que corroborem os critérios de escolha (cognoscitivos, valorativos e interpretativos) que suportam a decisão, a justificação hospeda dois aspectos diversos da concatenação dos juízos de fato e de direito: (i) a justificação interna, consistente na verificação de ser a conclusão logicamente extraída das premissas explicitadas como fundamentação¹³²⁰; e (ii) a justificação externa, cujo objeto é a correção de semelhantes premissas¹³²¹.

A justificação interna não tem a pretensão de reproduzir o itinerário das deliberações efetuadas realmente pelo órgão julgador. Donde a distinção entre o processo de descobrimento (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*). A maior dificuldade, como já observado com propriedade, não está propriamente em extrair uma conclusão, mas sim em localizar as premissas que possam supedaneá-la. A exigência de justificação interna não é despropositada, pois, nessa dimensão, quando menos, haverão de ser assentadas, explicitamente e com clareza, quais as premissas que devem ser objeto de justificação externa¹³²².

O juízo sobre a racionalidade das premissas é típico do domínio da justificação externa. Neste campo, opera-se a fundamentação das premissas formuladas na justificação interna¹³²³. Em suma, a plenitude justificativa da motivação implica inclusão tanto da

¹³²⁰ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 10: “As *regras de justificação interna* verificam se a decisão é deduzida logicamente (lógica do discurso) das assertivas expostas na *fundamentação*, valendo-se do *princípio da universalidade* que compõe a estrutura básica do discurso prático racional geral, exigindo que se desenvolva o máximo de *etapas* possíveis na argumentação jurídica de modo a se formularem *expressões* cuja aplicação ao caso concreto obtenha o maior *consenso fundado*.” (Grifos no original).

¹³²¹ *Ibidem*, p. 11: “Na *justificação externa*, é averiguada a correção das próprias *premissas*, mediante as regras (1) da *argumentação prática geral*, (2) da *argumentação empírica*, (3) da *interpretação*, (4) da *argumentação dogmática*, (5) do uso dos *precedentes* e (6) das *formas especiais* de argumentos jurídicos.” (Grifos no original).

¹³²² *Ibidem*, p. 227.

¹³²³ *Ibidem*, p. 228: “O objeto da justificação externa é a fundamentação das premissas usadas na justificação interna. Ditas premissas podem ser de tipos bastante diferentes. Pode-se distinguir: (1) regras de direito positivo, (2) enunciados empíricos e (3) premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo. A estes diferentes tipos de premissas correspondem distintos métodos de fundamentação. A fundamentação de uma regra de direito positivo consiste em mostrar sua conformidade com os critérios de validade do ordenamento jurídico. Na fundamentação de premissas empíricas pode recorrer-se a uma escala completa de formas de proceder que vão desde os métodos das ciências empíricas, passando pelas máximas da presunção racional, até as regras do ônus da prova no processo. Finalmente, para a fundamentação das

justificação interna (conexão lógica entre as premissas fático-jurídicas, *i. e.*, a subsunção do fato à norma para a floração da conclusão final)¹³²⁴, quanto da justificação externa (a justificação dos critérios de escolha ou de valoração das premissas das quais descende a ilação final)¹³²⁵.

Há incandescentes discussões epistemológicas que, em termos estruturais e funcionais, gravitam em torno da validade da distinção entre contexto de deliberação, como procedimento em que a decisão judiciária é formulada, e contexto de justificação, que visa à elaboração de um discurso jurídica e racionalmente válido com o qual a decisão é justificada. Seja como for, hodiernamente, não encontra eco a concepção de que a motivação configura (ou deveria configurar) uma reprodução fidedigna do *iter* lógico-psicológico percorrido pelo juiz para alcançar sua decisão. Não é, tampouco poderia ser, uma fiel prestação de contas do raciocínio decisório do juiz, tanto é que a motivação, como discurso justificativo, nem sempre hospeda (nem é para hospedar) os “reais” motivos que condicionaram o processo mental do juiz a decidir desta ou daquela maneira. O juiz deve ministrar razões que justifiquem as escolhas e as valorações feitas para formular sua decisão, não apenas da hipótese fática eleita, senão também da hipótese derrotada. Nada obstante, não seria despropositado sustentar a ocorrência de interação dialética e diálogo intenso entre os dois contextos. Por exemplo: quando o juiz sabe que terá que justificar as escolhas ou valorações aportadas à sua decisão, tenderá a usar critérios racionais no âmbito do procedimento decisório, quando nada para facilitar seu labor na elaboração de adequada motivação¹³²⁶.

Sucedem, no entanto, no cotidiano prático forense, a motivação, no juízo de fato (mas não apenas), revela, não raro, uma pobreza franciscana de elementos de placitação da hipótese fática encampada pelo órgão julgador. De hábito semeia, apoditicamente, afirmações

premissas que não são nem enunciados empíricos nem regras de direito positivo aplica-se o que se pode designar de “argumentação jurídica”. Há múltiplas relações entre esses três procedimentos de fundamentação.”

¹³²⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *op. cit.*, p. 124: “uma das críticas que podem ser feitas ao modelo *silogístico* é, com efeito, a sua inaptidão para oferecer um esquema completo de justificação, pois a preocupação em ressaltar a correção lógica da conclusão deixa em aberto a questão mais importante, que é exatamente a da escolha das premissas a partir das quais se desenvolve o raciocínio decisório. Ao contrário, a necessidade de apresentar argumentos justificativos para cada opção valorativa adotada ao longo do procedimento decisório, que caracteriza o modelo *retórico*, ressalta o interesse não só pela validade das inferências realizadas pelo julgador, mas sobretudo pelos critérios que presidiram a seleção dos dados sobre os quais vai trabalhar para chegar à sua conclusão final.” (Grifos no original).

¹³²⁵ TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*, *op. cit.*, p. 238.

¹³²⁶ *Idem*. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, *op. cit.*, p. 324.

e, por isso mesmo, o acertamento dos fatos não é embasado na valoração das provas, posto que ausente o mais tênue vestígio de razões justificativas dos critérios de escolha adotados pelo juízo¹³²⁷.

8.6 Motivação de direito: valor justiça, correção, validade dos enunciados da solução da causa

Abstraindo-se do problema da impossibilidade de uma válida solução atinente à distinção, ontológica ou intrínseca, entre questão de fato e questão de direito¹³²⁸, afigura-se possível convencionar, na estrutura da decisão, a separação entre enunciados normativos (*quaestio iuris*) e enunciados fáticos (*quaestio facti*). Conducente dizer que a motivação da premissa de direito se distingue da motivação da premissa de fato, embora os dois aspectos da demanda judicial estejam frequentemente entrelaçados, impondo-se lhes, por isso mesmo, resolução concomitante¹³²⁹. De sorte que a justificação da primeira traduz-se em ministrar razões que embasem sua validade, ou sua correção, ou sua justiça, ao passo que a justificação da segunda consiste em aportar argumentos idôneos e racionais que permitam sustentar sua veridicidade ou probabilidade¹³³⁰. A motivação *in iure* se opera através de plúrimas operações

¹³²⁷ Fenômeno análogo parece assolar, também, a península itálica, como, de resto, se colhe em TARUFFO, Michele. *La fisionomia della sentenza in Italia. La sentenza in Europa: metodo, tecnica e stile*. Padova: CEDAM, 1988. p.180-214, esp. p. 204: “È solitamente una motivazione semplice, ridotta a pochi elementi di conferma della versione dei fatti accolta dal giudice; è spesso una motivazione apodittica, perchè l’affermazione della verità del fatto non è sorretta da argomentazioni fondate sulla valutazione delle prove. Soprattutto, manca di solito la giustificazione della scelta tra le diverse ipotesi possibili sul fatto da accertare. La motivazione in fatto è dunque di regola carente sotto il profilo della “giustificazione esterna”, perchè non esplicita e non giustifica la scelta delle premesse e dei criteri di determinazione del fatto, ma è spesso carente anche sotto il profilo della “giustificazione interna”, perchè non esprime le inferenze che fondano l’accertamento del fatto e non indica le premesse conoscitive di tale accertamento.”

¹³²⁸ ALVIM, Arruda. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 5. p. 267: “Devemos consignar, liminarmente, que a tendência contemporânea, mais acentuada, é a que considera inviável uma distinção, pelo menos do ponto de vista ontológico ou intrínseco do problema, entre *fato e direito*, à luz das repercussões na ordem jurídica. (...) Constata-se que, na realidade e sob certo ângulo, do ponto de vista ontológico, a vulneração à ordem jurídica é idêntica, quando se erra na aplicação do direito, tanto quanto se erra na identificação do fato. Pois, se o fato é *a*, subsumível à norma *a'*, mas se se identifica o fato *b*, então subsumível à norma *b'*, quando o fato era realmente *a*, curialmente, foi vulnerada a ordem jurídica, embora através de um raciocínio diverso, ou um enunciado diferente.” (Grifos no original).

¹³²⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Da sentença e seus efeitos no novo código de processo civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 49-53, jul./set. 1975, esp. p. 52.

¹³³⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 193.

por parte do órgão julgador: qualificação jurídica dos fatos; determinação da regra de direito aplicável; contingente controle de constitucionalidade da regra; interpretação previsível da regra¹³³¹.

O valor justiça exige que os enunciados fático-jurídicos alocados na base do *decisum* desfrutem de correção, de validade e, mais amplamente, que sejam consentâneos com os valores compartilhados pela sociedade na qual o juiz está inserido. A interpretação da regra jurídica, por exemplo, há de render homenagem aos valores prevalecentes e canonizados no tempo e no lugar no qual o juiz vive¹³³².

Incumbe ao juiz, ao examinar a *quaestio iuris*, verificar se dos fatos narrados e devidamente representados nos autos do processo é possível extrair os efeitos jurídicos almejados pelo autor. Positiva ou negativa que sejam as perquirições do órgão judicial a propósito da possibilidade de extração das consequências jurídicas pretendidas pelo autor (ou pelo réu, em sede de reconvenção ou de pedido contraposto), é no espaço físico da motivação que deverá aportar as correspondentes razões justificativas quer daquela prospecção, quer não.

Na motivação *in iure*, o juízo de primeiro grau de jurisdição, ao apreciar as questões jurídicas versadas na lide, deverá, também, eventualmente, deliberar acerca da constitucionalidade ou não do ato normativo¹³³³, através de específica provocação das partes ou mediante controle por iniciativa de ofício. Semelhante atividade de fiscalização jurisdicional dos atos normativos, em sede de controle *incidenter tantum*, concreto e difuso, se efetiva no leito da motivação do julgado. Em caso tal, a eficácia da decisão é apenas entre as partes do processo, vale dizer, não alcança terceiros estranhos àquela relação jurídico-processual. No tribunal, a declaração de inconstitucionalidade, também hospedada na fundamentação do acórdão, há de observar o procedimento cognominado de “incidente de declaração de inconstitucionalidade”¹³³⁴, bem como a assim chamada cláusula de reserva de plenário¹³³⁵.

¹³³¹ FAZZALARI, Elio, op. cit., p. 328 ss.

¹³³² Ibidem, p. 330 ss.

¹³³³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel, op. cit., p. 123.

¹³³⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 480-482. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, arts. 960-962.

¹³³⁵ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 97: “Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” Relembre-se, nessa esteira, o Enunciado n. 10 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão

As premissas assentadas pelo juiz não de espelhar argumentação jurídica e racionalmente válida e controlável. A correção dos enunciados de fato e de direito formulados pelo órgão julgador pressupõe, dentre outros fatores: (i) correta escolha da norma aplicável e sua aceitável interpretação, e (ii) adequado acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. A finalidade da motivação, como discurso justificativo racional, é confidenciar aos seus múltiplos destinatários que a sentença é juridicamente válida e fundada naquelas exigências cumulativas, além de procedimento equo e justo.

A exigência de imparcialidade do juiz insinua que ele deva se manter equidistante dos interesses dos sujeitos parciais do processo, *i. e.*, o metro que mantém do autor é o mesmo do réu, sob pena de quebra da igualdade e indesejáveis implicações no valor justiça. A igualdade, como valor universal, plasma qualquer sistema de justiça que aspire à seriedade, como também unge o exercício legítimo da função jurisdicional. Todavia, após a formação da convicção e no último momento do juízo, o juiz despe-se de sua imparcialidade para ornar-se de um traje “parcial” no sentido de se inclinar, inexoravelmente, para o endereço, seja do autor seja do réu, que ele descobriu abrigar a razão¹³³⁶.

Agora bem, na motivação *in iure* os critérios de escolha de determinada regra jurídica justaposta (premissa normativa adotada) ou de valoração consistente em interpretação aceitável e válida não de ser expressa e adequadamente justificados, por meio de argumentação jurídica e racionalmente controlável.

8.6.1 Multifários contextos normativos: indicação da *ratio decidendi* e da individualização da norma aplicável

Interpretar é imprimir concreção ao Direito, fixando-o à realidade do mundo de carne e osso. A interpretação/aplicação reclama a ponderação de normas jurídicas tendente à

fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.”

¹³³⁶ FAZZALARI, Elio, op. cit., p. 341: “*e*) *Da soggiungere, infine, che il momento del “giudizio” è il culmine dal quale si coglie la “imparzialità” del giudice. Infatti, il giudice può e deve essere “imparziale” nel momento in cui forma la propria convinzione intorno alla esistenza dell’obbligo, del diritto, della lesione; ma quando, convintosi di tale esistenza, rivolge il “comando” giurisdizionale, egli non può essere e non è più imparziale. Il giudice è, in quest’ultimo momento, “parziale”; non può non essere favorevole a chi egli ha accertato aver ragione; rappresenta lo Stato che si schiera a fianco di chi ha ragione, che lo tutela contro l’autore dell’illecito. Insomma il giudice, alla fine, non può che deporre la bilancia e impugnare la spada.*”

determinação de uma norma de decisão¹³³⁷. A interpretação há de ser justificada por uma lógica jurídica aceitável¹³³⁸.

Os dois grandes contextos normativos de Direito resultam, de um lado, da família anglo-saxônica (sistema da *common law*) e, de outro, decorrem da família romano-germânica (sistema da *civil law*).

No sistema da *common law*, ao juiz cumpre explicitar e interpretar a *ratio decidendi* do caso precedente (julgado), bem como justificar sua aplicação no caso sucessivo (em julgamento). A hipótese inversa também deverá ser justificada pelo juiz, ou seja, porque considerou inaplicável ao caso em julgamento determinado precedente judicial invocado pela parte.

No sistema da *civil law*, as coisas se passam de forma análoga: a obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais atrai para o juiz o dever de justificar não apenas a escolha da regra jurídica ou do princípio que entende aplicável ao caso particular, bem ainda sua respectiva escolha interpretativa da regra jurídica ou do princípio, demonstrando o porquê do sentido e do alcance que lhes atribuiu, em um conjunto de significados juridicamente aceitáveis.

Há traços que aproximam a atividade de interpretação do precedente daquela de interpretação da lei. Contudo, na primeira o raciocínio é do tipo indutivo, enquanto que, na segunda, prevalece o modelo dedutivo¹³³⁹.

¹³³⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38: “Interpretar é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Neste sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera a sua inserção na vida.”

¹³³⁸ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 632: “É dentro desse espírito que as técnicas de interpretação, justificadas pelo recurso à lógica jurídica, que não é uma lógica formal, mas uma lógica do razoável, ser-lhe-ão um auxílio essencial na medida em que lhe permitem conceituar, por uma argumentação apropriada, o que lhe dita seu senso de equidade e seu senso de justiça.”

¹³³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233-261, esp. p. 258: “A interpretação do precedente aproxima-se da interpretação da lei, porque sempre haverá um contexto de justificação a legitimar a decisão pleiteada. A peculiaridade da incidência do precedente em cotejo com a aplicação da lei consiste sobretudo na amplitude da área de discricionariedade que os juízes possuem. A individuação da *ratio decidendi* é uma operação heurística de natureza casuístico-indutiva, pela qual a regra jurídica é extraída do confronto entre a anterior decisão e o caso concreto submetido à apreciação judicial. A sentença do juiz do *civil law*, a seu turno, também pressupõe um labor intelectual, porém, de cunho normativo-dedutivo, no qual deve ser apresentada uma justificação das circunstâncias fáticas que determinaram a subsunção destes a determinado texto de lei.”

8.6.2 Regras de experiência comum, conceitos juridicamente indeterminados, juízos valorativos, discricionariedade judicial

Há definições, proposições ou juízos hipotéticos de natureza tendencialmente geral alicerçados na experiência, configuradores das máximas da experiência¹³⁴⁰. É dizer: no mundo de carne e osso, as regras-máximas de experiência comum¹³⁴¹ retratam a observação daquilo que comumente acontece (*id quod plerumque accidit*). Transitam do particular para o geral, configurando-se produto de indução¹³⁴² (amplificadora)¹³⁴³. Decorrem de uma inferência do que, como experiência da vida, ordinariamente ocorre e traduzem práticas humanas reiteradas¹³⁴⁴. Há um consenso difuso, no âmbito do senso comum, em relação ao conteúdo de

¹³⁴⁰ A locução “máximas de experiência” (*Erfahrungssätze*) foi cunhada, em 1893, em monografia clássica, por STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1973. p. 19 e 22: “Precisamente esta última locución nos hace ver que sería peligroso denominar “hechos” a tal uso comercial; la existencia de un uso comercial no es, como se demostrará más adelante, un hecho, sino un juicio general que descansa en la experiencia... una máxima de la experiencia. Nos quedaremos pues, por ahora, con este último nombre. No está libre de objeciones: lo sé y estoy dispuesto a sustituirlo por otro mejor que me sea propuesto. (...) Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, precedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.”

¹³⁴¹ Com técnica censurável, pois a falta de regra probatória, de si, não guarda pertinência temática com o emprego das regras-máximas de experiência comum, de vez que o juiz sempre poderá lançar mão delas, vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 335: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 382: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” *Codice di Procedura Civile* italiano, art. 115, § 2º: “*Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza.*” Vide Corte Suprema di Cassazione italiana, Cass., Sent. n. 22022, de 28.10.2010; (conf. Sent. n. 5644, de 10.4.2012); Cass., Sent. n. 20313, de 4.10.2011 (rv 619282). Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 485.

¹³⁴² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 376, p. 3-10, nov./dez. 2004, esp. p. 6: “O método empregado aí é o indutivo, como nas ciências naturais e físicas: da observação de um conjunto de acontecimentos entre si iguais e da constância das conseqüências deles decorrentes, infere o cognoscente, do particular para o geral (caminho inverso ao método dedutivo), que uma nova repetição do mesmo fato ou fenômeno há de produzir idênticas repercussões.”

¹³⁴³ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 4. p. 31: “Por isso, na aplicação das regras de experiência tem-se uma dedução em que a premissa maior são tais regras, resultantes da operação indutiva, com as limitações próprias dessa forma de raciocínio.”

¹³⁴⁴ PIRAS, Aldo. Le massime d’esperienza e la motivazione insufficiente. **Jus – Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano, 4(1), 1955. p. 79-121, esp. p. 79.

caráter geral afirmado pela regra-máxima¹³⁴⁵, sobre não ser, ademais, contraditada pelo conhecimento científico.

A legitimidade das regras-máximas de experiência, na perspectiva da correspondente generalização, depende de sua validade (v. g., determinados modos com que o acontecimento efetivamente se verifica na realidade, qual aquela exprimida na proposição de que “todos os homens são mortais”)¹³⁴⁶ e de sua confiabilidade. Há generalizações inidôneas (enunciados que são formulados em dicção geral), mas que, na realidade, não encontram confirmação científica ou empírica¹³⁴⁷. Não se descobre sua base cognoscitiva determinável¹³⁴⁸.

As máximas de experiência comum, ao contrário do que se possa inculcar da localização do art. 335 na topografia do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, não exaurem suas potencialidades na paisagem do direito probatório (v. g., na apuração dos fatos relevantes e na valoração de seus resultados); antes, ao contrário, espargem-se por toda a extensão da atividade jurisdicional desenvolvida no processo, como quando na iluminação da formulação de juízos de valor, da concretização de conceitos juridicamente indeterminados, da individuação do significado de cláusulas gerais¹³⁴⁹. O senso comum plasma o raciocínio do juiz em momentos nevrálgicos, como, exemplificativamente, na interpretação e aplicação das normas que compõem os alicerces jurídicos da decisão¹³⁵⁰.

As máximas de experiência, hauridas do senso comum, podem exercer uma função heurística, como ferramenta, no raciocínio judicial, de formulação de hipóteses de

¹³⁴⁵ TARUFFO, Michele. Funzione della prova: la funzione dimostrativa, op. cit., p. 314: “*Se una nozione o regola non appartiene al senso comune non è sorretta da siffatta presunzione, e potrà essere usata solo in quanto esista un argomento ulteriore idoneo a giustificarne la veridicità o l’attendibilità. Nel dubbio se una nozione appartenga o no al senso comune, nel luogo e nel momento in cui viene usata, sarà razionale considerarla come priva di legittimazione in re ipsa, e quindi come bisognosa di apposita e specifica conferma o giustificazione.*”

¹³⁴⁶ Idem. Considerazioni sulle massime d’esperienza, op. cit., p. 554.

¹³⁴⁷ Idem. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, op. cit., p. 144: “*Allora, però, il fondamento dell’uso - da parte del giudice - delle nozioni tratte dall’esperienza va ricercato altrove. Questo “altrove” può essere individuato soprattutto attraverso due indicazioni di metodo: a) la verifica empirica dell’attendibilità delle nozioni dell’esperienza comune sulla base delle conoscenze scientifiche disponibili, ma anche l’esclusione di quelle nozioni che risultino contraddette o falsificate dalla scienza; b) in ogni caso, ed in particolare quando altri controlli di veridicità non siano possibili, la verifica della condivisione intersoggettiva che il giudice intende usare.*”

¹³⁴⁸ Idem. Considerazioni sulle massime d’esperienza, op. cit., p. 558.

¹³⁴⁹ MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras de experiência comum na formação da convicção do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, Brasília, n.17, p. 59-75, ago. 2004, esp. p. 60.

¹³⁵⁰ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, op. cit., p. 126.

acertamento (v. g., no sistema de livre convicção do juiz, valoração da credibilidade de um meio de prova ou confiança da prova como demonstração da verdade ou da falsidade de determinado enunciado fático)¹³⁵¹ concernentes aos fatos relevantes da causa, mediante inferências a partir de circunstâncias conhecidas, por indícios¹³⁵² ou presunções¹³⁵³, em cuja justificação há de estar presente o critério de congruência narrativa¹³⁵⁴. E, também, epistêmica, traduzida no acertamento da verdade dos fatos com fulcro em raciocínio indiciário ou presuntivo, fundado em critérios científicos ou generalizações válidas, corretas, confiáveis. Ademais, as regra-máximas de experiência comum desempenham um importante papel justificativo no contexto da motivação *in facto*, especialmente no que toca à prestação de contas a propósito da avaliação, iluminada pelas máximas de experiência comum ou técnico-científicas, da eficácia da prova¹³⁵⁵. Na justificação externa da formulação das premissas fáticas da decisão, o juiz deve formular inferências válidas que idoneamente possam justificar a valoração do acertamento dos fatos relevantes para o julgamento da causa, à luz das provas disponíveis e representadas nos autos do processo¹³⁵⁶. No plano justificativo das regras-

¹³⁵¹ TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, op. cit., p. 128.

¹³⁵² ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. v. 5, op. cit., p. 255: “Campo fértil de aplicabilidade das máximas de experiência é aquele representado pela valoração dos indícios. Isto é, à luz de um dado acontecimento, devidamente provado, a experiência da vida leva à conclusão de que outro fato se passou. Assim, diante de um rastro grande de breca, há de se concluir que o veículo estava em grande velocidade e, em função desta, possivelmente, o seu motorista é o culpado.”

¹³⁵³ TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, op. cit., p. 561: “È - *in sostanza* - il ragionamento di Sherlock Holmes, o di chiunque si fondi su una circostanza nota per formulare un’ipotesi intorno ad un’altra circostanza che non è nota. Nella sua accezione più semplice l’abduzione è costituita da una inferenza che mira a connettere le due circostanze, quella nota e quella ignota, formulando una ipotesi circa una circostanza ignota che però può essere connessa con la circostanza nota.”

¹³⁵⁴ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível convencimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001, esp. p. 44: “Assim, se pode concluir dizendo que o *standard da congruência narrativa* manifesta-se como um bom instrumento para o controle das *inferências judiciais* em casos complexos, principalmente os que envolvem indícios e circunstâncias e, mais exatamente, para o controle da transição *fato conhecido – fato desconhecido*.” (Grifos no original).

¹³⁵⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano, Giuffrè, 1973, v. 2. p. 84: “Naturalmente valutazione libera della prova non significa affatto facoltà per il giudice di formare il suo convincimento in modo soggettivamente arbitrario; libertà vuol dire uso ragionato della logica e del buon senso, guidati e sorretti dall’esperienza della vita. Il giudice trova perciò nella necessità di applicare largamente le cosiddette “massime d’esperienza” che sono quei giudizi di carattere generale, formati sull’osservazione della vita di ogni giorno, che gli permettono di apprezzare il significato, l’attendibilità, l’efficacia di una prova.”

¹³⁵⁶ TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle massime d’esperienza*, op. cit., p. 565: “Accade spesso che queste inferenze, attraverso le quali si giustifica la valutazione della credibilità delle prove o la ricostruzione presuntiva di fatti rilevanti, si fondino sul ricorso a massime d’esperienza. Esse vengono usate - appunto - come criteri in funzione dei quali le conclusioni che si tratta di giustificare si configurano come fondate razionalmente sulla derivazione logica da premesse determinate.”

máximas de experiência, a argumentação articulada pelo juiz no espaço físico da motivação não espelha necessariamente as inferências feitas na formulação do juízo acerca dos fatos¹³⁵⁷. A boa justificação há de ser idônea a exprimir uma base de racionalidade ao juízo através do qual, com eco na realidade e ressonância em fatos devidamente provados¹³⁵⁸, o juiz efetuou o acerto dos fatos como verdadeiros ou falsos, à luz das provas representadas nos autos do processo. A não ser assim, ter-se-á uma motivação radicalmente fictícia¹³⁵⁹, recheada de razões justificativas malignas - como quando as “máximas de experiência” usadas pelo juiz não correspondam à adequada generalização nem a frequências estatísticas suscetíveis de controle e de verificação epistêmica -, posto inidôneas para que se considerem justificados os critérios de escolha ou de valoração empregados no juízo de fato.

As máximas de experiência, por constituírem regras de juízo¹³⁶⁰ e exibirem conteúdo ditado pelo senso comum, pela cultura social, pela ciência, não podem ser manejadas pelo órgão julgador de modo irracional, infenso ao controle das partes e à possibilidade de fiscalização externa pela sociedade, senão que se submetem a critérios de racionalidade. Ademais, a formação intelectual da convicção do juiz, ancorada exclusivamente em máximas de experiência, por configurarem valores meramente aproximativos da realidade assente no mundo de carne e osso, reclama triplicada prudência, ante os riscos e as incertezas que gravitam em torno de sua base gnosiológica. As regras-máximas de experiência servem ao intérprete, sobretudo, para a mais equitativa adaptação da lei e, no processo judicial, na apuração dos fatos (por exemplo: é com arrimo em tais regras que, a partir dos indícios, se constroem as presunções judiciais – *praesumptiones hominis*) e na valoração da prova, *i. e.*,

¹³⁵⁷ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle massime d’esperienza, op. cit., p. 565, especialmente nota 36: “*Ciò implica che possa non esservi nessuna corrispondenza tra le massime d’esperienza di cui il giudice ha fatto uso per formulare le inferenze che lo hanno condotto alla decisione, e le massime alle quali fa riferimento per giustificare tale decisione motivando la sentenza. Peraltro, quand’anche si trattasse della stessa massima d’esperienza, essa svolgerebbe ugualmente funzioni diverse nel ragionamento decisorio del giudice e nell’ambito della giustificazione della decisione.*”

¹³⁵⁸ ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 5. p. 261: “Conquanto as máximas de experiência integrem a apreciação livre das provas, em todas as hipóteses, coloca-se como requisito fundamental à respectiva utilização o de que no litígio estejam provados os fatos em função dos quais vão ser aplicadas ditas máximas (...). Desta forma, pois, se os fatos não estiverem efetivamente provados, ou se não forem incontroversos, não terá supedâneo a aplicação desta ou daquela máxima de experiência. Ou então, necessário será que os fatos sobre os quais se apliquem ditas máximas sejam confessados.”

¹³⁵⁹ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove. In: _____ (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 207-269, esp. p. 265.

¹³⁶⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Victor P de Zavalía Editor, 1972, t. 1. p. 201.

no sentido de estimação dos fatos apurados e não meio de seu acertamento, como regra empírica de uma dedução¹³⁶¹. Hão de ser invocadas e justificadas a respectiva idoneidade e validade na motivação da decisão, mediante o emprego de argumentação racional, máxime sob a ótica do binômio adequação-aplicação¹³⁶².

As regras de senso comum empregadas pelo órgão julgador devem ser específicas e guardar estrita pertinência temática com os fatos concretos da causa. O juiz, em seu discurso justificativo, ao valer-se de sua experiência pessoal e do senso comum, deve ministrar razões que, em seu trabalho cognitivo, embasem as presunções resultantes das regras-máximas de experiência, sobretudo na motivação do juízo de fato¹³⁶³. Tanto os critérios de escolha e adequação de determinada regra de experiência quanto sua aplicabilidade ao caso particular (observada a dialeticidade do processo, oportunizando-se às partes a prévia possibilidade de manifestação no fito de exercerem influência sobre o julgamento da causa)¹³⁶⁴ não de ser justificados¹³⁶⁵ jurídica e racionalmente, sob pena de soarem arbitrários. Não se afigura bastante a mera invocação de uma regra-máxima de experiência, pois mister se faz que o juiz ministre as razões que justifiquem tanto sua necessidade, adequação e razoabilidade, quanto sua oportuna aplicabilidade ao caso particular¹³⁶⁶ (v. g., na apuração dos fatos relevantes para

¹³⁶¹ CARNELLI, Lorenzo. **O fato notório**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 111.

¹³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**, op. cit., p. 152-153: “A motivação deve aludir às regras de experiência, demonstrando os seus conteúdos e fundamentos. Ou deve explicar os significados e as bases de sustentação das regras de experiência, para que então fiquem claras as razões que conduziram à decisão.”

¹³⁶³ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. p. 242: “Na verdade, as presunções resultantes das máximas da experiência são amplamente utilizadas no julgamento das questões de fato, como critérios justificativos da aceitação da maior ou menor força persuasiva de todas as demais provas.”

¹³⁶⁴ DELFINO, Lúcio. **Direito processual civil: artigos e pareceres**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 66-67.

¹³⁶⁵ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho, op. cit., p. 127: “A invocação de uma máxima de experiência não dispensa a motivação a respeito da sua adequação e aplicabilidade ao caso concreto. E é conveniente também que, antes da sua aplicação, em atenção ao contraditório, sejam as partes cientificadas da sua possível utilização no julgamento, a fim de que possam se manifestar a respeito e influenciar no julgamento final a ser proferido.”

¹³⁶⁶ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, op. cit., p. 68: “A atribuição de conteúdo às normas processuais que se apresentam *em branco*, contudo, segue critérios que permitem o seu controle, de modo a não acolher delírios ou arbítrios judiciais. O primeiro índice dessa atividade a cargo do juiz está na *necessidade*, que deve ser demonstrada, de valer-se desse elemento imaterial e distinto da prova; o segundo indicador está na *adequação* da conteudificação da *norma em branco*, para formatar a regra solucionadora da controvérsia; por fim, como terceiro fator, na *razoabilidade* dessa operação intelectual, diante do prejuízo que a sua não-realização pode trazer ao processo. Esses raciocínios podem ser feitos pelo Juiz de modo *espontâneo* e geralmente o são, pois estão interiorizados no próprio esforço para julgar, *mas devem ser expressos claramente na decisão que os acolhe, como é exigência constitucional (art. 93, IX da CF) e legal (art. 131, parte final, do CPC)*.” (Grifos no original).

o julgamento da causa, a partir de elementos indiciários; na valoração crítica dos resultados das provas representadas nos autos do processo)¹³⁶⁷.

A máxima de experiência, conforme posição doutrinária largamente difundida, distingue-se dos indícios e do fato notório, haja vista que, no raciocínio judicial, aquela caracteriza a premissa maior do silogismo jurídico, ao passo que estes a premissa menor¹³⁶⁸. As máximas de experiência, não tendo por objeto um fato, mas uma regra encontrada nas fontes de cultura comum¹³⁶⁹, são independentes do fato probando, enquanto o notório não se desgarrar do fato, antes o afirma¹³⁷⁰. Portanto, generalidade e notoriedade são noções inconfundíveis¹³⁷¹, até porque a regra-máxima de experiência pode se revelar anfibológica e transbordar para o terreno dos indícios. Nada obstante a abissal diversidade de natureza lógica entre regras-máximas de experiência e fatos notórios, parece haver, em determinada perspectiva, certo parentesco (senão de irmão, mas de primos), pois ambos integram a noção de cultura normal *lato sensu* própria de determinada esfera social no tempo em que for pronunciada a decisão¹³⁷².

¹³⁶⁷ DIDIER JR., Fredie et al, op. cit., p. 57: “As máximas da experiência exercem as seguintes funções no processo: a) *apuração dos fatos*, a partir dos indícios; b) *valoração da prova*, servindo para que o magistrado possa confrontar as provas já produzidas (dar mais valor a um testemunho do que a outro, por exemplo); c) *aplicação de enunciados normativos*, auxiliando no preenchimento do conteúdo dos chamados conceitos indeterminados (preço vil, por exemplo); d) *limite ao livre convencimento motivado*: o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras da experiência.” (Grifos no original).

¹³⁶⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5. p. 335.

¹³⁶⁹ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 352.

¹³⁷⁰ CARNELLI, Lorenzo, op. cit., p. 134: “Poder-se-ia imaginar que as máximas produzem um movimento centrífugo, enquanto que o notório o produz concêntrico. Nas primeiras, o fato é motivo; no notório, fim. Para este instituto o que tem importância é o próprio fato em sua existência objetiva. Situa-se, por isso, no passado. Para as máximas, a objetividade concreta e singular tende a desaparecer na generalização lógica destinada a produzir juízos universais. E, por isso, valem para o futuro.”

¹³⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72, esp. p. 62: “Ao lado desses fatos (notórios) alinham-se precisamente as chamadas “regras de experiência”, que deles se distinguem por seu caráter de *generalidade e abstração*: não se trata agora de acontecimentos singulares, mas de noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que, se assim costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro.” (Reforços gráficos no original).

¹³⁷² Sobre a fórmula teórica para definir o conceito de notoriedade, referenciada à ideia de cultura em sentido amplíssimo, vide CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 5. p. 425-451, esp. p. 442 ss, 450: “*La chiave di quella formula è data dalla equivalenza: “notorietà = appartenenza alla cultura normale di un determinato gruppo sociale”.*”

Nessa moldura, a aplicação de regras-máximas de experiência no processo judicial desfrutará de legitimação quando (e se) as partes puderem se manifestar previamente ao seu emprego no julgamento e, em relação a elas, houver fundamentação adequada e específica¹³⁷³. Trata-se de controle crítico de validade intersubjetiva das máximas de experiência que o juiz pretende utilizar. Contudo, no dia a dia forense contam-se às centenas os casos em que regras de experiência são usadas pelo juiz independentemente de fundamento científico ou apoio em dados estatísticos que aspirem à seriedade¹³⁷⁴.

Mas (dir-se-á), na era da velocidade da informação e da intensa mutação de conceitos sociais e morais, as ideias de experiência comum e de senso comum se fragmentaram e confinam perigosamente com o vazio¹³⁷⁵. A molecularização da observação daquilo que ordinariamente acontece cedeu o passo ao fenômeno da atomização: passou-se de uma máquina fotográfica capaz de capturar, em mínimos detalhes, a imagem do que comumente ocorre ao caleidoscópio da pós-modernidade, encarnado por uma sociedade heterogênea, multifacetada e multicultural, e assinalada pela fluidez de notas características. Sobressai um horizonte de incertezas, de indefinições. Ademais, embora robusta gama de pessoas pense de forma análoga, tal circunstância, de si, não torna algo uma verdade absoluta ou moralmente aceitável.

Disso resulta, na visão de determinada vertente doutrinária¹³⁷⁶, que a noção de regras-máximas de experiência somente teria guarida na teoria da decisão judicial exclusivamente

¹³⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115, esp. p. 115: “*No todo lo que las partes invocan como “reglas de experiencia” está exento de prueba. Y las razones que haya podido tener el órgano judicial para reclamarla o no deben figurar claramente en la motivación de la sentencia*”. Nessa rota, FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389-403, esp. p. 396, 398: “As regras que disciplinam a eficácia das provas restringem a liberdade do juiz na formação de seu convencimento, determinando a eficácia (prova legal e presunções legais) ou fornecendo um critério de valoração. Estas últimas constituem, de ordinário, máximas de experiência, consubstanciadas de forma abstrata em normas esparsas no Código de Processo Civil. Embora deversem servir de orientação na formação da convicção do julgador, diante de dúvidas que possam surgir no momento de decidir, algumas dessas normas impõem determinado valor. (...) Essas considerações feitas pela doutrina, procedentes diante do que em geral ocorre, evidenciam a necessidade de cuidado na fundamentação do que constituiu o resultado da prova para o juiz. A demonstração das razões de seu convencimento a respeito dos fatos, quando atribui maior relevância à prova indireta, deve ser mais cuidadosa; sendo inadmissíveis as simplificações, por vezes utilizadas nas sentenças, do tipo “(...) do conjunto das provas dos autos conclui-se que restou provado nos autos que (...)”.

¹³⁷⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel, op. cit., p. 124.

¹³⁷⁵ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, op. cit., p. 137.

¹³⁷⁶ Idem. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 519 ss.

como um silogismo. Entretanto, tal fórmula, assaz simplificada, não traduz a complexidade do procedimento decisório, o qual não se reduz a uma operação silogística ou à concatenação de uma cadeia de silogismos, pois, na era do pós-positivismo jurídico, envolve, v. g., juízos valorativos em relação à escolha e à interpretação da regra jurídica¹³⁷⁷, bem como à interpretação dos resultados das provas concernentes aos fatos relevantes, à qualificação jurídica dos fatos, à determinação de efeitos jurídicos. Não por acaso, a doutrina da decisão judicial como silogismo foi arquivada nos museus de arqueologia do Direito.

Demais disso, no âmbito das sociedades contemporâneas, complexas e plurais, marcadas pelo multiculturalismo (este, inclusive, expresso na interpretação de diversas culturas processuais) e plasmadas pelo prodígio da globalização, cujo fenômeno tende a patrocinar a edificação de uma cultura processual comum, pode ocorrer, e não raro ocorre, a colisão entre regras-máximas de experiência comum, ou entre estas e regras-máximas de experiência técnica. Na primeira hipótese, o entrelaço provoca a obliteração recíproca das duas regras-máximas de experiência comum conflitantes, circunstância que deverá ser reconhecida, expressamente, na motivação da decisão e que, de conseguinte, impede o juiz de utilizar uma ou outra. Na segunda hipótese, de abalroamento entre regras-máximas de experiência comum e regras-máximas de experiência técnica, dá-se a prevalência da regra-máxima de experiência técnica, respaldada pela ciência, sobre a comum. Tal primazia deve ser demonstrada pelo juiz na motivação.

Seja como for, considerando que a decisão possa também (mas não apenas) ser permeada por cadeias de silogismos, tendentes a racionalizar alguns aspectos dos intrincados raciocínios judiciais, sobretudo no que tange à configuração do juízo de fato, a invocação de uma regra-máxima de experiência pelo juiz, no âmbito de um amplo cardápio cultural de experiência, não o escusa de justificar, mediante argumentação racional, seus critérios de escolha, de adequação e de aplicabilidade¹³⁷⁸ de uma regra geral de experiência ao caso

¹³⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e proceso**, op. cit., p. 149: “*Se si dovesse qualificare il giudice tra gli operatori del diritto (e perché non dire operai?), interprete è il nome che più propriamente gli dovrebbe esser dato. Se egli, come s'è veduto, da un lato ricostruisce il fatto alla stregua delle prove, dall'altro lo valuta alla stregua delle norme, così fa allo scopo di mediare la distanza tra la legge e il fatto, tra il legislatore e la parte. Una schiera di collaboratori, a cominciare dalle parti medesime, lo aiuta in questa opera difficile; il giudice sta in mezzo ad essi come il maestro concertatore in mezzo ai componenti di un'orchestra e ne dirige e ne unifica le voci. Ma tutto questo avviene, proprio come nell'interpretazione musicale, affinché lo hiatus tra legge e fatto, tra legislatore e parte, sia colmato.*”

¹³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Regras de experiência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 56, n. 364, p. 11-20, fev. 2008, esp. p. 14: “é importante frisar que as regras de experiência devem ser relatadas e demonstradas na motivação da decisão. Ou seja, o juiz, através de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Essa é a única maneira de se garantir a racionalidade na utilização das regras de experiência e, ao mesmo tempo, a

concreto posto à decisão. Tal exerce o papel de uma premissa maior formulada pelo órgão julgador (por exemplo: o juiz deve aportar razões que, antes de tudo, justifiquem, racionalmente, a homogeneidade, a uniformidade, a estabilidade dos dados ordenados do repertório da experiência ou do senso comum, dentro de contextos sociais naturalmente complexos e cambiantes, bem como os critérios de julgamento hauridos da experiência comum).

É claro que, com base em elementos indiretos, o emprego de presunção *hominis* (simples) pelo juiz para o accertamento da verdade dos fatos, na motivação de sua decisão, pode ser impugnado, mediante a refutação da própria regra de experiência eleita pelo juiz ou a ausência de liame lógico suficiente entre o fato secundário (indiciário) e aquele objeto de prova nos autos do processo, bem como a inexistência mesma ou a falta de elementos probantes do próprio indício.

O problema de maior vulto está na dificuldade de justificação, no plano lógico, no caso de juízo de fato fundado em regra-máxima de experiência, por fornecer, em linha de princípio, critério puramente indutivo¹³⁷⁹. Quando o accertamento dos fatos se arrima em um critério científico, a justificação do critério deriva de sua validade no respectivo campo científico. Também aqui se verifica o elemento tópico do consenso difuso sobre a correção da regra-máxima de experiência científica¹³⁸⁰. Mesmo quando o juiz, eventualmente, possua conhecimentos técnico-científicos sobre determinada *quaestio facti*, ainda assim a produção de prova pericial parece ser recomendável¹³⁸¹, por dois argumentos básicos: (i) o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, de modo que pode ocorrer, e não raro ocorre, que o juiz que presidiu a instrução, e que possui formação técnico-científica concernente às questões

possibilidade de seu controle pelas partes, evitando que o juiz pense que pode utilizá-las sem qualquer critério, estabelecendo argumentos destituídos de qualquer valor. Embora isso pareça evidente, o fato é que as decisões, na prática, sequer aludem às regras de experiência, e muitas vezes o juiz e as partes nem mesmo percebem a sua utilização.”

¹³⁷⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 280: “*Nel caso del giudizio di fatto, fondato su massime d’esperienza, la scelta della massima usata per giustificare una certa conclusione fattuale è difficilmente giustificabile, a sua volta, sul piano logico. Di regola, anzi, l’uso di una massima d’esperienza è giustificato soltanto dal fatto che essa ha un certo fondamento nell’ambito del senso comune, nonché dalla considerazione che essa appare utile, nel caso di specie, al fine di ritenere attendibili determinati fatti. Si tratta, com’è facile rilevare, di una giustificazione di carattere topico, il cui fondamento di razionalità consiste semplicemente nella esistenza di un consenso diffuso su quanto la massima afferma; d’altronde, non può essere diversamente se non a costo di ipotizzare gerarchie o sistemi di massime, che rischiano di essere del tutto inattendibili.*”

¹³⁸⁰ Ibidem, p. 280-281.

¹³⁸¹ NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 337.

essencialmente técnicas referenciadas aos fatos relevantes da causa, não será o mesmo que julgará a lide; e (ii) ainda que seja o mesmo juiz em primeira instância, tal, necessariamente, não se dará na segunda instância, em que, decerto, os juízes não exibirão tais conhecimentos técnico-científicos.

Seja como for, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, o uso das regras-máximas de experiência, baseado em meras probabilidades estatísticas, tal como legalmente autorizado, exige do juiz o dever constitucional de motivação¹³⁸², *i. e.*, de prestar contas, ainda que por meio de justificação tópica, a par do fundamento consistente no senso comum, sobre o critério de escolha de determinada regra-máxima de experiência invocada para justificar uma certa conclusão (parcial ou final). Se o juiz considerou confiável determinada regra-máxima de experiência, deve exteriorizar congruamente os motivos que condicionaram semelhante valoração¹³⁸³ e, *v. g.*, sua aplicação no juízo de fato. A obrigatoriedade de valoração justificativa dos resultados das provas, como fator de contenção da discricionariedade do juiz, nem sempre encontra hospitalidade no concreto exercício da função jurisdicional. Em meio às vicissitudes do cotidiano prático forense, e ante a disfunção da aplicação pelo juiz da regra técnica da livre convicção, não se pode coonestar com motivações meramente formais, fictícias ou aparentes, que esvaziem qualquer possibilidade de controle *a posteriori* sobre racionalidade e razoabilidade do apreçamento da prova.

Em uma perspectiva valorativa positiva, não se pode abrir mão de valoração racional da prova representada nos autos do processo, fundada em critérios objetivos de juízo, válidos e corretamente utilizados pelo juiz. Já em seu aspecto negativo, é de rigor que se excluam predeterminações da eficácia das provas. Tome-se como exemplo a valoração da prova testemunhal: ao juiz cumpre avaliar a confiabilidade dos testemunhos e a credibilidade das testemunhas, sobretudo quando houver depoimentos entre si discrepantes. Ao juiz, em casos tais, cumpre valorar, justificadamente, a coerência interna das declarações de cada testemunha e, ao depois, estimá-las, em seu conjunto, confrontando *vis a vis* cada depoimento, bem como

¹³⁸² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁸³ TARUFFO, Michele. *La valutazione delle prove*, *op. cit.*, p. 267: “*Giustificare la valutazione di una prova, o un’inferenza presuntiva, richiede che vengano esplicitati i criteri in base ai quali essa è stata formulata, mostrando che essa è razionalmente fondata in quanto viene derivata da criteri oggettivamente accettati e condivisibili. Nel caso frequentissimo in cui si tratta di fare ricorso a nozioni del senso comune e della normale esperienza, queste nozioni debbono essere esplicitate, e il loro impiego deve pure essere giustificato.*”

sua afinidade com os demais perfis probatórios contidos nos autos do processo¹³⁸⁴. No apreçamento dos resultados da prova testemunhal, o juiz deverá justificar porque considerou mais confiáveis e idôneas as declarações da testemunha X em detrimento daquelas da testemunha Y. A melhor atuação da valoração da prova oral em geral, e da testemunhal em especial, deve calcar-se na racionalidade do juízo bem como na assunção da prova iluminada pelo princípio da oralidade e plasmada pelos subprincípios da imediatidade, da concentração e da identidade física do juiz. Força é convir que, nesta sede, assume especial relevo a psicologia judiciária: da prova e do juízo.

A outro giro, pode ocorrer que o legislador, para configuração dos supostos fáticos ou das consequências jurídicas, utilize termos caracterizados pela generalidade e que, em regra, acolha uma valoração genérica de comportamento, endereçando convite ao aplicador para que, ao respirar as peculiaridades do caso concreto, formule a concretização do conceito, particularizando-o. Trata-se dos assim chamados conceitos juridicamente indeterminados (v. g., boa-fé, perigo iminente)¹³⁸⁵, em que se exige um juízo valorativo singularizado do respectivo aplicador (juiz, administrador público) referenciado às especificações do caso particular¹³⁸⁶. O legislador lança mão da técnica não apenas de cláusulas gerais, como também de conceitos juridicamente indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), ante a intuitiva

¹³⁸⁴ CREVANI, Riccardo. La prova testimoniale. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile**. (Trattato di Diritto Civile e Commerciale), op. cit., p. 273-383, esp. p. 379-380: “In ogni caso, per una corretta valutazione della prova testimoniale, è indispensabile che il giudice vagli approfonditamente l’attendibilità dei testimoni e la credibilità delle loro dichiarazioni, considerandone la coerenza sia interna che esterna. Attraverso la prima analisi (coerenza interna) il giudice verifica l’eventuale esistenza di contraddizioni all’interno di una stessa deposizione; la seconda analisi (coerenza esterna), invece, è diretta a controllare se la singola deposizione sia compatibile con gli altri elementi probatori acquisiti, tra cui in primis le altre testimonianze. Questa valutazione di attendibilità dei testimoni e di credibilità delle loro dichiarazioni risulta particolarmente delicata soprattutto nei frequenti casi di deposizioni che, almeno in parte, risultano essere tra loro contrastanti.”

¹³⁸⁵ Exemplos de conceitos jurídicos indeterminados descobrem-se no art. 6º do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

¹³⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 96: “Conceitos indeterminados são aqueles utilizados pelo legislador para a configuração dos supostos fáticos e mesmo das consequências jurídicas, cujo sentido pede do aplicador uma *explícita* determinação. (...) É como se o legislador, cômico da generalidade dos termos que tem de usar e da impossibilidade de particularizá-los ele próprio sob o risco de uma casuística sem fim, convocasse o aplicador para participar da configuração do sentido adequado. (...) Os conceitos normativos também pedem do decididor uma co-participação na determinação do seu sentido, porque são indeterminados como os anteriores e, além disso, constituem, de per si, *valoração* de comportamento cujos limites serão especificados na decisão. Assim o são, por exemplo, o conceito de “mulher honesta”, “dignidade”, “honra” etc. São normativos, portanto, conceitos que encerram uma valoração genérica que exige, na decisão do conflito, uma *concretização*.” (Grifos no original).

impossibilidade de disciplinar, minuciosamente, as incalculáveis situações práticas integrantes do mundo de carne e osso.

O legislador, por dizê-lo assim, emite um cheque em branco, cujo montante, mediante exercício de juízos valorativos e discricionários, será particularizado pelo juiz, à luz das especificidades do caso concreto. A atividade de concretização dos conceitos juridicamente indeterminados (e das cláusulas abertas) envolve interpretação criativa a cargo do juiz, atento aos fortes ventos mutantes da pós-modernidade, na perspectiva do fenômeno da globalização. A noção de concretização do conceito juridicamente indeterminado não se contenta com a singela referência ao preceito legal que o hospeda, senão que, viajando do olimpo da abstração ao mundo de carne e osso, cumpre ao juiz levar em conta as especificações do caso particular¹³⁸⁷.

As regras de experiência comum, a par de sua função de apuração dos fatos relevantes da causa, na valoração pelo juiz do resultado das provas e na interpretação de textos normativos, desempenham peculiar papel na concretização dos conceitos jurídicos indeterminados¹³⁸⁸, adotando, com base em critérios de equidade, de razoabilidade e de proporcionalidade, solução mais oportuna e adequada, à luz das peculiaridades do caso concreto, e que melhor atenda às necessidades de tutela do direito material¹³⁸⁹.

Na operação concretizadora dos conceitos juridicamente indeterminados, ao juiz se defere largo espectro de liberdade, notadamente com a formulação de juízos de valor. Semelhante estado de coisas não se confunde com o fenômeno da discricionariedade, caracterizada por considerações de conveniência e de oportunidade na eleição entre duas ou mais possibilidades de solução. Nada obstante verificar-se, em ambos os panoramas, maior flexibilização na esfera de atuação do juiz, o problema da concretização dos conceitos

¹³⁸⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, op. cit., p. 119-120: “Isso nos leva a uma questão afim, a dos chamados “conceitos juridicamente indeterminados”. (...) Como deve o juiz comportar-se diante de tais expressões? Evidentemente não basta que ele afirme ter o réu cometido o homicídio por motivo torpe: seria mera repetição do texto legal. Cumpre que o juiz concretize o conceito para a espécie que está sob seu exame. É preciso descer à realidade concreta, a fim de explicar por que é torpe o motivo que impeliu o agente à prática da infração. Isso naturalmente pressupõe que se esclareça a acepção do adjetivo “torpe”; não, todavia, em termos genéricos e abstratos, mas tendo em vista a hipótese em foco.”

¹³⁸⁸ Idem. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, op. cit., p. 66-68.

¹³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 87: “Nesses casos, a concretização da norma deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição se funda no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. (...) e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, preencher os conceitos jurídicos indeterminados ou individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito material.”

jurídicos indeterminados gravita na órbita da definição do fato, enquanto que a discricionariedade está hospedada no hotel de suas consequências jurídicas¹³⁹⁰. Nada impede que o legislador se sirva de ambas as técnicas em uma mesma norma: lance mão de um conceito juridicamente indeterminado e confie à discricção do juiz a eleição da solução aceitável à espécie.

A identificação da finalidade da norma, mediante procedimento hermenêutico que abone o poder discricionário do juiz (adoção da melhor solução entre aquelas validamente admitidas pela norma) ou que abrigue conceitos juridicamente indeterminados (a determinação da solução cabível à espécie), deve, também, ser objeto de justificação. É dizer: a motivação, dotada de argumentação tópica, axiológica e teleológica, é o único meio para que se possa aferir se o juiz observou, ou não, a finalidade que anima a regra jurídica, de acordo com os padrões valorativos que informam o sentimento médio de uma comunidade e as especificidades do caso concreto¹³⁹¹.

A escolha e a aplicação pelo órgão julgador das chamadas regras-máximas de experiência não prescindem de uma completa exteriorização dos fundamentos em que se assentam¹³⁹². Entretanto, a praxe forense concernente às motivações em sede de utilização de conceitos juridicamente indeterminados não se afeiçoa, nem de longe, ao modelo ideal de fundamentação: inexistente adequada justificação seja dos critérios que estribam a concretização da norma, seja de sua incidência à espécie *sub judice*. A possibilidade de controle racional do juízo de fato, fundado em tais máximas de experiência, vê-se massacrada pela roda da

¹³⁹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, op. cit., p. 66: “Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber, o “fato” (*Tatbestand, fattispecie*) e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do “fato”, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso, bem se compreende, quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador.”

¹³⁹¹ BUFULIN, Augusto Passamani. Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, p. 27-40, jan./mar. 2009, esp. p. 38.

¹³⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 166: “Daí a fundamental importância, para o referido controle, da enunciação expressa não só da máxima de experiência adotada, mas também de razões que justificaram a sua escolha (especialmente a existência de um consenso difuso em relação ao seu fundamento), bem como dos critérios racionais que presidiram a aplicação no caso decidido. Sem uma completa justificação a respeito do procedimento intelectual realizado pelo juiz para chegar a essas opções será inviável controlar a correção e a racionalidade do juízo de fato fundado nesse tipo de regra.”

irresponsabilidade¹³⁹³ e da falta de compromisso com a jurisdição. As motivações aqui se reduzem a fórmulas vazias, que se empobrecem com a mera reprodução de dispositivos legais: é o escambo do civilizado reino dos porquês pelo bárbaro império da irracionalidade. Na realidade constituem uma não motivação, pois refogem aos critérios racionais intersubjetivos de controle. O legislador brasileiro, sob boa luz e atento ao dever-ser no tocante à fundamentação da decisão judiciária que opere com conceitos juridicamente indeterminados, exige no Projeto de Código de Processo Civil que o juiz explicithe as razões justificativas de sua incidência concreta no caso particular, como, de resto, ressumbra do teor do art. 499, § 1º, inciso II: “São elementos essenciais da sentença: § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;”.

Os juízos valorativos formulados pelo órgão julgador, para embasar os pronunciamentos de natureza decisória, hão de ser, *a fortiori*, adequadamente justificados (interna e externamente), a fim de que o rochedo da discricionariedade judicial não resvale para o despenhadeiro da arbitrariedade¹³⁹⁴. Significa dizer que ao juiz não é dado emudecer sobre os enunciados axiológicos alocados na base de sua decisão: as pautas de valoração são previamente definidas pelo ordenamento jurídico, radicadas nos princípios acolhidos na Constituição. A justificação dos critérios de decisão implica demonstrar sua harmonia com aquela pauta fundamental de valores (v. g., dignidade da pessoa humana, igualdade, fraternidade, liberdade, justiça). Todavia, na prática forense se divisam, amiúde, valorações que, embora destituídas das mais tênues razões justificativas, revestem-se de verdades absolutas, como se prescindissem de demonstração ou de justificação¹³⁹⁵, reduzindo-se,

¹³⁹³ DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 5805-5822, 2010, esp. p. 5814.

¹³⁹⁴ AMORIM, Letícia Balsamão, op. cit., p. 72: “Enfim, somente externando os motivos que levaram à tomada de decisão, enfrentando o problema dos valores, não os “iludindo”, poder-se-á alcançar a racionalidade das sentenças capaz de gerar consenso de que aquela decisão obedeceu aos parâmetros da imparcialidade, da legalidade e também da legitimidade. Infelizmente, o risco de que a decisão se traduza numa escolha subjetiva e arbitrária não é apenas uma eventualidade teórica, mas é uma possibilidade, diariamente presente na prática judicial. Portanto, apenas uma motivação entendida nos seus devidos termos (que inclua a justificação interna e externa dos juízos de valor) é capaz de limitar o poder judicial, sendo um verdadeiro remédio contra o risco de que a discricionariedade judicial degenere em arbítrio.”

¹³⁹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions des cours d’appel, op. cit., p. 124: “On rejoint à ce point-là le problème de la justification des jugements de valeur. La plupart des arrêts inclinent à se montrer plutôt réticents à cet égard. Il est certes impossible d’éliminer de évaluations tout éléments subjective. Cela n’est du reste pas grave, au moins dans la mesure où la subjectivité s’assume comme telle et se soumet de ce fait au contrôle extérieur. Le plus grand danger, dans cette matière, est que

irracionalmente, semelhante juízo de valor à intolerável vontade de comando: *sic volo, sic iubeo*. É dizer: a motivação hospedará em seu ventre o gérmen da incompletude, quando o órgão julgador não justificar racionalmente os juízos de valor formulados para concretizar, v. g., normas abertas que determinam a decisão¹³⁹⁶.

Noutro giro, os ordenamentos jurídicos contemporâneos exigem, em regra, que o Estado-juiz ofereça sempre uma resposta aos casos concretos postos à sua decisão. Não lhe é lícito pronunciar um juízo de *non liquet*, pois tem dever de decidir, resolvendo o direito e as questões entre as partes. Nessa proibição, pode-se vislumbrar, em maior ou menor escala, a legitimação da criação judicial do Direito, máxime quando o Parlamento não cumpre, por desígnios políticos, sua função legiferante. Pode acontecer que aquela resposta não se encontre, expressamente, no ordenamento jurídico-positivo ou que não haja norma positiva geral e abstrata regulando a matéria. Em casos tais, com plenitude hermenêutica, ao juiz é dado esculpir, originalmente, a solução do caso particular, mediante aplicação de outras pautas, como, por exemplo, costume, princípios gerais de direito, equidade¹³⁹⁷, regras-máximas de experiência comum, além da analogia (quando permitida).

O problema da discricionariedade judicial, feita abstração da doutrina atualmente minoritária que repele a possibilidade de discricção do órgão julgador, relaciona-se com o dos limites do ordenamento jurídico e à (in)determinação do Direito, decorrente, por exemplo, de lacunas, de antinomias, de atribuição de sentido aceitável à norma aplicável, ou de vácuo normativo consistente na impossibilidade mesma de o legislador antever todas as soluções das multifárias hipóteses que passeiam no mundo de carne e osso. De sorte que, por exemplo, em visão hartiana, nos chamados “casos difíceis”, em que as decisões não estão completamente disciplinadas pelas regras do ordenamento jurídico e as diferentes opções interpretativas são

la cour garde le silence sur ses prémisses (philosophiques, morales, idéologiques, politiques) ou essaie de faire passer ses évaluations pour des vérités apodictiques.”

¹³⁹⁶ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia, op. cit., p. 205-206.

¹³⁹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 119: “Em um ordenamento em que faltasse a segunda regra, o juiz seria, sim, obrigado a julgar todos os casos, mas não seria obrigado a julgá-los com base em uma norma do sistema. É o caso do ordenamento que autoriza o juiz a julgar, na falta de um dispositivo de lei ou da lei dedutível, segundo a equidade. Podem ser considerados ordenamentos desse tipo o ordenamento inglês e, embora em menor medida, o suíço, que autoriza o juiz a resolver a controvérsia, na falta de uma lei ou de um costume, como se ele mesmo fosse legislador. Em um ordenamento em que o juiz esteja autorizado a julgar segundo equidade, subentende-se que o fato de que o ordenamento seja preventivamente completo não possui nenhuma importância, vez que pode ser completado a todo momento.”

mais escassas, haveria um espaço mais dilatado para o juiz desenvolver sua discricionariedade.

Não seria despropositado dizer que a discricionariedade, em níveis diferentes, é ínsita à própria função jurisdicional¹³⁹⁸, pois o juiz, como ser humano, tem a capacidade de discernir e, portanto, de eleger entre diversas hipóteses de solução *in facto* e *in iure*¹³⁹⁹. Discrição judicial, em suas multiformes acepções e em cada contexto, pode denotar¹⁴⁰⁰: (i) discernimento, sensatez, bom juízo; (ii) especial discernimento; (iii) caráter definitivo de certas decisões, quando não estão sujeitas à revisão; (iv) discrição forte dworkiniana, consistente na possibilidade de eleição responsável entre dois ou mais cursos de ação igualmente válidos e admissíveis¹⁴⁰¹; (v) ausência de qualquer resposta pelo ordenamento jurídico, atuando, por assim dizer, o juiz como “legislador”¹⁴⁰².

Diante de norma de textura aberta (v. g., cláusulas gerais, conceitos juridicamente indeterminados)¹⁴⁰³, que povoam os textos normativos, o juiz não se apresenta como um ser inanimado, tampouco uma máquina. Ele formula juízos de valor e tem liberdade no tocante aos critérios de escolha ou de valoração das provas¹⁴⁰⁴. Descortinam-se, no lugar de regras

¹³⁹⁸ No tocante às assim chamadas sentenças determinativas (ou, para alguns, dispositivas), cujo estribilho está na atividade discricionária do juiz, sendo exemplo clássico a decisão judicial que fixa alimentos, vide ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças determinativas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p.159-168, abr./jun. 1976, esp. p. 160.

¹³⁹⁹ SEGURA ORTEGA, Manuel. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 100.

¹⁴⁰⁰ Para uma resenha dos diversos sentidos que a locução “discrição judicial” pode assumir, vide RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 566-568.

¹⁴⁰¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF). p. 50-63.

¹⁴⁰² MACCORMICK, D. Neil. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do direito). p. 177: “Quanto maior o nível de discricionariedade, mais o juiz se assemelha a um legislador, estabelecendo suas próprias sentenças sobre pontos discutíveis, mesmo que, ao fazê-lo, ele esteja ainda interpretando e aplicando *standards* jurídicos relativamente vagos.”

¹⁴⁰³ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 388-389: “A exigência de normas claras e precisas, que previamente programam de modo exacto as medidas concretas tomadas pelo poder do Estado e que tornam estas últimas previsíveis e calculáveis, encontra, no entanto, já um limite no facto de a maioria dos conceitos jurídicos não ser exactamente determinável em termos semânticos. Além do mais, a aspiração a uma precisão normativa demasiado rígida contrariaria a necessidade de uma adequação material concreta: pois, por princípio, é impossível pré-determinar exactamente, por normas gerais, uma decisão justa para todos os momentos da vida. Por este motivo, as leis outorgam frequentemente às autoridades não só margens de apreciação mas também de discricionariedade (actuação) para que se possa decidir, caso a caso, segundo considerações materialmente adequadas.”

¹⁴⁰⁴ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. p. 409: “*La concezione della motivazione come giustificazione razionale del giudizio, valida in linea generale anche per numerose altre ragioni, trova dunque un sostegno particolare nell’esigenza di controllo che deriva dalla discrezionalità del*

jurídicas ideais, decisões reais e juridicamente prescritivas dos juízes e dos tribunais. Entretanto, o preço que deve pagar, em uma linha graduada maior ou menor de discricionariedade judicial, é o da eterna justificação jurídica e racional dos critérios de juízo empregados, ministrando-se, expressamente, razões válidas alocadas na base da decisão¹⁴⁰⁵. Nessa perspectiva, o dever do juiz de decidir conforme o Direito não é incompatível com a atividade de descrição judicial, jungido a parâmetros de razoabilidade e nos confins da juridicidade¹⁴⁰⁶, pois o juiz deve exteriorizar razões e critérios que, em reverência ao princípio de universalidade, justifiquem este ou aquele caminho escolhido, entre alternativas admissíveis, para alcançar sua decisão¹⁴⁰⁷. A liberdade de eleição, que é o cerne essencial da discricionariedade, não se afigura absoluta, haja vista que ao juiz cumpre prestar contas (*reddere rationem*) através da motivação, fornecendo as razões pelas quais formula uma decisão¹⁴⁰⁸.

Quando a eleição é justificada jurídica e racionalmente, o decisório conforma-se ao Direito. A liberdade de escolha, como já observado, é a pedra de toque da discricionariedade. Entrementes, é a motivação que extrema a discricionariedade da arbitrariedade judicial¹⁴⁰⁹.

giudice nell'impiego e nella valutazione delle prove: proprio la motivazione così concepita realizza infatti la funzione di controllo su tale discrezionalità, obbligando il giudice a giustificare le proprie scelte e rendendo possibile un giudizio successivo su di esse, nel processo e fuori del processo. Tutto questo porta a dire che, quando la motivazione in fatto è tale da rispondere adeguatamente alla propria funzione, essa soddisfa all'esigenza di controllo sulla razionalità del ragionamento del giudice sulle prove."

¹⁴⁰⁵ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 567-568: “*Para la mayoría de los autores la actuación discrecional continúa estando sometida a estándares de racionalidad y de justificación. Por otro lado, al juez no se le faculta expresamente a elegir, pero, de facto, se encuentra con varias posibilidades de elección y todas son igualmente válidas. Hay varias posibles respuestas igualmente válidas o correctas.*”

¹⁴⁰⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 270-271: “O abandono da ilusão de que o raciocínio jurídico alcance a univocidade do pensamento matemático, não nos fará reféns das arbitrariedades temidas pelo pensamento conservador, porquanto não se deve confundir *discricionariedade* com *arbitrariedade*. O juiz terá - na verdade sempre teve e continuará tendo, queiramos ou não -, uma margem de descrição dentro de cujos limites, porém, ele permanecerá sujeito aos princípios da *razoabilidade*, sem que o campo da juridicidade seja ultrapassado.” (Grifos no original).

¹⁴⁰⁷ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 569-570: “*Por otro lado, la decisión discrecional requiere no sólo una elección entre alternativas sino la justificación de tal elección. La justificación ha de ser general y no basada en razones particulares, esto es, “sin el compromiso de que se actuaría del mismo modo siempre que dieran circunstancias similares” (...). El juez simplemente especifica, concreta, elige entre alternativas que, previamente, le han sido señaladas por el legislador. Elige, no crea ex novo, y por ello no puede entenderse que su actividad discrecional presente problemas de legitimidad democrática.*”

¹⁴⁰⁸ MACCORMICK, D. Neil, op. cit., p. 171: “Certamente, o exercício apropriado da discricionariedade é moldado pela necessidade de desenvolver bases para a decisão que forneçam algum tipo de racionalidade à decisão imediata no caso difícil, manifestada em uma “preocupação em desenvolver algum princípio geral aceitável como uma base justificada para a decisão.”

¹⁴⁰⁹ SEGURA ORTEGA, Manuel, op. cit., p. 75: “*Para finalizar con los elementos de la discrecionalidad es necesario referirse a la exigencia de motivación. Ya se dijo en su momento - y en este aspecto hay un*

Ademais, uma decisão é arbitrária menos porque, eventualmente, não haja razões em seu prole, muito mais, porque o juiz arbitrário carece de razões tendentes a justificá-la. A discricionariedade acabou se contaminando pela radioatividade pejorativa da arbitrariedade, em cujo âmbito, desprovida de razões justificativas, a decisão é fruto exclusivo da vontade¹⁴¹⁰. Contudo, apenas esta última representa o vetusto aforismo *sic volo, sic iubeo*, que, na experiência forense, sobreviveu à poeira dos séculos.

Demais disso, não se pode aceitar que o juiz, por exemplo, na admissão dos meios de prova e na valoração de seus resultados, de maneira razoável, bem como na qualificação dos fatos relevantes para o julgamento da causa, ou mesmo na identificação e interpretação da regra jurídica aplicável, conquanto tenha maior elastério, se desgarre dos parâmetros de racionalidade e de exigência de justificação¹⁴¹¹. Com efeito, ao juiz cumpre fundamentar sua decisão que ordenar diligências indispensáveis à instrução do processo, bem como, ainda, o pronunciamento que reputar impertinente e irrelevante determinado meio de prova requerido pelas partes¹⁴¹². Cabe-lhe, igualmente, exprimir as razões de seu conhecimento, sopesando os resultados probatórios constantes dos autos do processo e evidenciando por que lhes atribuiu o valor *probandi* com que foram abonados.

Merece menção à parte o problema da prova no “desvio de poder” pelo administrador público no uso de poder discricionário. Em casos tais o administrador público, fugindo do escopo do interesse geral, público, camufla o real motivo que o inspirou na prática do ato,

acuerdo total - que la presencia de la motivación es lo que diferencia una actuación discrecional de otra arbitraria.”

¹⁴¹⁰ Sobre o controle da discricionariedade judicial através da motivação, vide ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 160-163.

¹⁴¹¹ SEGURA ORTEGA, Manuel, op. cit., p. 89-90: “Por conseguinte, parece claro que el camino que recorre el juez en el establecimiento de los hechos debe estar justificado de manera que se pueda comprender el sentido de su actuación y, sobre todo, el proceso de selección y elección de los hechos. En este sentido “la concepción de la motivación como justificación racional del juicio, válida en línea general también por otras muchas razones, encuentra un apoyo particular en la exigencia de control que deriva de discrecionalidad del juez en la utilización y en la valoración de las pruebas: así concebida, la motivación cumple precisamente la función de control de aquella discrecionalidad, obligado al juez a justificar sus propias elecciones y haciendo posible un juicio posterior sobre ellas, en el proceso y fuera del proceso.”

¹⁴¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, op. cit., p. 112: “Al rechazar una iniciativa de la parte el juez tiene el deber de justificar la negativa, declarando el motivo por que la prueba requerida es, en su opinión, inútil. Eso implica un juicio de relevancia obviamente distinto del juicio sobre la fuerza persuasiva de la prueba y previo a este; es intuitivo que, si la diligencia no llega a realizarse, porque el órgano judicial no la estima relevante, queda ipso facto excluída la cuestión de su valoración. En el juicio de relevancia, el juez tiene que raciocinar admitiendo, hipotéticamente, que sean veraces las alegaciones de la parte y, en tal supuesto, si la diligencia es capaz de producir un resultado útil para la respectiva demostración. El rechazo de la petición será obligatoriamente justificado.”

oferecendo fundamento meramente formal. O exemplo clássico, que não é meramente acadêmico, é o da edição de um decreto expropriatório de imóveis que, apenas aparentemente, estava apoiado no interesse público (construção de uma estrada), mas que, na realidade, escondia o móvel inspirador do ato, consistente em interesses meramente pessoais da chefia do Poder Executivo (a tal estrada iria beneficiar uma fazenda de sua propriedade). Pode acontecer, e não raro acontece, a inexistência real dos motivos invocados e, mais geralmente, a ausência de motivos plausíveis¹⁴¹³. Nesse campo, como bem se compreende, os indícios assumem especial relevo na revelação do verdadeiro móvel do administrador (v. g., contradição do ato com atos anteriores, simultâneos ou posteriores; concretização de finalidades contraditórias entre si; motivação exagerada).

Um passo à frente, o cânone de razoabilidade há de ser, também, observado pelo órgão julgador em sua atividade de eleição entre duas ou mais possibilidades, no fito de formar sua convicção. O convencimento judicial é livre, mas, necessariamente, motivado. Assim também se dá nas opções valorativas do órgão julgador, sobretudo, com mais elevada dose de liberdade, para concretizar a hipótese factual de um conceito juridicamente indeterminado¹⁴¹⁴, presididas por critérios de racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

A regra de ouro é a seguinte: a discricionariedade do juiz não o isenta da exigência de motivação pública no que concerne aos seus critérios de escolha¹⁴¹⁵; antes, ao contrário, fortalece a necessidade de justificação jurídica e racionalmente válida de suas preferências valorativas (axiológicas)¹⁴¹⁶, sob pena de se vulnerar o direito fundamental à tutela

¹⁴¹³ CRETELLA JÚNIOR, J. A prova no “desvio de poder”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 197-216, out./dez. 2002, esp. p. 198: “No caso, a prova, regra geral, é difícil. Assim como os sintomas denunciadores de moléstia insidiosa resistem aos esforços do especialista para fazer o diagnóstico que revele a causa do mal, a *prova do desvio de poder* desafia também a argúcia do intérprete que pretende surpreender o *animus* do administrador, mascarando-se essa conduta de maneira sutil e escapando, não raro, à apreensão objetiva. A seguir apresentaremos as mais evidentes condutas ou deslizes, provas que permitem identificar o ato administrativo editado com *desvio de poder*: a) contradição do ato com conduta posterior do administrador; b) contradição do ato com conduta anterior; c) motivação contraditória; d) motivação insuficiente; e) alteração dos fatos; f) ilogicidade manifesta; g) injustiça patente; h) disparidade de tratamento; i) derrogação de norma interna; j) precipitação com que o ato foi editado; l) inexistência, de fato, dos motivos apresentados pelo administrador para justificar a decisão tomada; m) desigualdade de tratamento dispensada aos interessados; n) caráter sistemático de certas proibições; o) caráter geral atribuído à medida que deveria permanecer particular; p) circunstâncias locais que antecederam a edição do ato; q) feixe convergente de indícios.” (Grifos no original).

¹⁴¹⁴ MACCORMICK, D. Neil, op. cit., p. 176: “A discricionariedade do juiz é a discricionariedade de agir como parece correto e apropriado, em coerência com os princípios jurídicos, os valores jurídicos e outros *standards* jurídicos aplicáveis.”

¹⁴¹⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 160-163.

¹⁴¹⁶ Em percuciente passagem acerca do binômio discricionariedade-dever de motivar, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 87-88: “Vale acentuar que a necessidade da motivação se torna mais

jurisdicional efetiva e justa. No quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, tanto o juízo de valor¹⁴¹⁷ quanto os critérios de juízo hão de ser justificados, por meio de razões jurídicas e racionalmente válidas que permitam a correspondente controlabilidade endo e extraprocessual¹⁴¹⁸.

A motivação da decisão judicial é uma consequência (ou melhor: condição) necessária da própria função jurisdicional. O dever de motivar não é propriamente um dever adicional ao de decidir conforme o Direito. Na realidade, a obrigatoriedade de motivação adequada é um pressuposto essencial de formulação da decisão, embora em momento distinto, conforme o Direito e representativa de tutela jurisdicional efetiva¹⁴¹⁹. Motiviar uma decisão jurisdicional é ministrar os motivos pelos quais foi pronunciada determinada decisão e não outra distinta. O juiz deve demonstrar, em processo justificativo (a ação de justificar ou de motivar, que culmina com a exposição da justificação ou da motivação), que os critérios de escolha ou de valoração empregados na decisão são válidos e conformes ao Direito¹⁴²⁰, máxime quando o juiz, sendo-lhe autorizado pela lei, decida discricionariamente¹⁴²¹.

premente na medida em que se reconhece o papel desempenhado, no processo decisório, pelas opções valorativas do julgador, por exemplo ao concretizar conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, “exercício regular de direito”, “interesse público” e outros análogos; e que as hipóteses de discricção concedidas pelo ordenamento ao órgão judicial marcam justamente os pontos mais sensíveis do problema: ao contrário do que pareceria à primeira vista, a motivação é tanto mais necessária quanto mais forte o teor de discricionariiedade da decisão já que apenas à vista dela se pode saber se o juiz usou bem ou mal a sua liberdade de escolha, e sobretudo se não terá ultrapassado os limites da discricção para cair no arbítrio.”

¹⁴¹⁷ PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**, op. cit., p.174-175: “Basta-nos assinalar como o que se qualificava de lógica dos juízos de valor se destaca a partir da análise de diversas formas de justificação. Essa lógica não-formal nada mais é que a técnica da argumentação, com toda a sua riqueza, mas na qual se vê, melhor do que outro caso de aplicação, a constante interação entre pensamento e ação. De fato, embora a justificação de uma conduta vise a livrá-la de toda reprovação e de toda censura, a não a deixar sujeita ao impacto de uma condenação fundamentada, não podemos esquecer que a justificação também pode concernir a uma atitude, a uma disposição a crer, a uma pretensão a saber. (...) Assim é que toda filosofia que se quer racionalista e que não pretende limitar o racional ao evidente deverá, em sua teoria do conhecimento, para tornar possível uma tentativa qualquer de justificação racional, elaborar as normas e fornecer os critérios de uma argumentação convincente. Uma teoria geral da argumentação nos parece, pois, dever constituir uma condição prévia para qualquer axiologia da ação e do pensamento.”

¹⁴¹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit., p. 93-94.

¹⁴¹⁹ HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 143.

¹⁴²⁰ *Ibidem*, p. 145-146.

¹⁴²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, op. cit., p. 119: “A motivação suscita maior número de questões. A primeira afirmativa, que convém repetir, é da indispensabilidade da motivação, em qualquer hipótese, inclusive quando o juiz, podendo fazê-lo, decide discricionariamente. É falsa a idéia de que o ato discricionário não precisa ser fundamentado. Deve-se repelir energicamente essa concepção. Quando o ato é discricionário, torna-se até mais necessária a motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio: *sic volo, sic jubeo*. Se a lei concede ao juiz a

A conexão necessária entre discricionariedade judicial e motivação, em seu principal aspecto, reflete-se na afirmação de que a legitimidade da própria decisão judiciária será tanto maior quanto possa ser o controle da discricionariedade. O instrumento de efetivo controle de racionalidade, para garantir que a discricionariedade foi bem exercitada e de maneira legítima pelo juiz, ajustando-se à racionalidade¹⁴²² em cada caso concreto, é a motivação¹⁴²³. O elemento discricionário envolvido na categorização de fatos relevantes no juízo, quando desacompanhada de razões justificativas jurídica e racionalmente válidas, enreda-o pelo ilegítimo descaminho da arbitrariedade. A arbitrariedade, pois, é a antítese do cânone da racionalidade. Fique claro que a discricionariedade do juiz não se confunde com eleições irresponsáveis, nem com escolhas irracionais, tampouco com opções inválidas. Nesse aspecto, na contramão da garantia fundamental de tutela jurisdicional efetiva, uma decisão judicial arbitrária, irracional e irrazoável jamais poderá ser considerada como fundada no Direito, mas simples e arbitrário ato de vontade do julgador¹⁴²⁴. A motivação substancial, adequada e racionalmente válida¹⁴²⁵, mais do que uma exigência puramente formal, afeiçoada à legalidade ou à juridicidade, a par de conferir legitimidade à discricionariedade judicial, impede que esta venha a se degenerar em arbitrariedade.

No Estado Constitucional Democrático de Direito todo exercício de poder, discricionário ou não, deve transcorrer de maneira racional e legítima, sendo transparentemente ancorado em justificação válida. E a motivação, além de expressão de

possibilidade de optar entre várias soluções, ele há de explicar por que uma lhe pareceu mais apropriada que as outras.”

¹⁴²² ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 162: “*La discrecionalidad, por tanto, es legítima cuando se ajusta a la racionalidad y arbitraria cuando no puede justificarse que exista dita racionalidad, aunque haya una motivación formal.*”

¹⁴²³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 405.

¹⁴²⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel*, op. cit., p. 128: “*Quant à la motivation in iure, abstraction faite des problèmes courants d’herméneutique, toujours susceptibles d’entraîner bien des difficultés, ce qui attire principalement l’attention est la question des jugements de valeur: les cours non seulement s’abstiennent, en règle générale, d’expliciter leurs choix, mais elles ont tendance à les dissimuler - volontairement ou non - sous de faux raisonnements de logique formelle. Ce genre de carence prend un aspect particulièrement fâcheux lorsqu’il s’agit de concepts juridiques indéterminés et de décisions discrétionnaires: contrairement à ce que certains pensent, le besoin d’une justification est ici encore plus pressant qu’ailleurs.*”

¹⁴²⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 161: “*La primera tesis, que podemos denominar como la tesis de la motivación formal, entiende la propia fundamentación de la decisión como una exigencia puramente formal prescrita por el Derecho positivo. Y, por eso mismo, el control de la discrecionalidad judicial tan sólo exige que haya un simple ajuste formal a la legalidad vigente en cuanto a la motivación de la decisión judicial. Por el contrario, desde la tesis de la motivación material, la discrecionalidad no se agotaría en la legalidad, sino que la trasciende, exigiendo un control efectivo de su racionalidad a través de la motivación.*”

racionalidade da decisão, constitui, mais amplamente, o fator de racionalidade (e, portanto, de legitimidade democrática) do exercício do poder jurisdicional. Definitivamente, a motivação é um dique de contenção da arbitrariedade judicial.

8.6.3 Analogia: limites, possibilidades da interpretação integrativa e argumento *a contrario sensu*

Na dimensão da falibilidade humana e da riqueza multifária da vida em sociedade, não é razoável exigir que, para todo e qualquer caso, haja uma norma no ordenamento jurídico. Equivale a asserir que nem sempre o sistema é capaz de ofertar uma regra de regência para um comportamento específico, nem para permiti-lo, tampouco para proibi-lo. Semelhante constatação da natureza das coisas desfaz a quimera de plenitude do ordenamento jurídico. A situação comportamental, por assim dizer, descansaria no limbo. Assim, o tema da (in)completude conexiona-se com o problema das lacunas, em um de seus sentidos: a ausência de uma norma¹⁴²⁶, seja de natureza constitucional, seja de caráter infraconstitucional. O jurista somente pode trabalhar hipoteticamente com o dogma da ordem jurídica fechada: um sistema logicamente sem lacunas¹⁴²⁷.

A técnica da integração, em sede de incompletude do ordenamento jurídico¹⁴²⁸, em suas modalidades normativas (do comando, do proibido e do permitido), por deficiência de normas, destina-se a eliminar as lacunas reais ou próprias, ou seja, solucionar um caso não

¹⁴²⁶ ROCHA, José de Moura. A interpretação e as leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 42, abr./jun. 1986, p. 12-36, esp. p. 26.

¹⁴²⁷ Sobre as lacunas da Constituição - que não se confundem com as chamadas omissões legislativas - e sua integração, vide MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 455-457, esp. p. 457: “O ser a Constituição formal um sistema de normas distinto dentro do sistema jurídico global não confere a cada uma dessas normas natureza excepcional, com a forçosa consequência de insusceptibilidade de analogia. E certas normas, excepcionais na perspectiva global do ordenamento jurídico (como sucede com as normas sobre imunidade), podem não o ser, na perspectiva específica e menos ampla do sistema constitucional. Por isso mesmo a integração das lacunas de normas formalmente constitucionais deve ser feita no interior da Constituição formal à luz de valores da Constituição material, sem recurso a normas de legislação ordinária.”

¹⁴²⁸ Releva notar que o fenômeno da textura aberta da linguagem, do qual resulta indeterminação linguística, configura um dos fatores concernentes às lacunas no direito ou à noção de incompletude do sistema jurídico. Sobre a relação entre a textura aberta da linguagem e as lacunas no direito, vide STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 99-110.

regulado pelas leis vigentes em determinado ordenamento jurídico¹⁴²⁹. Ademais, no tocante aos motivos que acarretam as lacunas, existem outros tipos¹⁴³⁰: (i) subjetivas, quando o motivo é imputável ao legislador; (ii) objetivas, que estão sujeitas, v. g., ao incremento das relações sociais, suscetíveis de causar a erosão dos textos legislativos (já se disse, com propriedade, que o legislador está sempre em mora com os fatos sociais). Por seu turno, as lacunas subjetivas se subdividem em (i) involuntárias, quando o legislador, por distração ou negligência, deixe de regular um caso que pensa ter regulado; (ii) voluntárias, em que, mediante silêncio eloquente, o próprio legislador deserta, propositadamente, de regular o caso (v. g., ante a complexidade do tema), depositando fé na interpretação pelo juiz em cada espécie concreta (normas diretivas)¹⁴³¹. Outra distinção: (i) *praeter legem*, que se insinuam quando as regras expressas, por serem demasiado específicas, não abraçam todos os casos possíveis; (ii) *intra legem*, quando, ao revés, as normas são demasiado genéricas e, intrinsecamente, evidenciam cavidades que caberá ao juiz preencher com *botox* argumentativo; as lacunas voluntárias, em linha de princípio, são *intra legem*¹⁴³².

Há dois métodos distintos para completar um ordenamento jurídico, em terminologia carneluttiana: (i) heterointegração, que consiste na integração operada por meio de acesso a ordenamentos diversos, ou seja, em caso de lacuna no direito positivo, o juiz, seguindo a tradição jusnaturalista, lança mão do direito natural; (ii) autointegração, cujo preenchimento de lacunas no direito positivo dá-se no âmbito da própria fonte dominante, isto é, através do próprio ordenamento¹⁴³³.

¹⁴²⁹ Sobre a distinção entre lacunas próprias (reais) e lacunas impróprias (ideológicas), vide BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**, op. cit., p. 140: “O que os dois tipos de lacuna têm em comum é que designam um caso não regulado por leis vigentes num dado ordenamento jurídico. O que as diferencia é o modo como podem ser eliminadas: a lacuna imprópria, somente por meio da emanção de novas normas; a lacuna própria, mediante as leis vigentes. As lacunas impróprias só podem ser completadas pelo legislador; as lacunas próprias podem ser completadas por obra do intérprete. Mas quando dizemos que um sistema é incompleto, estamos nos referindo às lacunas próprias, e não às impróprias. O problema da completude do ordenamento jurídico é o problema de saber se existem e como são eliminadas as lacunas próprias.”

¹⁴³⁰ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 140-142.

¹⁴³¹ *Ibidem*, p. 141: “Muitas normas constitucionais são, em relação ao legislador ordinário que deverá aplicá-las, puras e simples diretivas: antes, algumas normas constitucionais de caráter geral não podem ser aplicadas se não estão integradas. O legislador que as estabeleceu não ignorava que eram lacunosas, mas a função delas era justamente estabelecer uma diretiva geral que deveria ser integrada ou preenchida sucessivamente por órgãos mais adequados para tal finalidade.” Assim, TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 62-63.

¹⁴³² BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 142: “As lacunas voluntárias, sobre as quais se discorreu há pouco, em geral, são *intra legem*. No primeiro caso, a integração consistirá em formular novas regras *ao lado* daquelas expressas; no segundo caso, as novas regras deverão ser formuladas *dentro* das regras expressas.” (Grifos no original).

¹⁴³³ *Ibidem*, p. 144-145.

O método da heterointegração, à sua vez, exhibe três feições: (i) busca socorro no costume (fonte subsidiária à lei: *consuetudo praeter legem*); (ii) procura consolo no direito judiciário; (iii) vale-se da opinião predominante na doutrina¹⁴³⁴, como a autoridade de fonte do direito, em caso de silêncio da lei e do costume. O método de autointegração se consubstancia, sobretudo, em dois procedimentos diversos: (i) analogia¹⁴³⁵, consistente no raciocínio em que se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira similar¹⁴³⁶; (ii) princípios gerais de direito¹⁴³⁷.

¹⁴³⁴ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 146: “Essa hipótese, de resto, não é de todo inventada. Recordemos a Lei das Citações (426 d.C.), de Teodósio II e Valentiniano III, que estabelecia o valor a ser atribuído em juízo à obra dos juristas, e reconhecia antecipadamente plena autoridade a todas as obras de Papiniano, Paulo, Ulpiano, Modestino, Gaio.”

¹⁴³⁵ O Direito italiano vale-se tanto da analogia e, ao depois, dos princípios gerais do direito, no *Codice Civile* italiano de 1942, Disposições Preliminares, art. 12. Interpretazione della legge: “*Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore [c.c.1362 ss.]. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe [d. gen.14]; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato.*”; Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro – redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010), art. 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”; Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 126: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). 3. ed. Atualização de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996, tomo II. p. 374: “A analogia (...) é um dos mais fecundos processos de interpretação, a analogia da lei ou do direito.”; Assim, também, STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre : livraria do Advogado, 2007. p. 129-133; Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 140: “O juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

¹⁴³⁶ KANT, Immanuel. **Lógica**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009. p. 125-126: “§ 84 Indução e analogia – as duas espécies de raciocínios da faculdade de julgar. A faculdade de julgar, ao avançar do particular para o geral, a fim de, a partir da experiência, portanto não *a priori* (empiricamente), deduzir juízos universais, infere *ou de muitas* para todas as coisas de uma espécie, *ou de muitas* determinações e propriedades, em que coisas de uma só espécie concordam, *para as restantes, no caso de pertencerem ao mesmo princípio*. A primeira espécie de inferência chama-se *raciocínio por indução*; a segunda, *raciocínio por analogia*. [IX, 133] Anotações 1. A *indução* infere, pois, do particular para o geral (*a particulari ad universale*) segundo o princípio da *generalização*: *o que convém a muitas coisas de um género convém também às restantes*. A *analogia* infere da semelhança *particular* de duas coisas para a semelhança *total*, segundo o princípio da *especificação*. Coisas de um género, das quais se conhecem muitos elementos concordantes, concordam também no resto que em certos indivíduos deste género conhecemos, mas que noutros não percebemos. A indução amplia o empiricamente dado desde o particular para o geral em relação a *muitos objectos*; a analogia, pelo contrário, estende *as propriedades dadas* de uma coisa a várias outras *justamente da mesma coisa – uma só coisa em muitos*, logo em todos: *indução*; *muitas coisas num só* (que, ademais, existem noutros), logo também o resto no mesmo: *analogia*. Assim, por exemplo, o princípio comprovativo a favor da imortalidade a partir do pleno desenvolvimento das disposições naturais de cada criatura é um raciocínio por analogia. No raciocínio por analogia, não se exige, todavia, a *identidade do princípio (par ratio)*. Só por analogia inferimos que há lunícolas racionais, não homens. Também não podemos, por analogia, inferir para lá do *tertium comparationis*. 2. Todo raciocínio de razão deve proporcionar a necessidade. *Indução e analogia* não são, pois, raciocínios da razão, mas apenas *presunções* lógicas ou também raciocínios empíricos; e por indução obtêm-se decerto proposições gerais, mas nunca universais. 3. Os raciocínios

A analogia *legis* é a analogia propriamente dita. A analogia *iuris*, apesar de sua terminologia, como instrumento metodológico, não guarda pertinência com o raciocínio por analogia e, por conseguinte, vai flertar com o procedimento dos princípios gerais do direito¹⁴³⁸. A interpretação extensiva, embora com nome diverso, configura um caso de raciocínio por analogia, mas distingue-se da analogia propriamente dita (*legis*)¹⁴³⁹: nesta, dá-se a criação de uma nova norma jurídica, ao passo que aquela implica extensão de uma norma a casos não previstos por ela. No Direito Penal, a interpretação extensiva é permitida, enquanto que, em regra, o procedimento da analogia é interditado¹⁴⁴⁰. Prestigiosa doutrina, nesta sede, abona a chamada analogia *in bonam partem*, embora com espectro de incidência assaz reduzido. Cumpre notar-se, no entanto, a título ilustrativo, que, no campo processual penal brasileiro, admite-se não apenas a interpretação extensiva, senão também a aplicação do método analógico e, ainda, o suplemento dos princípios gerais de direito¹⁴⁴¹.

referidos da faculdade de julgar são úteis e indispensáveis para a extensão do nosso conhecimento experimental. Mas, como fornecem apenas uma certeza empírica, devemos servir-nos deles com cautela e circunspeção.” (Grifos no original). Vide também, BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 147: “A analogia é certamente o mais típico e o mais importante dos procedimentos interpretativos de determinado sistema normativo: é aquele procedimento mediante o qual se manifesta a chamada tendência de todo sistema jurídico a *expandir-se* para além dos casos expressamente regulados.” (Grifos no original).

¹⁴³⁷ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, 11 de janeiro de 1973. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 400: “Os princípios gerais de direito são as idéias mais gerais que inspiram o ordenamento jurídico de um país. Mesmo sem estarem formulados nos textos, sua presença é imanente no sistema. Alguns são contingentes, isto é, frutos das idéias dominantes em determinados períodos; outros são mais permanentes, surgindo da experiência jurídica multissecular.”

¹⁴³⁸ BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 149-150: “Por analogia *iuris* entende-se o procedimento com que se extrai uma nova regra para um caso imprevisto não a partir da regra que se refere a um caso singular, como ocorre na analogia *legis*, mas a partir de todo sistema ou de uma parte dele: esse procedimento não difere em nada daquele empregado no recurso aos princípios gerais do direito.” Assim também, GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 335: “Analogia, em hermenêutica, consiste na aplicação, a um caso não previsto em lei, de regra estatuída para um caso previsto, que lhe fôr semelhante. A razão, que a justifica, está contida na frase latina – *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Essa é a analogia *legis*. Na analogia *juris* transporta-se todo um sistema regulador de um instituto para outro. A analogia *legis* é que é comumente chamada analogia. A *juris* vai confinar com os princípios gerais de direito.”

¹⁴³⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 299.

¹⁴⁴⁰ GUIMARÃES, Mário, op. cit., p. 335-336: “Cumpre também não confundir analogia com interpretação extensiva. Nesta, o caso estará previsto, ainda que não expresso na lei. Naquela a hipótese não foi abrangida e, por isso, é que se procura norma estranha para o regular. Às vezes, a diferença é importante. A lei penal, por exemplo, permite a interpretação extensiva, mas não pode acolher a analogia. Não há crime, não há pena sem que a lei o estabeleça. Domina o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.”

¹⁴⁴¹ Código de Processo Penal brasileiro de 1941, art. 3º: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

A autointegração também resulta da aplicação dos princípios gerais do direito, tradicionalmente conhecida por analogia *iuris*. Nada obstante, autorizada doutrina coloca o emprego dos princípios gerais de direito entre os métodos de heterointegração, ao lado dos juízos de equidade¹⁴⁴². O raciocínio analógico, para além de conter uma falácia lógica ou de traduzir uma forma defectiva de raciocínio dedutivo, dimana da capacidade humana de reconhecer o geral no particular¹⁴⁴³.

Pois bem. No momento de colmatar lacunas (próprias, voluntárias), pelo método da autointegração, mediante raciocínio por analogia, orientada pelo labor interpretativo (valorativo)¹⁴⁴⁴, ao juiz cumpre, na motivação, demonstrar (i) que entre os dois casos existe uma similitude relevante ou uma qualidade comum; (ii) a razão suficiente pela qual foram atribuídas ao caso regulado aquelas consequências; (iii) a *ratio legis* comum válida do caso regulado e do caso não regulado, como irrompe do adágio de conteúdo predominantemente axiológico - *Ubi eadem ratio, ibi eadem iuris dispositio*¹⁴⁴⁵; (iv) a extensão da solução do caso regulado ao caso não regulado¹⁴⁴⁶. É dizer: o juiz deve justificar suas escolhas, inclusive valorativas¹⁴⁴⁷, mediante critérios de justiça, de equidade, de razoabilidade, de

¹⁴⁴² BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmática. Milano: Giuffrè, 1949. p. 52.

¹⁴⁴³ WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2008. p. 109: “Em suma, a justificação da analogia da qual depende o argumento jurídico analógico encontra-se em seu contexto jurídico ou, de maneira mais simples, no próprio direito. Aqueles que afirmam que os únicos fundamentos válidos de um argumento jurídico são a dedução e a indução supõem que os advogados e juízes elaboram seus argumentos no vácuo, como se, para preferir uma analogia a outra, advogados e juízes se comportassem como o marciano a quem se pede que explique por que o gramado está molhado. Mas isto é tão falso no direito quanto nos assuntos cotidianos.”

¹⁴⁴⁴ FIKENTSCHER, Wolfgang. L'applicazione giurisprudenziale dell'analogia e dei principi generali del diritto. **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 529-542, esp. p. 531.

¹⁴⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 171; REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito**, op. cit., p. 117, 119: “Parece-me, com efeito, que a invocação da norma análoga só tem sentido a partir do reconhecimento da unidade lógico-axiológica do sistema global no qual aquela norma se insere. Sem esse pressuposto, a aplicação da norma análoga não teria legitimidade, por ser aleatória e atomisticamente invocada. Sendo ela, ao contrário, um elemento ou elo do ordenamento, passamos a estar perante um processo de integração de seus elementos constitutivos. Dá-se, assim, uma *auto-integração* “*interna corporis*” do sistema.” (Grifos no original).

¹⁴⁴⁶ GUIMARÃES, Mário, op. cit., p. 335: “Para aplicação da analogia, será preciso: 1º, que não seja o caso regulado na lei; 2º, que haja, entre os dois, pontos de semelhança relativos ao objetivo legal; 3º, que a semelhança não seja neutralizada por diferença que os separem.”

¹⁴⁴⁷ Sobre a valoração no argumento por analogia, vide VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010. p. 213-214: “Faz-se indispensável juízo-de-valor sobre a relevância do semelhante. E nem sempre a semelhança é factual, mas juridicamente construída. Quando estendemos o âmbito de incidência de uma norma jurídica, passando dos *casos previstos* para os *casos não previstos*, fazemos a *seleção valorativa* da norma que vai exercer o papel de premissa maior (tomando o argumento como silogismo *num sentido amplo*). Depois, para construirmos a premissa menor,

proporcionalidade. Por exemplo: o legislador, na norma diretiva, traça um fim, mas confia ao juiz a tarefa de, ao seu alvedrio, definir os meios idôneos para alcançá-lo. Os critérios de escolha ou de valoração na determinação de tais meios hão de ser justificados através de argumentos jurídica e racionalmente válidos, a fim de que a decisão não soe arbitrária.

Quando a autointegração resultar da aplicação dos princípios gerais do direito, o juiz deve, igualmente, justificar a expansão não apenas lógica, senão que axiológica, determinada por seus critérios de valoração imanentes à ordem jurídica, no escopo de integrar o sistema (v. g., vedação ao enriquecimento ilícito; máxima da justiça *neminem laedere*).

Nesse passo, sob outro ângulo de mirada, é oportuno indagar: quais são os limites e possibilidades da chamada interpretação integrativa fornecida, por exemplo, pelo raciocínio por analogia?

Interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), vale dizer, compreender o significado do signo, individualizando a coisa por este indicada¹⁴⁴⁸. Na vertente do positivismo jurídico, perde musculatura o ideal racionalista de justiça, de sorte que a concepção de Direito é tatuada com os seguintes traços característicos: (i) caráter científico; (ii) uso da lógica formal; (iii) pureza científica; (iv) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete; (v) esquema silogístico de aplicação do Direito mediante um processo lógico-dedutivo de subsunção à lei (premissa maior) do fato (premissa menor), extraindo-se uma conclusão, declarada pelo intérprete, cuja função é meramente cognoscitiva. Neste contexto doutrinário, forte nos ideais de certeza jurídica e de cientificidade da ciência jurídica, a

onde se afirma a semelhança, tomamos posição valorativa. Valoramos a semelhança como relevante, separamos certas notas como essenciais e pomos entre parênteses as notas dessemelhantes. Há valoração no ato seletivo da premissa maior, cujo pressuposto ou hipótese prefixa a situação objetiva genérica de possível ocorrência na realidade, pressuposto ou hipótese que descreve fato semelhante como o fato concreto *deonticamente qualificado* na premissa menor do argumento. Assim, também, há valoração na qualificação do caso concreto que, por não ser “caso previsto”, mantém com este similitude juridicamente relevante.” (Grifos no original).

¹⁴⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, op. cit., p. 212-213: “Como complexo de signos, a linguagem exige a interpretação: esta é exigida pelo fato de que a relação existente entre signo e a coisa significada (neste caso, entre a palavra e a idéia) não é uma relação necessária, mas puramente convencional, tanto que a mesma idéia pode ser expressa de modos diversos (o mesmo objeto, aliás, é indicado em cada língua com um som diverso). Ademais há sempre um certo desajuste entre a idéia e a palavra, porque a primeira é mais rica, mais complexa, mais articulada do que a segunda, que serve para exprimi-la; (...) A interpretação é uma atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses dois pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda pode ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação *segundo a letra* e de interpretação segundo o espírito (pense-se nas diversas escolas de interpretação bíblica).” (Reforços gráficos no original).

atividade de interpretação desenvolvida pelo juiz consiste no remontar dos signos contidos nos textos legais à vontade do legislador expressa através de tais signos¹⁴⁴⁹.

Contudo, na migração para a era do pós-positivismo jurídico, os valores morais compartilhados pela sociedade descansam em princípios jurídicos consagrados na Constituição, além da reaproximação entre o direito e a ética, da valorização principiológica e da justiça equitativa. A leitura moral da Lei Maior patrocina uma abertura na interpretação/aplicação e na argumentação constitucional. Daí descende que os métodos hermenêuticos tradicionais (literal, lógico, histórico, sistemático) mostram-se, já agora, insuficientes à concreção do Direito. No âmbito de uma nova interpretação criativa (fusão de horizontes gadameriana)¹⁴⁵⁰ sobressaem, por exemplo: o eixo axiológico constitucionalmente proclamado, escolhas valorativas, os direitos fundamentais, o papel criativo do intérprete, o princípio da máxima efetividade do texto constitucional, o protagonismo judicial. Ganha fôlego a ideia de que o raciocínio jurídico não se limita ao silogismo judicial. A tecnologia de decisão do “juízo do juiz” não se compraz com a simples subsunção de um caso particular (premissa menor) a uma norma geral abstratamente formulada (premissa maior), para extração de uma conclusão final. A pauta da subsunção automática cede o passo à argumentação racional justificativa, iluminada, dentre outros ingredientes, pelo juízo de valor, valorações axiológicas, do próprio aplicador do Direito.

Nada obstante ter-se descortinado essa riqueza multifária no campo hermenêutico, na experiência judiciária, quando se trata de preencher uma lacuna da lei, utiliza-se a analogia. Contudo, em regra, os Tribunais não se abalançam em ministrar as razões que, no plano da interpretação integrativa, os inspiraram a admitir a existência da mesma *ratio legis*. Limitam-

¹⁴⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, op. cit., p. 213.

¹⁴⁵⁰ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 303-304: “A hermenêutica *elimina o prejulgamento da eliminação de qualquer prejulgamento*: a compreensão advém de premissas, de prejulgamentos, de “pré-compreensões” que antecipam a realidade observada com um ponto de vista próprio, um “horizonte” próprio que deve aspirar a fundir-se com o do objeto, do texto por interpretar, com o nosso interlocutor. Toda compreensão realiza-se pela linguagem e pela interpretação, mas só ocorre com a transferência pelo intérprete para seu próprio horizonte, seu próprio contexto de sentido, daquilo que lhe é entregue pelo autor (do texto-objeto). Essa “entrega”, essa “tradição” (do étimo latino), consiste na tendência do texto de tornar-se contemporâneo ao intérprete, separando-se e ganhando autonomia de seu autor: o horizonte de sentido do texto vem assim a transferir-se para o horizonte de sentido do intérprete (e a fundir-se com ele). O ato hermenêutico torna-se o centro de gravidade da compreensão, que já não acompanha uma pretensa “verdade” objetiva do texto (na intenção do autor). A fusão de horizontes, ao mesmo tempo que se refere ao texto como a um “clássico”, capaz de uma mensagem historicamente consolidada, resolve sua pretensa fixidez objetiva, uma vez que o texto mesmo só pode ser compreendido ao coexistir com o presente do intérprete, ao entrar nele por uma peculiar transformação e transposição. Esta permite que o texto nos fale, exatamente por sua *aplicação interpretativa* no nosso “horizonte”. (Grifos no original).

se, na maioria dos casos, a pressupor, apoditicamente, a analogia, ao invés de demonstrá-la.¹⁴⁵¹

Excêntrico exercício de petição de princípio. Em outras palavras: o raciocínio por analogia, em regra, não é devidamente justificado no cotidiano prático forense. O juiz não fornece as razões acerca da existência de lacuna no ordenamento jurídico, nem exterioriza o porquê de a estar integrando pela aplicação de determinada regra nele contida (autointegração) e não de outras juridicamente legítimas. Geralmente, não se veem na motivação sequer razões que possam justificar o juízo de valor¹⁴⁵² acerca da similaridade entre a (s) hipótese (s) contemplada (s) em determinada regra jurídica e aquela outra em julgamento.

Na motivação *in iure*, o aspecto que, decerto, está envolto em sutilezas e, por isso mesmo, suscita maiores dificuldades concerne ao complexo terreno da interpretação da regra aplicável, seja ela positivada, seja de natureza consuetudinária. Nesta atividade exegética o juiz dispõe de variados remédios da farmacopeia da hermenêutica jurídica, consistente nos métodos clássicos: literal, lógico, histórico, sistemático, teleológico.

Feita abstração da nova dogmática de interpretação embasada em critérios axiológicos, tendo como centro de gravidade o valor universal dignidade da pessoa humana, na constelação de critérios tradicionais de interpretação, que informaram a chamada era do positivismo jurídico, destaca-se, por exemplo, a interpretação cognominada lógica: *a pari*, *a fortiori*, *a contrario sensu*. Com efeito, na formulação do juízo de direito, no contexto de uma constelação de normas de direito, tanto no que toca à correta determinação da regra aplicável quanto à sua aceitável interpretação, o juiz pode, por exemplo, exprimir argumentos *per analogiam* ou *ex contrario*¹⁴⁵³. Por outras palavras: tanto a analogia quanto a argumentação *a contrario sensu* (esta como negação de uma extensão)¹⁴⁵⁴ constituem instrumentos metodológicos a serviço da formulação de uma nova norma para o caso particular¹⁴⁵⁵.

¹⁴⁵¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel, op. cit., p. 124, 127.

¹⁴⁵² SEGURA ORTEGA, Manuel, op. cit., p. 42: “En el primer caso puede decirse que el argumento analógico es un argumento fundamentalmente valorativo entre otras razones porque la afirmación de que un caso es similar al previsto en la norma requiere inevitablemente un juicio de valor ya que siempre es posible emplear el argumento a contrario. Creo que la utilización de la analogia no puede reducirse a los esquemas de la lógica formal.”

¹⁴⁵³ PERO, Maria Thereza Gonçalves, op. cit., p. 83.

¹⁴⁵⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, op. cit., p. 215: “Na verdade, a experiência histórica aqui demonstra que a norma geral que fecha o sistema normativo assim dispõe: “São permitidos todos aqueles comportamentos que não são obrigatórios, exceto aqueles que podem ser considerados similares aos

O emprego pelo juiz de ambos os instrumentos, no entanto, há de ser adequadamente justificado, com a exteriorização de razões que suportem os seus critérios de escolha (v. g., justificando os critérios que o levaram a entender que o caso não regulado era similar ao caso regulado; expondo quais as razões que, na argumentação *a contrario sensu*, justificam considerar como lícitos os comportamentos não expressamente regulados).

8.6.4 Equidade: uma deusa silenciosa?

A crise do sistema de legalidade estrita e a desconfiança na lei, como instrumentos idôneos para regular a vida social e compor todos os conflitos intersubjetivos no campo do processo civil, descortina uma tendência no sentido de valorizar os poderes do juiz exercitáveis *ex officio*, no âmbito das peculiaridades do caso concreto. Disso resulta o alargamento das margens operativas do juízo crítico de equidade, transformando-se a relação do juiz com a lei. Por exemplo: a lei deve ser menos analítica e mais permeada de cláusulas gerais, a fim de que os juízes possam melhor definir e emprestar concretude aos respectivos significados, assegurando-se a experiência da vida social¹⁴⁵⁶. Uma das causas dessa crise de credibilidade da lei repousa na reação natural ao fenómeno da inflação legiferante, que oprime os operadores do direito e que, na realidade prosaica, parece desmentir a regra de que “ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”¹⁴⁵⁷. Há mais leis na Terra do que estrelas no céu.

Os alicerces burocráticos em que a justiça civil se assenta, dilargando a possibilidade de uma aplicação conservadora do juízo de equidade, não têm o condão de modificá-lo, no sentido do bom emprego de critérios equitativos. A partir da *epieikeia* aristotélica, passando

obrigatórios” – o que significa que temos aqui duas normas gerais de clausura: a *norma geral exclusiva*, que qualifica como lícitos os comportamentos não expressamente regulados, e aquela que podemos chamar de norma geral *inclusiva*, que submete os casos não expressamente regulados, mas similares aos regulados, à disciplina destes últimos. Quando o intérprete funda o seu raciocínio em *argumentum a contrario*, está apelando para a norma geral exclusiva; quando, em lugar disto, o funda em *argumentum a simili*, está apelando para a norma geral inclusiva.” (Grifos no original).

¹⁴⁵⁵ FIKENTSCHER, Wolfgang, op. cit., p. 542.

¹⁴⁵⁶ VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**: parte generale. 6. ed. Napoli: Jovene, 2002. p. 127-128.

¹⁴⁵⁷ Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942 (Lei de introdução às normas do direito brasileiro) – redação dada pela Lei n. 12.376, de 2010, art. 3.

pela *aequitas* romana, *aequitas* medieval¹⁴⁵⁸ e *aequitas* canônica, a concepção de equidade está fortemente associada à ideia de justo, de processo justo e à própria definição de direito, com sentido de sistema¹⁴⁵⁹. A equidade é o sol que ilumina e aquece o Direito¹⁴⁶⁰: “*In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*”.

A equidade, como um método para a decisão, é a forma mais elevada de justiça¹⁴⁶¹. Pode-se dizer, modernamente, firme na transcendentalidade da igualdade como valor universal, que a equidade é a mãe da justiça¹⁴⁶². No tocante à função que a equidade cumpre no seio do ordenamento jurídico distinguem-se, comumente, três “formas” equidade¹⁴⁶³: (i) formativa, quando o ordenamento revela, como realidade inconcussa, lacunas e o legislador oferece a oportunidade de colmatá-las, mediante procedimento equitativo, ou seja, sendo o juízo, em regra, vinculado a normas de direito, são excepcionais as hipóteses em que, quando a lei o autorize, os juízes podem criar uma norma¹⁴⁶⁴; (ii) supletiva, que é a espécie mais frequente e se verifica quando o legislador prevê a hipótese, mas não as suas exatas consequências, deixando-as à determinação equitativa dos juízes, *i. e.*, para atuar

¹⁴⁵⁸ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **História da Organização Judiciária e do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1970. p. 179.

¹⁴⁵⁹ D.1.1.0.R De iustitia et iure. D. 1.1.1pr ULPIANUS *libro primo institutionum: Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

¹⁴⁶⁰ GORPHE, François. **Les décisions de justice: Étude psychologique et judiciaire**. Paris: Presses universitaires de France, 1952. p. 41: “*Le plus solvante, l'équité joue entre les limites légales, et le jugement doit satisfaire à la double exigence: la bonne justice consiste à équilibrer l'équité avec le droit. Cet équilibre doit se retrouver dans les divers éléments psychologiques qui concourent à la formation du jugement, sous le triple rapport intellectuel, effectif et volontaire. Comme le constate judicieusement le magistrat psychologue Hellwig, nous retrouvons ici la confirmation de la vieille idée que l'intelligence, la sensibilité et la volonté ne sont que trois aspects différents d'une même unité et qu'il n'y a pas plus d'intellect complètement séparé du sentiment et du vouloir qu'il n'y a de vouloir ou de sentiment absolument indépendant. Le juge est un homme vivant, il juge avec toute son âme; il fait oeuvre, non seulement rationnelle, mais aussi humaine.*”

¹⁴⁶¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012, 1137b.35.

¹⁴⁶² ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do direito moderno: o estado de necessidade**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF). p. 118: “A equidade mostra-se como a fonte original da justiça, pois ela é a virtude que se empenha em respeitar a igualdade natural entre os homens. Essa nova concepção da equidade se distingue radicalmente do significado que a tradição aristotélica havia conferido a essa noção, assimilando-a a um ‘corretivo da justiça legal’.”

¹⁴⁶³ LUMIA, Giuseppe. L'equità tra la giustizia e la legge. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 31, 2.serie, p. 708-728, 1976, esp. p. 716-718.

¹⁴⁶⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, op. cit., p. 98: “As regras de preenchimento (analogia, equidade, princípios gerais de direito, indução amplificadora etc.) tornam-se aqui verdadeiras “normas” permissivas para a “criação” do direito pelo próprio aplicador.”

concretamente as normas jurídicas e, por isso mesmo, exprimir um juízo de direito; (iii) substitutiva, que consiste na possibilidade de o juiz apreçar o caso concreto de maneira diversa daquela valorada *in abstracto* pela lei¹⁴⁶⁵.

Nessa moldura, excepcionalmente, quando inexistas regras ou, havendo-as, não se afigure possível uma solução aceitável sob o prisma da justiça, a equidade, como critério de juízo, significa a composição do conflito iluminada por critérios objetivos, ou com pretensão de objetividade¹⁴⁶⁶, sem emoção irracional, para sopesar, *v. g.*, os argumentos e as provas de cada parte, segundo as especificidades do caso concreto, fora das fronteiras da legalidade estrita¹⁴⁶⁷. Neste caso, ao juiz é franqueado adotar, com ampla liberdade conforme o seu próprio critério e desgarrado da desconfiança do formalismo amiúde excessivo do direito positivo¹⁴⁶⁸, solução razoável para o problema, que repute mais oportuna e justa, com a

¹⁴⁶⁵ VERDE, Giovanni, *op. cit.*, p. 125, 126: “In conclusione, il giudizio di equità formativa si ha quando la legge espressamente prevede che il giudice decida equitativamente in settori non regolati dal diritto; il giudizio di equità suppletiva si risolve in un giudizio di diritto; il giudizio di equità sostitutiva ha luogo nei limiti fissati dalla legge.”

¹⁴⁶⁶ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia. **Ius et Veritas**, 12, 1996. Disponível em <<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm>>. Acesso em 10 maio 2014.

¹⁴⁶⁷ Se o julgamento por equidade, ante as circunstâncias do caso particular, envolve precisamente a dispensa da lei, cuja aplicação poderia conduzir a uma solução injusta, ou mesmo a inexistência de norma jurídica, merece severas críticas a redação do art. 127 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.” Assim, CAVALCANTI, Arthur José Favaret, *op. cit.*, p. 284: “A equidade constitui, porém, um sistema em separado ao ordenamento, não indo buscar nele a sua fonte de validade. Nesse sentido, a regra do nosso Código de Processo Civil, segundo a qual o juiz só poderia usar a equidade nos casos previstos em lei, é absurda. A equidade é pressuposta pela aplicação do direito, tanto quanto as normas da linguagem em que a lei está escrita são pressupostas na interpretação. A mencionada disposição do Código de Processo Civil tem tanta razão de ser quanto teria uma disposição que proibisse empregar as convenções de que formam a língua portuguesa na determinação do sentido do referido código.” Seja como for, uma amostra de autorização daquele diploma legal para o emprego de critério equitativo descansa em seu art. 19, § 4º: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.” (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994). Código de Processo Civil brasileiro de 1939, art. 114: “Quando autorizado a decidir por equidade, o juiz aplicará a norma que estabeleceria se fosse legislador.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 85, § 8º: “Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2º.”; art. 158, § 2º: “Será organizada lista de peritos na vara ou na secretaria, com disponibilização dos documentos exigidos para habilitação à consulta de interessados, para que a nomeação seja distribuída de modo equitativo, observadas a capacidade técnica e a área de conhecimento.” O *Codice di Procedura Civile* italiano (art. 113, § 1º: “*Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.*”) refere-se à espécie de equidade substitutiva, dês que o juiz exercita poderes equitativos nas hipóteses em que as normas jurídicas não se adaptam perfeitamente.

¹⁴⁶⁸ Exemplificativamente, no tocante à informalidade do procedimento por equidade, vide *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*, de 1981, art. 802: “*Los amigables compondores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones oportunas, y a dictar sentencia según su saber y entender.*”

finalidade de melhor salvaguardar os interesses em efervescência¹⁴⁶⁹. O maior espectro de discricionariedade do juiz não significa que, a todo transe, ele esteja dispensado de assegurar as garantias fundamentais do processo justo (v. g., igualdade de tratamento das partes ou interessados, imparcialidade, contraditório). De modo que a definição de processo justo não prescinde da ideia de equidade processual¹⁴⁷⁰, representada também pela concepção aristotélica de igualdade proporcional, patrocinada pelo direito natural¹⁴⁷¹, máxime no que toca à correta administração da justiça.

Na era do pós-positivismo jurídico, timbrada pela íntima (re)aproximação entre o direito e a ética e a (re)valorização do conceito de justiça substancial, a equidade encontra, empiricamente, terreno fértil nos conceitos jurídicos relativamente indeterminados e nas cláusulas gerais¹⁴⁷², notadamente na atividade que o juiz desenvolve de maneira mais equânime e justa tendente à concretização de tais categorias jurídicas¹⁴⁷³.

¹⁴⁶⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 1.109: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 738: “O juiz decidirá o pedido no prazo de dez dias. Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.” Assim também, por exemplo: (i) Lei n. 8.069, de 13.07.1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 6º: “Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.”; (ii) em sede de Juizados Especiais Cíveis e Criminais regulados pela Lei n. 9.099, de 26.09.1995, art. 6º: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.”; (iii) Lei n. 10.406, de 10.01.2002 - Código Civil brasileiro, art. 944, Parágrafo único: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.” Merece menção à parte a arbitragem, disciplinada pela Lei n. 9.307, de 23.9.1996, em especial art. 2º, *caput*: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”; art. 26: “São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade.” É útil reafirmar que, no contexto do processo equo e justo, o julgamento por equidade, já por sua própria natureza, não é julgamento despojado de um discurso justificativo. Demais disso, este último preceito reclama a indicação de ter havido julgamento por equidade em adição à resolução das questões relevantes à lide, e não em substituição àquela resolução. Ainda que se abrevie o conjunto de questões proeminentes no caso da equidade, algo da matéria prejudicial conserva-se. A ser diferente, não se afiguraria possível sequer cogitar de julgamento.

¹⁴⁷⁰ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004, esp. p. 124.

¹⁴⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, op. cit., p. 139, especialmente nota 2: “*Tanto poco il diritto naturale è un’illusione che, malgrado le opposizioni, risorge continuamente con altri nomi: diritto libero, diritto giusto, diritto ideale (...) o ancora diritto razionale, diritto latente, diritto spontaneo (...); tutte formule, con le quali il diritto naturale si traveste ingannando i suoi ingenui oppositori.*”

¹⁴⁷² FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723, esp. p. 708.

¹⁴⁷³ Sobre as novas perspectivas da equidade, no sentido de se interpretar a lei razoavelmente, vide RECASENS SICHÉS, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 3. ed. Mexico: Porrúa, 1965. p. 654-660.

A motivação é um elemento essencial, estrutural, típico de um pronunciamento jurisdicional de direito? Ou uma sentença conformada por um juízo de equidade também se submeteria à exigência de motivação? A outro giro, mesmo utilizando o método de equidade como critério de decisão do juiz alicerçado em seu sentimento de justiça exurgente das peculiaridades do caso particular, ainda assim o juiz deve justificar, através de argumentos sólidos e válidos, os raciocínios equitativos por ele desenvolvidos?

Não é exato pensar em “juízo de direito estrito” e “juízo de equidade”, como se este fosse a negação daquele¹⁴⁷⁴. A equidade particular não se contrapõe ao direito positivo, mas o pressupõe mesmo¹⁴⁷⁵, com implicações recíprocas¹⁴⁷⁶, de vez que a interpretação de textos normativos, *cum grano salis*¹⁴⁷⁷, é naturalmente permeável às infiltrações de substâncias axiológicas. A aplicação do direito não prescinde do papel do valor. Na impropriamente chamada “justiça do caso concreto” (como se no juízo de direito não se devesse buscar,

¹⁴⁷⁴ FAGUNDES FILHO, Henrique, op. cit., p. 721.

¹⁴⁷⁵ LUMIA, Giuseppe, op. cit., p. 713: “L’equità particolare, invece, non si contrappone, come un sistema normativo omogeneo e concorrente, al diritto positivo, bensì lo presuppone, ed opera nell’ambito di esso, limitandosi ad introdurvi l’esigenza di una temperata e conveniente applicazione. Per dirla in breve, l’equità generale si distingue da quella particolare, in quanto la prima si contrappone al diritto, mentre la seconda si contrappone solo ad una rigida applicazione di esso.” Em posição contrária, vide SATTÀ, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano: Vallardi, 1959, v. 1. p. 448: “Il giudizio secondo equità, incompatibile in linea generale col principio di legalità che sta alla base del processo, (...)”

¹⁴⁷⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006, esp. p. 22: “Nessa perspectiva, o juízo de legalidade constata as características essenciais e comuns, enquanto que o juízo de equidade ocupa-se com a compreensão das características acidentais e particulares da hipótese individual verificada, mas sempre levando em conta o sistema em que inserido. Assim, legalidade e equidade apresentam-se como dois aspectos distintos, mas logicamente indissociáveis da linguagem jurídica e do significado dos signos nela empregados, de sorte que convivem numa relação necessária e inafastável, um não existindo sem o outro. No fundo, portanto, verifica-se uma falsa contraposição entre formalismo excessivo e informalismo arbitrário, já que todos os juízos são ou devem ser mais ou menos equitativos, ou iníquos, segundo o seu grau de compreensão das conotações específicas e diferenciadas da hipótese posta à apreciação do juiz. Dentro de tal concepção, a equidade desponta como a justiça do caso concreto, como inarredável mediação entre o caráter abstrato do sistema e as exigências das hipóteses singulares e concretas. Transcende-se a justiça abstrata e genérica da lei para alcançar-se a justiça concreta e individualizada do caso, sai-se enfim da legalidade para ingressar no direito.”

¹⁴⁷⁷ MAIA FILHO, Napoleão Nunes, op. cit., p. 73 e p. 75: “A *equidade judicial*, que essencialmente se mostra na flexibilização da norma jurídica, no interesse da sua melhor interpretação, resulta, em primeiro lugar, *em fazer o Juiz que o sentido da lei prevaleça sobre as suas palavras* e, em segundo lugar, *que dentre plúrimas acepções possíveis da mesma regra jurídica, o Juiz escolha aquela que se evidencia mais humana, mais benígna ou mais racional*. (...) Porém, na moderna concepção, a *equidade deve ser aplicada sem descarte da lei, ou seja, mesmo na presença de norma expressa, mas em íntima composição com ela e permeando por inteiro a atividade de aplicá-la (ou julgar), até (ou especialmente) quando o Juiz tiver de recorrer às técnicas de integração do sistema jurídico, (...)* Nessa concepção, a equidade *deixa de ser apenas uma técnica de integração jus-sistêmica, no momento da sua aplicação judicial*, e passa a ser, efetivamente, uma *qualidade da decisão judicial*, indicando que se trata de provimento banhado da luz da justiça, que é, no final, o objetivo da jurisdição.” (Grifos no original).

igualmente, a consecução de justiça material), o juiz, dentro dos parâmetros da lógica do razoável dos sentidos da regra positivada, buscará, em esforço exegético devidamente justificado, dentro da bolsa de valores da sociedade, a *ratio legis* que melhor se acomode às ideias de justo, de mais adequado¹⁴⁷⁸. Socorrer-se-á, em seu desempenho hermenêutico, a par dos métodos tradicionais, da deusa silenciosa: a equidade¹⁴⁷⁹. Ecoa do pensamento jusnaturalístico medieval: “*Aequitas est illa quae dictat sensum legis*”. A equidade e a legalidade, como bem se compreende, configuram um tipo de valoração segundo o direito ou, caso se prefira, um tipo de interpretação jurídica¹⁴⁸⁰. A equidade, como método de formulação do direito, significa que o juiz é livre para, caso a caso, prospectar a solução que melhor satisfaça as concepções morais e econômicas predominantes na sociedade em que vive, em um dado momento histórico¹⁴⁸¹. A função magna da jurisdição de equidade é a de formular, diretamente, o direito a ser aplicado ao caso particular, e não o de aplicar o direito incrustado nas regras já esculpidas pelo legislador¹⁴⁸². Não por acaso, a deusa silenciosa da equidade está atenta à efervescência da consciência popular, à mora do legislador com os fatos sociais e aos legítimos anseios da sociedade¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁸ No tocante à justiça do caso particular, CALAMANDREI, Piero. *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, op. cit., p. 50: “*In tutti questi casi il giudice non può limitarsi a leggere nel Codice la soluzione già preparata in ipotesi in un articolo di legge; ma deve cercare nel suo intimo senso di giustizia la soluzione del “caso per caso”, fabbricata, por così dire, non in serie, ma su misura.*”

¹⁴⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos, op. cit., p. 140: “A frase - *summum jus, summa injuria* – encerra o conceito de Equidade.”

¹⁴⁸⁰ ISRAËL, Nicolas, op. cit., p. 43: “Um juízo esclarecido pelo espírito de equidade deverá intervir todas as vezes que um preceito exigir uma adaptação às situações particulares.”

¹⁴⁸¹ Acerca do sentido geral ou social da equidade, vide, à maravilha, CALAMANDREI, Piero. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 3. p. 3-51, esp. p. 21-22: “*Ma di equità si parla anche in un altro senso, che possiamo dire generale o sociale: quando, partendo da un sentimento di equità naturale che si ritiene comune a tutto un popolo in un dato momento storico, si condanna come contraria a questo sentimento una norma di diritto positivo, considerata in sè indipendentemente dalla sua applicazione ad una fattispecie concreta, e si mira con ciò a contrapporre ad essa in iure condendo un'altra norma generale ed astratta meglio corrispondente a quel sentimento comune. (...) Ora quando noi parliamo dei poteri di equità degli amichevoli compositori, diamo a questa parola lo stesso significato lato e comprensivo che le diamo quando diciamo appunto che il legislatore, nel formulare le sue leggi, deve obbedire all'equità: intendendo per equità quel complesso di fattori economici e morali, di tendenze e di aspirazioni vive nella coscienza di una certa società, di cui il legislatore tiene o dovrebbe tenere conto quando prepara una legge.*”

¹⁴⁸² CALAMANDREI, Piero. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità, op. cit., p. 35.

¹⁴⁸³ *Ibidem*, p. 50: “*Noi dobbiamo immaginarci l'ordinamento giuridico costruito attraverso la codificazione come una montagna di natura vulcanica, le cui pendici, solide e fredde all'esterno, celano nei loro fianchi la lava in perpetua ebullizione: il legislatore, dall'alto della montagna, deve continuamente vigilare se in qualche punto il fuoco interno roda la crosta che lo imprigiona, e tenti, attraverso i crepacci, di aprirsi la sua via. Quando in questi punti deboli dell'ordinamento giuridico, in cui più vive si fanno sentire le scosse della coscienza sociale che sussulta, il legislatore crede di poter giungere in tempo ad apprestare il remedio*

Poder-se-ia, por exemplo, dizer que, endo e extraprocessualmente, a motivação somente teria lugar na sentença de direito, por consentir o controle das razões alocadas na base da decisão seja pelas partes, seja pelos juízes da impugnação, em instância superior, sobre os critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz e que fundamentam o decisório. Consente a verificação, em cada caso concreto, se a decisão consona com o Direito. Se assim é - e assim efetivamente o é - soaria como um rematado contrassenso exigir-se motivação em sentença ditada por juízo de equidade, no qual não se observa necessariamente o quadro normativo-jurídico estabelecido e inexistente um raciocínio jurídico (sendo, pois, infensa à aferição de seu acerto ou erro), mas a consciência pessoal do julgador. E os recônditos da consciência do julgador não seriam suscetíveis de crítica ou de revisão ulterior. Nessa visão, uma sentença de consciência poderia ser prolatada sem fundamentação explícita. As coisas não se passam desse modo, contudo.

Com efeito, o juízo de equidade (julgamentos com equidade e julgamentos por equidade), por exibir natureza jurisdicional, inclusive com formação de coisa julgada material¹⁴⁸⁴, para além da racionalidade formal, dotado de mais elevada consciência moral, ao contrário do que se possa imaginar, também exige que o juiz preste contas dos critérios de escolha ou de valoração, v. g., na liberdade instrutória, na flexibilização da partilha do ônus da prova e no acerto da verdade dos fatos¹⁴⁸⁵. O juízo de equidade, só por sê-lo, não

mediante una riforma legislativa adeguata alle nuove aspirazioni, il pericolo è scongiurato: ma se comprende che ogni riforma di questa natura giungerebbe ormai troppo tardi, non ha altro scampo che quello di aprire egli stesso, nel punto in cui la minaccia appar più grave, l'uscita alla lava incandescente, e di incanalarela prima che faccia saltare la montagna. Le giurisdizioni di equità sono appunto il mezzo che il legislatore adopera per incanalare il diritto nuovo che preme, per utilizzarlo infiammato e plasmabile, come esso esce dalle viscere della società: venuto all'aria, il nuovo diritto prenderà senza costrizioni le sue forme, e a poco a poco tornerà a solidificarsi in legge; e le giurisdizioni di equità avranno così onorevolmente esaurito il loro ufficio, che è quello di garantire la continuità dell'ordinamento giuridico nei periodi in cui esso si rinnova, di permetterne senza scosse le più audaci trasformazioni."

¹⁴⁸⁴ PAULA CONCA, Javier Prieto de. **La equidad y los juicios de equidade**. Madrid: Difusión Jurídica, 2010. p. 132-133, 135: "Al cabo, motivar una resolución no es otra cosa que exponer con claridad las razones, no necesariamente de índole jurídica, que han llevado a dictarla, lo que es pertinente tanto en un juicio de derecho como en un juicio de equidad. Y es que si todo juicio de equidad tiene naturaleza jurisdiccional, tal como se ha defendido aquí, y su resolución posee la misma fuerza de cosa juzgada que una sentencia, no debe desoirse la garantía de la fundamentación, por más que después su alcance pueda ser diferente, o tener sus propias particularidades. (...) en la sentencia de equidad no parece posible negar efecto de cosa juzgada. En definitiva, por cosa juzgada deberá entenderse la conversión en cierta de una incierta situación controvertida, facultad que, desde su naturaleza jurisdiccional, posee sin lugar a dudas el juicio de equidad."

¹⁴⁸⁵ VERDE, Giovanni, op. cit., p. 127: "Risulta ancora che il giudizio di equità non è affidato al mero arbitrio del giudice; che questi deve dar conto dei criteri seguiti nella decisione, così che niente esclude la possibilità che, una volta ricostruito il fatto, ritenga equa la decisione secondo ... diritto; che probabilmente, proprio per questa ragione, il vero connotato del giudizio di equità sta nella libertà istruttoria del giudice e nella inapplicabilità della regola di giudizio fondata sull'onere della prova."

prescinde de motivação¹⁴⁸⁶, pois não se baseia em critérios fluidos e desorganizados¹⁴⁸⁷. No fito de se controlar o juízo, quando se julga segundo equidade, não se prescinde da explicitação, mediante argumentação adequada¹⁴⁸⁸, das razões éticas e racionais que justifiquem¹⁴⁸⁹ seu critério de justiça, de razoabilidade e de proporcionalidade no caso particular¹⁴⁹⁰. Por meio da equidade o juiz, em larga medida, corrige, através de interpretação com lastro argumentativo apropriado e presidida pela lógica do razoável, uma lei injusta, ao atalhar que produza consequências injustas¹⁴⁹¹. É ressabido que a totalidade do universo do

¹⁴⁸⁶ SATTÀ, Salvatore, op. cit., p. 450; Corte Suprema de Cassação italiana: Sent. n. 22895, de 11.11.2005; Sent. n. 3001, de 13.11.1973. Assim também, Cass., Sent. n. 3001, de 13.11.1973: “*Anche la sentenza pronunciata secondo equità deve contenere l’esposizione logica degli argomenti che hanno determinato la decisione, la quale deve, pertanto, risultare come la conclusione oggettiva di un corretto ragionamento verificabile e controllabile secondo i comuni criteri di razionalità e di coerenza.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 475-476.

¹⁴⁸⁷ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, op. cit., “*Ya he indicado que un laudo de consciencia no es una decisión basada en la emoción, en la intuición o en criterios difusos y desorganizados. Como toda sentencia que pone fin a una controversia, el laudo de consciencia tiene que estar basado en la razón y, por consiguiente, el razonamiento del árbitro debe ser riguroso. La facultad para obrar a su leal saber y entender no significa un poder de obrar arbitrariamente. La equidad no es un sentimiento sino una razón; y esa razón no se opone sino que complementa a la razón jurídica. La única diferencia con el laudo de derecho es que la racionalidad del arbitraje de consciencia excede, desborda, los canales estrictos de la ley positiva.*”

¹⁴⁸⁸ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho, op. cit., p. 133-134: “*Essa conciliação da lei com a equidade, porém, deve ser feita sempre de forma motivada, por meio de argumentação apropriada trazida pelo julgador em sua decisão (...)*”.

¹⁴⁸⁹ MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1999, v. 1. p. 192-193: “*La disciplina di questo giudizio di equità è strutturalmente identica a quella del giudizio di diritto, salvo l’obbligo alle parti di esporre le ragioni addotte a fondamento della domanda di decisione equitativa e il dovere del giudice di rappresentare alle parti i criteri di equità che egli intende seguire e di motivare in sentenza sul punto.*” Sobreleva notar que tanto o art. 118, § 2º, quanto o art. 119, § 4º (*Disposizione per L’attuazione del Codice di Procedura Civile italiano*), estabelecem o dever para o juiz de explicitar, na motivação da sentença, as razões de equidade sobre as quais ela repousa. É ler e conferir: art. 118, § 2º: “*Motivazione della sentenza. La motivazione della sentenza di cui all’articolo 132, secondo comma, numero 4), del codice consiste nella concisa esposizione dei fatti decisivi e dei principi di diritto su cui la decisione è fondata, anche con esclusivo riferimento a precedenti conformi ovvero mediante rinvio a contenuti specifici degli scritti difensivi o di altri atti di causa. Nel caso previsto nell’articolo del codice debbono essere esposte le ragioni di equità sulle quali è fondata la decisione.*”; art. 119, § 4º: “*Redazione della sentenza. Quando la sentenza è pronunciata secondo equità se ne deve dare atto nel dispositivo.*”

¹⁴⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, op. cit., p. 140: “*Per quanto ciò possa sembrare strano, il giudizio di equità è più complesso che il giudizio di diritto (infra, n. 95) essendo il giudice di equità non soltanto giudice del caso, ma anche giudice della legge; vi è insomma, nel giudizio di equità una ricchezza di reazioni tra giudizio e legge, che manca nel giudizio di diritto; in parole povere, il giudizio finisce per dominare la legge, mentre quando il giudizio è di diritto, ne è dominato.*”

¹⁴⁹¹ No tocante à equidade na interpretação da lei, vide BARBI, Celso Agrícola, op. cit., p. 401: “*Mas a regra legal não significa excluir a aplicação da equidade fora dos casos de autorização, porque o direito continua a ser ars boni et aequi. Desse modo, ao aplicar a lei aos casos concretos, o juiz não deixará de atenuar o rigor excessivo que, na espécie, trouxe consequências indesejáveis; e, para esse fim, usará da equidade.*”

direito não pode ser abraçada apenas pela lei¹⁴⁹². A equidade, por assim dizer, é o ponto de Archimedes da justiça concreta, mormente quando a justiça vê-se corroída por inumeráveis antinomias¹⁴⁹³.

A equidade designa o conjunto de normas que, endereçadas ao caso particular, regem a aplicação do ordenamento jurídico¹⁴⁹⁴, de modo a compatibilizar suas normas gerais com os fins a que se destinam. Significa dizer que, na formulação de uma solução no procedimento por equidade, o juiz pode, eventualmente, aplicar normas de direito material, não mediante um exame puramente lógico, mas de acordo com os parâmetros de sua consciência. A decisão em equidade, formalmente, não se distingue de uma decisão em direito, senão que a diferença repousa em critério qualitativo diverso, pois a solução resulta de uma opção normativa pessoal do juiz, banhada por seu labor valorativo¹⁴⁹⁵, embora o juízo de equidade não se confunda com arbitrariedade judicial¹⁴⁹⁶. É dizer: o método de juízo por (e com) equidade, quando devidamente justificado, é um antídoto contra o arbítrio¹⁴⁹⁷.

¹⁴⁹² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e direito). p. 241: “Conforme se atribua maior ou menor importância ao princípio da separação dos poderes, e conforme a maneira pela qual conceba a autonomia do poder judiciário, apesar da primazia atribuída ao poder legislativo, o juiz se achará obrigado, ao menos formalmente, a conformar-se estritamente à letra da lei, ou à vontade do legislador que a votou, ou então, compreendendo que nem todo o direito está contido na lei, reconhecerá que seu papel é conciliar a lei com a equidade. Se conceder à lei um lugar central para guiar seu pensamento, o juiz disporá, conforme o caso, de maior ou menor poder para torná-la flexível, estender ou restringir seu alcance, a fim de conciliar o respeito pelos textos com a solução mais equitativa e mais razoável dos casos específicos.”

¹⁴⁹³ Idem. **Ética e direito**, op. cit., p. 41: “Para concluir, apela-se à equidade todas as vezes que a aplicação simultânea de mais de uma fórmula da justiça concreta ou a aplicação da mesma fórmula em circunstâncias diferentes conduz a antinomias que tornam inevitável a não-conformidade com exigências da justiça formal. Serve-se da equidade como muleta da justiça. Para que esta não fique manca, para poder dispensar a equidade, é mister desejar aplicar uma única fórmula da justiça concreta, sem que se deva levar em conta mudança que as modificações imprevistas da situação são capazes de determinar. Isto só é possível se nossa concepção da justiça for muito estreita ou se a fórmula da justiça utilizada for suficientemente complexa para levar em conta todas as características consideradas essenciais.”

¹⁴⁹⁴ CAVALCANTI, Arthur José Faveret, op. cit., p. 278: “A equidade pressupõe o ordenamento jurídico. Ela, porém, se dirige ao caso concreto, ao contrário do ordenamento que quase sempre cogita de situações hipotéticas, genericamente descritas.”

¹⁴⁹⁵ PAULA CONCA, Javier Prieto de, op. cit., p. 128: “*La diferencia fundamental entre ambas resoluciones viene dada por la distinta posición del juez frente al asunto concreto: mientras que en el juicio de derecho su función debe dirigirse a realizar un examen intelectual de la conexión entre hecho y norma abstracta preexistente (y con la salvedad de que también existan pequeños juicios de valor, en cuanto a la decisión del significado de la norma), en el juicio de equidad solo por excepción habrá el juez de valorar la justicia de la norma de derecho respecto al caso concreto (habitualmente no deberá atender a normas preexistentes; e incluso, en raro caso contrario, la norma de derecho no es la solución a un juicio intelectual, sino a un juicio de equidad, cuya regulación coincide con la que propone el ordenamiento positivo).*”

¹⁴⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano, Giuffrè, 1973, v. 1. p. 140: “*Equità non vuol dire però arbitrio del giudice, il quale deve, come giudice d'equità, farsi interprete del senso etico-giuridico diffuso nella società del suo tempo, che è qualche cosa come un diritto allo stato*”

Pode acontecer, e frequentemente acontece, que, em um tópico da sentença de direito, o juiz formule raciocínio pautado em critério de equidade, como quando da concretização de um conceito juridicamente indeterminado ou da particularização de uma cláusula geral¹⁴⁹⁸. Entrementes, o juízo equitativo não pode, em hipótese alguma, atentar contra a ordem pública.

Problema simpático repousa na assim chamada equidade interpretativa: quando o juiz define, com base em critérios equitativos, o conteúdo de uma norma legislativa preexistente. Não seria despropositado sustentar tal equidade interpretativa na fórmula elástica e vaga do recurso aos princípios gerais do direito, embora a posição da doutrina juspositivista seja contrária, por observar que, neste caso, haverá um expediente para derrogar a lei¹⁴⁹⁹. Seja como for, quando a norma ou cláusula contratual comportar mais de uma interpretação juridicamente aceitável, o juiz deve emprestar-lhe o sentido que pareça mais equo. Por exemplo: na interpretação de um contrato a título gratuito há de se pensar em exegese menos gravosa para o obrigado.

Processualmente, a sentença pronunciada com base em juízo de equidade é uma sentença declaratória ou constitutiva? A sentença parece ser de natureza constitutiva, pois que não se limita a resguardar uma situação jurídica disciplinada por normas preexistentes. Ou

amorfo; cosicchè il criterio equitativo, che interviene a temperare le asprezze della rigida applicazione della legge, possa a sua volta essere sentito come precetto generale, applicabile a tutti i casi identici a quello nel quale è stato applicato.”

¹⁴⁹⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1. p. 45-46: “O conceito moderno de equidade estabelece um limite a esse poder criativo do juiz, que é a isonomia, a paridade de tratamento. Mesmo que o juiz possa, em muitos casos, revelar ele próprio a regra que deve vigorar no caso concreto, ponderando as circunstâncias que caracterizam esse caso, essa regra, que ele revela, deverá ser idêntica toda vez em que ele se deparar, em outros casos, com as mesmas circunstâncias. Ou seja, apesar de a equidade se revelar empiricamente no exame de cada caso, ela não deve ser instrumento de arbítrio.”

¹⁴⁹⁸ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, op. cit., “*Por tanto, el laudo de consciencia está sujeto a una disciplina intelectual y a un razonamiento tan severos como el laudo de derecho. Y precisamente, como se trata de una expresión del leal saber y entender del árbitro, es importante que se explicita la forma como se llegó a la conclusión: el razonamiento debe ser mostrado y demostrado a las partes de la controversia. En consecuencia, el arbitraje de consciencia no sólo exige fundamentación sino que me atrevería a decir que tiene que ser más fundamentado que el de derecho. En el arbitraje de derecho, el árbitro debe fundamentar dos cosas: su interpretación personal de la norma legal y la manera como entiende que los hechos del caso corresponden a la situación prevista por la norma. Pero no tiene que fundamentar ni defender la bondad o justicia de la norma positiva: basta citarla. La norma está ahí, nos guste o no nos guste. En el arbitraje de consciencia, dado que el árbitro hace intervenir además criterios que no están necesariamente contenidos en una ley positiva, es preciso fundamentar también la bondad o la justicia de esos criterios; lo que nos lleva a que sea esencial en el arbitraje de equidad que el laudo contenga incluso una suerte de metajustificación que no es necesaria en el arbitraje de derecho.”*

¹⁴⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 173-174.

seja: a sentença seria de natureza constitutiva no sentido de que produz *ex novo* uma situação jurídica com esteio em norma criada com a própria decisão¹⁵⁰⁰.

Merece menção à parte a relação entre equidade e proporcionalidade, especialmente à luz da tutela constitucional do processo justo. Ao longo da história, a definição do conteúdo do conceito de juízo de equidade, de pé em pé, paulatinamente, cedeu o passo à razoabilidade e à proporcionalidade¹⁵⁰¹, para alcançar os mesmos resultados práticos. Tem-se, assim, novo batismo de um fenômeno antigo: a deusa silenciosa desempenha o papel de mediação entre a abstrata norma jurídica e as concretas exigências da justiça¹⁵⁰².

Quando o juiz é instado pela lei a formular a solução da causa com base na equidade, tal decisão submete-se, na ordinaryidade dos casos, à impugnação perante instância superior, pois a equidade tem na referibilidade à lei uma objetiva existência. A possibilidade de impugnação da decisão, neste caso, guarda similitude com a sistemática do juízo de direito. Se as partes de comum acordo requererem o julgamento por equidade, confiam-no à consciência do juiz e, por isso mesmo, a sentença, assim proferida, estaria, em regra, fora do espectro de impugnabilidade¹⁵⁰³. Entretanto, se as premissas lógicas da sentença forem irracionais (v. g., teratológico acerto dos fatos) ou desprovidas de razões justificativas, o *decisum* poderá ser objeto de recurso de apelação¹⁵⁰⁴. A impugnação da decisão não é incompatível com o critério de julgamento por equidade.

¹⁵⁰⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**, op. cit., p. 174.

¹⁵⁰¹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 35.

¹⁵⁰² LUMIA, Giuseppe, op. cit., p. 728: “(...) *l’equità - entro i limiti in cui non ne risulti compromesso il valore irrinunciabile della certezza del diritto - può essere chiamata a svolgere un ruolo assai importante di mediazione tra il principio di legalità affermato dal potere statale e i valori emergenti della società - proprio come quel “regolo lesbio” di cui parla Aristotele “che non rimane rigido, ma si piega alla sinuosità della pietra.”*”

¹⁵⁰³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, v. 1, op. cit., p. 378.

¹⁵⁰⁴ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**, op. cit., p. 233: “Como fazer para que o recurso à equidade não ocasione decisões subjetivas e arbitrárias? Podemos, evidentemente, presumir-nos contra estes inconvenientes com colegialidade dos juizes e possibilidade de apelação.” Para uma visão do problema da decisão por equidade e o recurso de apelação no direito italiano, vide Codice di Procedura Civile, *art. 114. Pronuncia secondo equità a richiesta di parte.* — Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.” Corte Suprema di Cassazione italiana, Sent. n. 3001, de 13.11.1973: “*La sentenza pronunciata secondo equità contiene necessariamente riferimenti espliciti o impliciti alla qualificazione giuridica dei fatti ed alla valutazione giuridica delle loro conseguenze; questi giudizi di diritto, pur non essendo direttamente censurabili a norma dell’art. 360 n. 3 cod. proc. civ., perché il giudice che pronuncia secondo equità non è tenuto ad osservare rigorosamente le norme di diritto sostanziale, possono costituire, tuttavia, le fondamentali premesse logiche della decisione finale di equità, onde questa risulta irrazionale,*”

8.6.5 Revelia e suas implicações no raciocínio judicial

Acentue-se, de logo, que, na hipótese de configuração de revelia do réu, por força da falta de apresentação de contestação, ao juiz não é lícito deixar de fundamentar sua sentença, posto que a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor na petição inicial¹⁵⁰⁵ é meramente relativa. O juiz pode (*rectius*, deve) sopesar a pertinência de realização de outras provas. Significa dizer que o juiz deve cotejar a pretensão do autor com o conjunto probatório e demais circunstâncias fáticas representadas nos autos do processo. A revelia não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido, nem conduz, necessariamente, à procedência do pedido¹⁵⁰⁶. A revelia, como situação excepcional, nem sempre provocará o implacável julgamento antecipado da lide¹⁵⁰⁷. Entretanto, mesmo quando tal ocorra, conhecer, configurada a revelia, diretamente do pedido¹⁵⁰⁸ não implica necessário julgamento favorável ao autor da demanda judicial. Assim, a consequência processual da revelia assemelha-se à da confissão. Com efeito, no espaço físico da motivação, o juiz deverá examinar os efeitos da revelia, levando em consideração todas as circunstâncias constantes dos autos do processo e a consequência jurídica dos fatos principais afirmados pelo autor¹⁵⁰⁹, para, só então, a partir daí, formar livremente sua convicção sobre a melhor hipótese de julgamento¹⁵¹⁰.

ingiustificata e sostanzialmente priva di motivazione e come tale censurabile a norma dell'art. 360 n. 5 cod. proc. civ., quando quelle premesse si rivelano del tutto fallaci ed erronee." Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 476.

¹⁵⁰⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 319: "Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor." Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 351: "Se o réu não contestar a ação, presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato feitas pelo autor."

¹⁵⁰⁶ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 468: "É conveniente mais uma vez ressaltar que, embora ocorrendo a revelia, o autor não será, *ipso facto*, considerado vencedor da demanda, mas tão-somente tem sua situação, no que diz respeito à prova, aliviada, ficando dispensado, *em escala maior ou menor*, do ônus da prova (arts. 319, 320 e 324, do CPC)." (Grifos no original).

¹⁵⁰⁷ MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção estudos de direito e processo Enrico Tullio Liebman; v. 54). p. 155: "O julgamento antecipado da lide não é consequência inexorável da revelia e somente terá lugar se o juiz, com base no seu livre convencimento, entender haver nos autos elementos suficientes para julgar desde logo o mérito."

¹⁵⁰⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 330: "O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: II - quando ocorrer a revelia (art. 319)." (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 10.10.1973). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 362: "O juiz decidirá antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: II – o réu for revel e ocorrer o efeito previsto no art. 351."

¹⁵⁰⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 562.

Dito de outra maneira, o problema crucial que se insinua é o da relação entre revelia e prova. Ao réu revel é facultada a possibilidade de ingressar nos autos do processo em qualquer fase, “recebendo-o no estado em que se encontrar”¹⁵¹¹, e, tendo comparecido antes de iniciada a fase probatória, requerer, por exemplo, a produção de prova pericial, esclarecendo o seu alcance e pedindo que o juiz a determine *ex officio*¹⁵¹². Prevaecem aqui a iniciativa probatória oficial e o princípio da busca da verdade real, e não meramente formal, também no processo civil. O réu poderá, inclusive, participar da realização da perícia, seja formulando quesitos e indicando assistente técnico, seja impugnando o laudo apresentado pelo perito do juízo, seja requerendo esclarecimentos orais do perito em audiência. Em suma, o comparecimento extemporâneo do réu, caracterizador de sua revelia, de si não exibe o condão de impedir que ele, apesar de não ter feito alegações, ante a ausência de contestação, produza provas não apenas dos fatos constitutivos afirmados pelo autor¹⁵¹³, senão também aquelas destinadas a demonstrar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos da pretensão deduzida em juízo.

Problema análogo é o da iniciativa probatória do juiz e o fenômeno da preclusão. Ou seja: a inércia da parte não inibe o poder-dever do juiz de buscar elucidar a verdade dos fatos. Com efeito, a justiça substancial da decisão somente é concebível se a norma operar sobre fatos que estão sob o signo da veridicidade¹⁵¹⁴. O errôneo acerto dos fatos jamais poderá

¹⁵¹⁰ Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp n. 94193 / SP(1996/0025345-5) – Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Julgamento 15/09/1998, publicação DJ 03.11.1998, encimado da seguinte ementa: “PROCESSUAL CIVIL. REVELIA. EFEITOS. ART. 319 CPC. A presunção contida no art. 319 do Código de Processo Civil de que “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”, não conduz, necessariamente, à procedência do pedido inicial, que dependerá do exame pelo juiz, com base nas circunstâncias dos autos, das conseqüências jurídicas dos fatos. A conseqüência processual da revelia é semelhante à da confissão (art. 348, CPC), bem diversa, portanto, daquela própria do reconhecimento do pedido (art. 269, II, CPC). Recurso não conhecido.”

¹⁵¹¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 322, Parágrafo único (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 353, Parágrafo único: “O revel poderá intervir no processo em qualquer fase, recebendo-o no estado em que se encontrar.”

¹⁵¹² MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de, op. cit., 151.

¹⁵¹³ Nada obstante o verbete tenha sido aprovado em 13.12.1963, ainda sob a égide do antigo Código de Processo Civil de 1939, vide o Enunciado n. 231, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “O revel, em processo civil, pode produzir provas, desde que compareça em tempo oportuno.”

¹⁵¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21: “Diante da omissão da parte a quem competia a providência, deve o magistrado valer-se dos demais elementos constantes dos autos para formar sua convicção. Todavia, se forem eles insuficientes, pode e deve o juiz, justificadamente, determinar a produção de outras provas, ouvindo até mesmo as testemunhas não arroladas no momento adequado.”

conduzir o juiz a formular uma justa composição da lide. Pois bem, semelhante maneira de investigação crítica de ofício, em prol da formação de sua convicção, não conspurca a imparcialidade do juiz, desde que o faça justificadamente. Tanto quanto for possível na prática, todos os esforços legítimos hão de ser envidados no sentido de que, instrumentalmente, o processo proporcione, à luz do Direito, a vitória de quem tenha razão, e não o inverso¹⁵¹⁵.

O poder instrutório do juiz de determinar *ex officio* a realização de prova exhibe natureza discricionária, dês que, na espécie, excogitáveis os perfis de conveniência e de oportunidade, juízos valorativos típicos da seara da discricionariedade, bem como a possibilidade de eleição entre duas ou mais possibilidades. O que não se prescinde é de um discurso justificativo adequado ao propósito da implementação de certa atividade probatória, seja ela de ofício ou a requerimento das partes¹⁵¹⁶. Problema conexo é o da verificação do direito estrangeiro, em processos à revelia: o demandante, por exemplo, fundamenta sua ação em princípios jurídicos alienígenas, mas o demandado, apesar de regulamente citado, queda-se inerte, não se manifesta. Nesta hipótese, embora tenha se configurado a revelia, o juízo deve verificar o direito estrangeiro invocado pelo autor da demanda judicial¹⁵¹⁷, pois a ficção da confissão circunscreve-se a afirmações de fato do demandante e o direito estrangeiro não é fato, porém direito¹⁵¹⁸.

No litisconsórcio unitário, a revelia de um dos litisconsortes não provoca, *a fortiori*, a incidência da presunção de veracidade dos fatos para os demais se impugnado o pedido por

¹⁵¹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos, op. cit., p. 24.

¹⁵¹⁶ Ibidem, p. 159-160: “Não basta simplesmente ordenar a produção da prova. A iniciativa oficial nesse campo, como qualquer outro ato decisório, necessita de adequada fundamentação, a fim de que, em eventual recurso, as partes possam apresentar razões de impugnação e o órgão superior tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à conclusão impugnada.”

¹⁵¹⁷ Em regra, o objeto da prova são os fatos, e, excepcionalmente, o direito. Ao propósito da exceção à regra de que o juiz conhece o direito (ou melhor, deve procurar conhecê-lo: *da mihi factum, dabo tibi ius; iura novit curia*), no ordenamento jurídico brasileiro, vide Código de Processo Civil de 1973, art. 337: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação (salvo de pontuação), art. 383.

¹⁵¹⁸ Para uma visão panorâmica do problema, na perspectiva do direito alemão, vide NAGEL, Heinrich. Introdução ao direito processual civil internacional alemão. Trad. José Camurça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 54, p. 61-122, abr./jun. 1989, esp. p. 102: “O juízo não estaria, também em processos à revelia, isento da verificação do direito estrangeiro. Ele não poderia aqui invocar a ficção da confissão. (...) Como o Direito estrangeiro não são fatos, mas direito, o juízo, também nos processos à revelia, tem de verificar de ofício o direito estrangeiro.”

um dos litisconsortes. Nessa toada, o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita¹⁵¹⁹.

Especial consideração reclama o dispositivo do art. 897, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (redação dada pela Lei n. 8.951, de 13.12.1994): “Não oferecida a contestação, e ocorrentes os efeitos da revelia, o juiz julgará procedente o pedido, declarará extinta a obrigação e condenará o réu nas custas e honorários advocatícios”. Em uma leitura apressada poder-se-ia desconfiar de uma restrição à regra técnica do livre convencimento motivado do juiz, consagrada no art. 131 do mesmo diploma legal. Contudo, o efeito da revelia quanto aos fatos narrados na petição inicial (presunção de veracidade) somente se verificará, em visão sistêmica, caso o juiz os repute verossímeis e não haja nos autos do processo outros elementos de prova que se lhes contraponha¹⁵²⁰.

Ademais, o dever constitucional de motivar não é perfurado quando se reputar o réu revel. Não se pode confundir, com honestidade intelectual, o estilo conciso das razões justificativas (mas analítico, no sentido de abranger todos os aspectos fático-jurídicos relevantes da causa) com ausência cabal de fundamentação. Na hipótese específica de revelia, a sobrecarga de trabalho do juízo poderá, no limite, justificar uma motivação sucinta (porém, completa), jamais a insuficiência ou, muito pior, a ausência completa de fundamentação da decisão.

8.7 Motivação de fato: justificação da cognição fática

Nas sociedades contemporâneas, a atividade jurisdicional traduz-se em três tarefas básicas para os juízes: (i) decidir casos concretos litigiosos que lhes são submetidos à cognição (princípio da indeclinabilidade); (ii) decidi-los conforme o Direito (princípio da juridicidade); e (iii) motivar suas decisões (princípio da justificação).

O problema da administração da justiça se coloca nos mais diversificados contextos sociais, jurídicos, políticos, culturais e históricos. Pois bem, no fito de se definir uma decisão justa, há critérios gerais, autônomos e cumulativos, consistentes (i) na correção da escolha e

¹⁵¹⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 320, I, e 509.

¹⁵²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 109: “Jamais o efeito da revelia (art. 319) tem a conseqüência drástica e radical insinuada pelo 897 do Código de Processo Civil.”

da interpretação aceitável da regra jurídica aplicável ao caso concreto; (ii) no accertamento esperável da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa (*da mihi factum dabo tibi ius; ex facto oritur ius*); (iii) no emprego de um procedimento válido, equo e justo tendente a alcançar a decisão final.

A expressão “decisão judiciária” exhibe, pelos menos, dois sentidos: (i) o de ato tendente à formulação pelo juiz de uma norma concreta individual; e (ii) o resultado deste ato, a norma concreta individual formulada, *i. e.*, o conteúdo da decisão¹⁵²¹. A locução “decisão judicial” tanto pode denotar a norma concreta individual quanto o ato em si. No primeiro caso, a decisão como norma somente considerar-se-á justificada se a conclusão final derivar, coerentemente, de premissas verdadeiras¹⁵²² fático-jurídicas adotadas no raciocínio judicial sólido (acomodada à ideia de justificação interna wróblewskiana). No segundo caso, a decisão judicial, denotando o ato de adotar uma determinada norma concreta individual, somente estará validamente justificada se a solução abraçada consonar com o Direito¹⁵²³.

O problema que de logo se põe diz com a distinção entre motivação da premissa fática e motivação da premissa normativa. Motivar um enunciado de fato é justificá-lo na decisão com argumentos racionalmente válidos, e não reproduzir o iter lógico-psicológico que conduziu o juiz até o decisório. A rigor, é de se reconhecer a impossibilidade de uma representação fiel do modo pelo qual nasce, na realidade prática, a sentença¹⁵²⁴. O discurso sobre as provas ou o accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa tem singularidades próprias que o diferenciam do discurso sobre a motivação do juízo de direito. Significa dizer que, infensa à natureza normativa, a *quaestio facti* da decisão não se adstringe à sua qualificação jurídica, porquanto, tirante as raras hipóteses em que a questão de

¹⁵²¹ FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 98.

¹⁵²² MEZZARROBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65: “O método dedutivo parte de argumentos gerais para argumentos particulares. Primeiramente, são apresentados os argumentos que se consideram verdadeiros e inquestionáveis para, em seguida, chegar a conclusões formais, já que essas conclusões ficam restritas única e exclusivamente à lógica das premissas estabelecidas. A questão fundamental da *dedução* está na relação lógica que deve ser estabelecida entre as proposições apresentadas, a fim de não comprometer a validade da conclusão. Aceitando as premissas como verdadeiras, as conclusões também o serão.” (Grifos no original).

¹⁵²³ FERRER BELTRÁN, Jordi, *op. cit.*, p. 96-101, esp. p. 100: “*En el caso de la decisión acerca de los hechos probados cabe distinguir también entre el acto de decisión y el contenido de la misma. Este último consiste en la premisa (o proposición) fáctica que se introduce en el razonamiento decisorio. De acuerdo con la análisis que se ha desarrollado, la decisión-acto estará justificada si la proposición fáctica es aceptable, esto es, si existen en el expediente judicial elementos de juicio suficientes a su favor. Desde el punto de vista del contenido, en cambio, la premisa sólo estará justificada si es verdadera.*”

¹⁵²⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, *op. cit.*, p. 212, especialmente nota n. 1.

mérito seja unicamente de direito, a qualificação jurídica não prescinde, como *prius* lógico, de aceitável acerto dos fatos pelo juiz, a fim de que, a partir daí, possa formular sua decisão.

Na estrutura da sentença, ante o possível afastamento conceitual entre *quaestio iuris* e *quaestio facti*, a justificação do acerto da verdade dos fatos e a fundamentação jurídica não de ser, objetivamente, suscetíveis de identificação e controle¹⁵²⁵. No estuário do cognoscitivismo, a separação entre premissa normativa e enunciado fático se apresenta mesmo como necessária. Pode acontecer, e geralmente acontece, uma espécie de justificação em cascata: um enunciado fático justificado serve, ele próprio, como uma das razões probatórias para justificar outro enunciado fático, e assim sucessivamente, numa verdadeira cadeia de justificações. É, por assim dizer, uma sequência de estados epistêmicos, em contínuo fluxo de conhecimento, relativamente a todos os fatos relevantes para o julgamento da causa; o juízo de fato representa um conjunto de proposições que descrevem o estado de conhecimento possível ou efetivo da verdade dos fatos¹⁵²⁶. As hipóteses fáticas, submetidas a um estado epistêmico, submetem-se ao vestibular de significância, de coerência, de relevância.

Na justificação de um enunciado, remarque-se, repousam outros enunciados adrede justificados, os quais consubstanciam peças que, em processo inferencial indutivo¹⁵²⁷, se agregam à formulação do enunciado fático derradeiro¹⁵²⁸. O objetivo

¹⁵²⁵ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999, v. 3. p. 466: “Entramos, então, na fase de motivação do *judicium*, em que o magistrado, examinando as questões de fato e de direito, constrói as bases lógicas da parte decisória da sentença. Trata-se de operação delicada e complexa, em que o juiz fixa as premissas da decisão, após laborioso exame das alegações relevantes que as partes formularam, bem como do enquadramento do litígio nas normas legais aplicáveis. Múltiplas são as operações lógicas que então se desenvolvem. De par com a elucidação dos fatos, opera-se a resolução dos pontos controversos sobre a norma aplicável e seu devido entendimento. Em alguns casos, o juiz faz preceder à *quaestio iuris* a *quaestio facti*, enquanto que em outros é o inverso que se dá. Hipóteses ainda surgem em que se opera concomitantemente a resolução das questões de fato e de direito, tal o entrelaçamento íntimo que apresentam.”

¹⁵²⁶ TARUFFO, Michele. Elementi per un’analisi del giudizio di fato, op. cit., p. 257: “*Ciò implica che l’acquisizione delle prove non richiede una sospensione di giudizio sui fatti sino al momento della decisione finale, ma consista piuttosto in una serie di integrazioni e revisione successive dello stato di conoscenza dei fatti, sino allo stato finale che costituirà la base per la decisione.*”

¹⁵²⁷ MEZZAROBBA, Orides et al., op. cit., p. 62: “O método indutivo permite que possamos analisar nosso objeto para tirarmos conclusões gerais ou universais. Assim, a partir, por exemplo, da observação de um ou de alguns fenômenos particulares, uma proposição mais geral é estabelecida para, por sua vez, ser aplicada a outros fenômenos. É, portanto, um procedimento generalizador.”

¹⁵²⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 193-194: “*La mayoría de los enunciados que requieren justificación versan sobre hechos del pasado y han sido obtenidos a partir de otros enunciados a través de un proceso inferencial. En los escasos supuestos en que este proceso inferencial es deductivo, o sea cuando su resultado son “conclusiones”, la justificación consiste en mostrar la corrección argumental y la*

primordial, no entanto, é a justificação dos enunciados referentes aos fatos principais ou jurídicos, mediante critérios de escolha ou de valoração válidos e articulação de argumentação racional que, no plano epistemológico, demonstre, empiricamente, sua veridicidade ou probabilidade. No drama do processo, tais enunciados fáticos são os protagonistas do espetáculo probatório e da exigência de justificação.

A racionalidade do juízo de fato. Sob o influxo da regra técnica do livre convencimento do juiz, cumpre-lhe exteriorizar as razões que, em um conjunto de eleições admissíveis¹⁵²⁹, o conduziram a escolher, como relevantes, determinados elementos probatórios (fontes de prova), a apreçar racionalmente a eficiência dos meios de prova utilizados, bem ainda a correta e racional representação ou reconstrução histórica dos fatos, apenas aproximativa do mundo fenomênico, em juízo, com base nas provas representadas nos autos do processo. Destarte, a justificação do acerto da verdade dos fatos há de ser aceitável, segundo critérios racionais válidos e os valores reinantes no seio da sociedade na qual o juiz opere. Ademais, a motivação consente, dentre outros aspectos, a aferição da vinculação do juiz à prova, sobre tornar possível controlabilidade racional *ex post* sobre as razões aportadas pelo juiz como fundamento de sua decisão.

A admissível concepção de hodierno da motivação (única parte do raciocínio do juiz suscetível de análise concreta), é útil repetir, desmente a tese de que ela teria por finalidade reproduzir, passo a passo, o *iter* lógico-psicológico, genético, percorrido pelo juiz para alcançar sua decisão¹⁵³⁰. Com efeito, a motivação, como discurso judicial, exprime um raciocínio justificativo, através do qual o juiz almeja demonstrar que seus critérios de escolha ou de valoração das provas, usados em sua decisão, estão embasados em argumentação idônea para tornar, *a posteriori*, controlável sua própria racionalidade¹⁵³¹. A motivação do juízo de

justificación de las premisas. En la mayor parte de los supuestos, sin embargo, este proceso inferencial es inductivo, es decir, su resultado son "hipótesis" y su justificación resulta notablemente más compleja. (...) La justificación de las hipótesis en términos de su grado de confirmación es, pues, una justificación sólo probabilística, inductiva, pues las pruebas pueden hacer más o menos probable la hipótesis pero nunca infalible."

¹⁵²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1973, t. 2. p. 384: "O juiz deve não se prender a uma só prova; não se precipitar a um valor probante; não se crer com arbítrio; aferir o valor de todas as provas em conjunto;"

¹⁵³⁰ TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove, op. cit., p. 261.

¹⁵³¹ Idem. **La prova dei fatti giuridici**, op. cit., p. 408-409: "La motivazione è dunque una giustificazione razionale elaborata *ex post* rispetto alla decisione, ma finalizzata comunque a consentire il controllo sulla razionalità della decisione stessa. Questi principi di ordine generale valgono anche con riferimento alla valutazione delle prove e al giudizio sul fatto. Non è dubbio invero che anche la motivazione in fatto sia necessaria, non meno della motivazione in diritto, proprio come garanzia di razionalità e di controllabilità

fato demonstra, também, que a decisão deriva de um ato reflexivo do juiz¹⁵³², calcado, em perspectiva epistemológica geral, no conhecimento e na análise dos perfis fáticos disponíveis, após o esgotamento da fase probatória, nos autos do processo: limites temporais e espaciais de descoberta da verdade¹⁵³³.

Comumente, é delicada, aqui e alhures, a relação entre valoração da prova e motivação da decisão judiciária. A motivação *in facto* é uma espécie de calcanhar de Aquiles da função jurisdicional, dêis que, não raro, na experiência forense, nem sempre há uma apreciação acurada dos resultados das provas pelo juiz, espelhada em dados objetivos e justificáveis; antes, teratologicamente, depara-se, aqui e acolá, com fórmulas lacônicas, infecundas e irracionais que, a pretexto de dizerem muito, nada dizem: “de acordo com a prova dos autos, o autor tem razão...”. À decisão vazada em termos tão vagos falecerá clareza e sobejará ininteligibilidade, pois que o juiz deixou de adimplir o seu dever de valoração, ministrando as razões pelas quais considera que o resultado da prova é confiável¹⁵³⁴. Não à simples e apodítica enunciação daquilo que o juízo avaliou (e adotou) como versão verdadeira ou falsa

della valutazione delle prove. Da questo punto di vista si intende facilmente che i criteri di controllo razionale del convincimento del giudice, di cui si è fatto cenno in precedenza, possono essere usati anche come criteri di giustificazione razionale del giudizio di fatto. Motivare in fatto significa d'altronde esplicitare, sotto forma di argomentazione giustificativa, il ragionamento che consente di attribuire una determinata efficacia ad ogni mezzo di prova, e che su questa base fonda la scelta a favore l'ipotesi sul fatto che nelle prove disponibili trova un grado più elevato di conferma logica. Ciò implica che la motivazione deve dar conto dei dati empirici assunti come elementi di prova, delle inferenze che partendo da essi si sono formulate, e dei criteri impiegati per tranne le conclusioni probatorie; parimenti la motivazione deve dar conto dei criteri con cui si giustifica la valutazione congiunta e complessiva dei diversi elementi di prova, e delle ragioni che fondano la scelta finale in ordine alla fondatezza dell'ipotesi sul fatto.”

¹⁵³² COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 286: “La motivación del fallo constituye un deber administrativo del magistrado. La ley se lo impone como una manera de fiscalizar su actividad intelectual frente al caso, a los efectos de poderse comprobar que su decisión es un acto reflexivo, emanado de un estudio de las circunstancias particulares, y no un acto discrecional de su voluntad autoritaria.”

¹⁵³³ TARUFFO, Michele. Elementi per un’analisi del giudizio di fatto, op. cit., p. 269: “La sequenza che si è schematicamente descritta nelle pagine precedenti è tendenzialmente infinita quando si tratta di stati epistemici relativi a conoscenze scientifiche. È invece finita, poiché interest reipublicae ut sit finis litium, quando si tratta della prova dei fatti in giudizio. Probabilmente questa è la differenza più rilevante tra conoscenza scientifica e conoscenza giudiziaria. Nel processo la fine della sequenza è solitamente determinata da un fattore pratico, ossia dall’esaurimento della fase probatoria.”

¹⁵³⁴ Idem. La fisionomia della sentenza in Italia, op. cit., p. 203: “Quanto alle prove che secondo il giudice fondano la decisione in fatto, esse vengono a volte indicate, ma di regola in modo assai generico. Manca ciò, o è meramente formale, la loro valutazione, ossia l’indicazione delle ragioni per cui il giudice ha ritenuto che la prova fosse attendibile. Ciò accade sia quando si tratta di prove in senso proprio, sia quando il giudizio sul fatto deriva da un’inferenza basata su elementi presuntivi. Qui in particolare, e malgrado l’estrema delicatezza della ricostruzione presuntiva del fatto, la motivazione si riduce spesso ad un generico rinvio all’ “esperienza comune” come giustificazione del passaggio conoscitivo dall’elemento indiziario al fatto che si tratta di accertare.”

dos fatos. Não por acaso, de tais amostras escatológicas descende a correta observação de autorizada vertente doutrinária no sentido de a motivação *in facto* de uma decisão não traduzir um ato de vontade¹⁵³⁵ mais que de inteligência do juiz¹⁵³⁶.

A motivação no juízo de fato não pode se evadir a regras e critérios intersubjetivos de valoração, individualizada e conjuntamente, dos elementos probatórios representados nos autos do processo. A motivação deve ancorar razões que justifiquem, racionalmente, a validade dos critérios jurídicos que impelem o juiz a decidir¹⁵³⁷. A motivação tem natureza substancial, e não meramente formal. A justificação lógica do juízo de fato não se contenta com o acanhado registro do juiz de que um fato é verdadeiro ou falso, tampouco a racionalidade cognitiva se regozija com singela e genérica indicação às provas. Bem ao contrário, o juiz deve explicitar os critérios de escolha ou de valoração usados no acerto do material probatório. Ou seja: há de ministrar os motivos pelos quais ficou convencido da existência ou da inexistência dos fatos (constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos). Não de ser objetivamente justificadas, por exemplo, as opções axiológicas que influenciaram a escolha das premissas fáticas consideradas corretas e justas pelo juiz para conformar sua convicção.

No plano do processo justo, a problemática da atendibilidade do juízo sobre fatos conexiona-se com a medida, maior ou menor, de confirmação que as provas disponíveis são suscetíveis de abonar às hipóteses fáticas da causa. Através da análise do raciocínio probatório afigura-se possível configurar o juízo sobre os fatos, mediante a eleição da hipótese revestida pelo coeficiente mais elevado de confirmação probatória.

A função demonstrativa da prova, própria do sistema da *civil law* (ao contrário da concepção argumentativo-retórica da prova, típica do sistema da *common law*), a par de consubstanciar instrumento de conhecimento da verdade material dos fatos, representa um

¹⁵³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 51: “Quando se diz que a sentença é ato de vontade, é para qualificá-la como um comando estatal, pronunciado *in concreto*. Jamais para situá-la no arbítrio do julgador.”

¹⁵³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel, op. cit., p. 122: “Tous ces genres de manoeuvres donnent à penser que la motivation *in facto* d’une décision ne traduit pas toujours une conclusion fondée sur des données objectives et justifiable par un procédé rationnel, donc susceptible de contrôle extérieur. On arrive quelquefois à entrevoir, à travers ces formules “stérilisées”, un acte de volonté plutôt que d’intelligence.”

¹⁵³⁷ MELO, Luiz Pereira de. Requisitos essenciais da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11-12, p. 37-44, jul./dez. 1978, esp. p. 39.

fator de racionalização do procedimento¹⁵³⁸. A livre valoração da eficácia da prova, acaso plasmada de irracionalidade ou de subjetivismo, embaraçar-se-á com apreciação arbitrária. Significa a fuga do cognoscitivismo em direção ao campo do puro decisionismo judicial, inviabilizando-se, em semelhante sistema probatório, toda e qualquer forma racional de controle. O antídoto é justamente a obrigatoriedade de motivação pública do juízo de fato. Não se afigura possível, no modelo epistemológico, institucionalmente, uma declaração genérica feita pelo juiz sobre os fatos provados, sem indicar específicas e adequadas razões que justifiquem os critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz¹⁵³⁹.

Nesse teor de ideias, força é convir que, em termos de confirmação probatória, o cerne essencial do juízo de fato representa a escolha da hipótese animada pela prova preponderante, mediante a perquirição sobre se a probabilidade lógica milita em prol da hipótese positiva ou da hipótese negativa. Qual a nota de prevalência de uma hipótese sobre a outra.

Merece menção à parte o problema dos chamados juízos prognósticos assentes nas decisões cautelares *lato sensu*, com referências, por exemplo, a um dano irreparável ou de difícil reparação. O juiz formula a solução mais idônea capaz de, provisoriamente, garantir a eficácia prática da futura decisão sobre o mérito da controvérsia¹⁵⁴⁰, ou mesmo de ulterior processo executivo. Em casos tais, o legislador, não raro, utiliza “normas abertas”¹⁵⁴¹,

¹⁵³⁸ TARUFFO, Michele. *Funzione della prova: la funzione dimostrativa*, op. cit., p. 328: “*La prova giudiziaria svolge una funzione dimostrativa in quanto fornisce un fondamento conoscitivo e razionale per la scelta che il giudice compie individuando una versione attendibile e veritiera dei fatti rilevanti della causa, e giustificando razionalmente tale scelta. La condizione e la modalità con cui la prova svolge in concreto questa funzione sono determinate dal contesto complessivo rappresentato dal ragionamento del giudice finalizzato alla formulazione e alla motivazione del giudizio di fatto. La prova compie la funzione che le è propria quando il giudice svolge questo ragionamento secondo criteri razionali, idonei ad assicurarne la validità e l’attendibilità.*”

¹⁵³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 177: “*Por eso, si la motivación no es directamente una garantía epistemológica sí lo es indirectamente, en la medida en que permite un control sobre ese irreductible espacio de discrecionalidad que es el ámbito de la libre valoración. La exigencia de motivación es, pues, un garantía de cierre del sistema cognoscitivista.*”

¹⁵⁴⁰ TARUFFO, Michele. *Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica*. In: _____. **Sui Confini**: Scritti sulla giustizia civile, op. cit., 2002. p. 329-345, esp. p. 329-330: “*Come è evidente, il giudice della cautela è qui chiamato a formulare varie valutazioni rivolte verso il futuro: a) il giudizio sulla “fondatezza del motivo di temere” contiene già una valutazione relativa alla probabilità che il pregiudizio in questione si verifichi; b) l’“iminenza” del pregiudizio è a sua volta oggetto di una previsione, relativa al tempo presumibilmente occorrente perché il pregiudizio concretamente si verifichi; c) infine, anche la determinazione di provvedimenti che siano idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza implica un’ulteriore previsione, che investe da un lato ancora la natura del pregiudizio di cui fondamentalmente si teme l’imminente verificarsi, e dall’altro lato investe l’individuazione degli effetti della sentenza che potrà concludere il giudizio di merito, dato che è su questa “previsione” che il giudice dovrà calibrare il contenuto del provvedimento d’urgenza.*”

¹⁵⁴¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 798: “*Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar*

conferindo ao juiz ampla valoração discricionária¹⁵⁴². O raciocínio do juiz na formulação de uma hipótese concernente ao *facto probandum* difere daquele outro prognóstico: o primeiro reconstrói, acerta e valora a existência ou inexistência de um fato histórico, ao passo que o segundo tem os olhos volvidos a um evento futuro¹⁵⁴³. A “história do futuro” inspira não apenas em boa literatura vieiraiana, mas também juízos prognósticos em autos de processos judiciais. No juízo prognóstico, são utilizáveis, também, máximas de experiência comum, como critério de inferências para fazer a passagem de um fato conhecido a outro desconhecido. Tais inferências não de ser adequadas e racionalmente justificadas, de molde a assegurar controle idôneo de razoabilidade¹⁵⁴⁴.

No discurso judicial transpira a necessidade de a motivação abranger também a premissa de fato, vale dizer, o juiz aporta razões que permitam aceitar os enunciados fáticos como verdadeiros ou falsos (contexto de justificação). Tanto o direito à prova quanto o direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz, enquanto elementos integrantes do núcleo essencial do contraditório em seu cariz substancial, reclamam que o órgão julgador, também no juízo de fato, considere a atividade probatória das partes. A não ser assim, as garantias do contraditório, do direito de defesa e do devido processo legal valeriam menos que zero. Ademais, o juiz, no espaço da motivação, deve demonstrar que efetivamente levou em conta todos os aspectos fático-jurídicos relevantes da causa, as alegações das partes¹⁵⁴⁵ e, sobretudo, os elementos de prova carreados, pelo esforço dos contendores, para os autos do processo¹⁵⁴⁶.

adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”; art. 888: “O juiz poderá ordenar ou autorizar, na pendência da ação principal ou antes de sua propositura: V - o depósito de menores ou incapazes castigados imoderadamente por seus pais, tutores ou curadores, ou por eles induzidos à prática de atos contrários à lei ou à moral; VIII - a interdição ou a demolição de prédio para resguardar a saúde, a segurança ou outro interesse público.”

¹⁵⁴² TARUFFO, Michele. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica, op. cit., p. 333.

¹⁵⁴³ Ibidem, p. 335.

¹⁵⁴⁴ Ibidem, p. 340: “*In sostanza, occorre evitare che il giudice fondi le sue valutazioni su una “scienza privata” segreta ed imperscrutabile, ma anche che egli si serva acriticamente di una “esperienza comune” incerta ed inattendibile.*”

¹⁵⁴⁵ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 4. p. 104: “A motivação da sentença, consoante a doutrina dominante, deve dizer respeito aos argumentos e razões apresentados pelas partes litigantes, refutando uns e aceitando outros, com a justificação respectiva desse pronunciamento.”

¹⁵⁴⁶ MORALES MOLINA, Hernando. **Curso de derecho procesal civil**: parte general. 6. ed. Bogota: Editorial ABC, 1973, v. 1. p. 468.

Há, porém, mais. Os critérios de escolha ou de valoração dos perfis fáticos não de ser expressamente justificados, seja em relação às alegações e às provas que embasam a hipótese de decisão vencedora, seja no tocante àquelas que suportam a hipótese de decisão derrotada¹⁵⁴⁷. A exigência de motivação, em escala maior ou menor, à luz das peculiaridades do caso particular, se estende, indistintamente, a todos os meios de prova, cujos resultados se sujeitam à valoração. Por exemplo: o fato notório e o fato admitido pela parte como verdadeiro não prescindem de justificação, embora deprequem uma carga argumentativa menor do que aquela concernente a um fato intrincado e controvertido. Em casos tais, os juízos, como bem se compreende, não são os mesmos, antes distinguem-se até mesmo por força dos níveis de complexidade do conjunto fático-probatório.

É princípio assente que a motivação serve para o juiz justificar suas próprias razões, de arte que, na ambiência do processo justo, versão e contraversão das hipóteses fáticas são credoras de justificação adequada e explícita. Significa dizer que é de rigor seja proscria a eufemisticamente chamada motivação implícita, que, bem vistas as coisas, configura uma não motivação.

A função da motivação no juízo de fato, na perspectiva político-garantística, permite o controle extraprocessual, democrático e difuso, sobre o esforço despendido pelo juiz no accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Aspira-se demonstrar a juridicidade, a racionalidade, a bondade, a correção dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz na formulação de sua decisão, que, à semelhança da lógica da mulher de Cesar, não basta ser justa, mas tem de parecer justa aos olhos críticos da sociedade. A motivação, como expressão das razões justificativas da decisão, assegura a efetividade da exigência de atuação racional da função jurisdicional.

Nas constatações derivadas de direta observação do juiz (*v. g.*, colheita de depoimento de uma testemunha) a motivação se adstringe à manifestação dessa constatação ou à

¹⁵⁴⁷ DIDIER JR., Fredie et al, op. cit., p. 323-324: “Muitas vezes o magistrado, analisando os argumentos e provas trazidos ao processo, tende a realçar, em sua motivação, apenas aquilo que dá sustentação à tese vencedora. É bastante comum que o juiz, por exemplo, julgando *procedente* um pedido, fundamente a sua decisão com base apenas, ou ao menos predominantemente, nos argumentos e provas produzidos pelo *autor*. Isso, porém, não é correto. É imprescindível que se indique também *por que* as alegações e provas trazidas pela parte *derrotada* não lhe bastaram à formação do convencimento. Trata-se de aplicação do princípio do contraditório, analisando sob a perspectiva substancial: não basta que à parte seja dada a oportunidade de manifestar-se nos autos e de trazer as provas cuja produção lhe incumbe; é necessário que essa sua manifestação, esses seus argumentos, as provas que produziu sejam efetivamente analisados e valorados pelo magistrado. Além disso, o julgador deve expor na sua decisão os motivos por que tais argumentos e provas não o convenceram. “A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal”. Isso é importante até para que a parte derrotada possa lançar mão dos meios de controle da decisão que lhe é desfavorável.” (Grifos no original).

enunciação de semelhante percepção¹⁵⁴⁸. Em outras palavras: a motivação de constatações, fulcradas em percepções imediatas e diretas do juiz, se restringe a *reddere rationem* de que os fatos que delineia foram efetivamente observados pelo julgador.

8.7.1 Integralidade das provas e *iter* lógico de sua valoração

Um dos mais caros elementos da garantia fundamental do contraditório no processo civil é o direito à prova, conexionado com o direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, por conseguinte, no conteúdo de sua decisão. Nesse escopo, todos os meios ou fontes de prova legal e moralmente legítimos são admissíveis no processo. Está vedada apenas a utilização de provas obtidas ilicitamente, por força do art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal brasileira de 1988.

O discurso judicial sobre fatos controversos, pertinentes e relevantes da causa deve abarcar a justificação expressa dos meios de prova, nos aspectos concernentes, simetricamente, à admissibilidade, à pertinência¹⁵⁴⁹, à relevância, à produção¹⁵⁵⁰. Mas não é só. Percepção e juízo. Os resultados das provas adquiridas nos autos do processo, em toda a sua extensão, hão de ser, igualmente, objeto de valoração - enquanto atividade de apreçamento da idoneidade do que foi percebido pelo juiz para, com emprego de regras-máximas de experiência, deduzir a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos, formulados

¹⁵⁴⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 182: “*La razón parece clara: el juez sólo puede verificar un enunciado de percepción (una “constatación”) constatando los hechos que describe, de manera que justificar ese enunciado, o sea aportar las razones que apoyan su verificación, consiste simplemente en enunciarlo, o si se quiere, en manifestar que el enunciado es verdadero porque los hechos que describe se han percibido. Desde luego ello no significa que las constataciones sean “infalibles”, pues el juzgador puede haber incurrido en errores de percepción. Significa tan sólo que, entretanto no se pogan de manifesto esos errores, la manifestación de lo que el juez ha percibido hace válida prueba de aquello que se describe.*”

¹⁵⁴⁹ BLANC, Emmanuel. **La preuve judiciaire**. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1974. p. 69.

¹⁵⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 465-466: “A motivação do juiz é imprescindível, quando se defere ou indefere uma prova sob o argumento de o fato ser, ou não, controvertido e pertinente, e de o fato ou a prova ser, ou não, relevante. (...) Na fase de produção da prova, toda decisão que possa acarretar gravame ao intento da parte de fornecer ao juiz elemento de convicção deve ser adequadamente motivada. Não importa se o indeferimento se deu pela razão de o fato ter sido reputado incontroverso, impertinente ou irrelevante, ou se a prova foi considerada irrelevante ou incapaz de demonstrar o fato que se pretendia ver esclarecido, ou ainda se foi violada regra processual que impede a sua produção, ou se a prova foi considerada ilícita.”

pelas partes e objeto de verificação¹⁵⁵¹ - e de justificação individualizadas e explícitas, tanto aqueles abonados pelo órgão julgador em sua hipótese de decisão, quanto aqueles outros que conformam a versão fática sobrepujada¹⁵⁵². A confiabilidade do acerto dos fatos pelo juiz não prescinde da iluminação do conjunto fático-probatório, como também da aquisição, conhecimento e valoração de todas as provas relevantes para o julgamento da lide¹⁵⁵³.

O juiz deve avaliar, separada e conjuntamente, todos os elementos de prova decalcados para os autos do processo, pois apresentam, um a um, seu coeficiente de persuasão. Nesse escopo, o conhecimento estritamente privado do juiz não deve ter peso para a apreciação da prova, expressamente fundamentada, sob a ótica de sua juridicidade e construção lógica¹⁵⁵⁴. De sorte que, entre os elementos constantes dos autos do processo (*Quod non est in actis non est in mundo*), o órgão julgador deve garimpar o material submetido ao filtro purificador do contraditório entre as partes, indispensável à correta reconstrução histórica dos fatos. O juízo de fato implica escolha da hipótese racionalmente aceitável no feixe de reconstruções possíveis dos fatos da causa. A regra de ouro é a seguinte: “o que não se pode motivar legitimamente não existe.”¹⁵⁵⁵ Com efeito, o juiz, em seu prudente

¹⁵⁵¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, v. 1. p. 498-499: “*Pertanto la valutazione delle prove costituisce qualche volta un procedimento semplice, qualche volta un intreccio complicatissimo, il quale esige l’impiego di attitudini logiche e pratiche di primo ordine. Si tratta di ordinare le prove, che spesso sono molte e varie; di valutare ciascuna isolatamente; di metterle poi in contatto e in confronto; di controllare un ordine di deduzioni con un altro; di tener conto con cura dei dettagli; di scegliere con cautela le regole di esperienza; di vigilare con acutezza le giunture dei sillogismi. Basta pensare alla valutazione di una prova testimoniale un poco complessa per intendere questa difficoltà e questo pregio: l’età, l’intelligenza, la cultura, l’onestà, l’interesse dei testimoni, la verisimiglianza, la concordanza delle deposizioni, la coerenza o il contrasto di queste con le presunzioni o con i documenti sono le molte facce, che presenta il problema della valutazione.*”

¹⁵⁵² Sobre o problema da justificação da credibilidade da prova, vide MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**, op. cit., p. 296: “Qualquer circunstância que aponte para a desestabilização da prova deve ser revelada na motivação da sentença, ainda que não interfira na valoração individual da prova ou no resultado do julgamento. (...) Em suma: antes de se tentar ligar a prova ao fato é preciso analisar a sua credibilidade, pois a prova somente pode provar depois de ter sido aprovada, ou, como salienta IACOVIELLO, “toda prova, antes de provar, deve ser provada”.”

¹⁵⁵³ TARUFFO, Michele. **Giudizio: processo, decisione**, op. cit., p. 175: “*Così, ad esempio, si può dire che un processo nel quale le ipotesi sui fatti non vengono chiarite, o nel quale non si raccolgono tutte le prove rilevanti, non è idoneo a consentire la formulazione di giudizi attendibili sui fatti in sede di decisione. Di contro, una decisione che non tenga conto degli elementi di conoscenza e di valutazione raccolti nel corso del processo non può configurarsi come una conclusione appropriata e razionale di esso.*”

¹⁵⁵⁴ ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**, v. 5, op. cit., p. 252.

¹⁵⁵⁵ Interessantes observações sobre a imprescindível motivação da valoração probatória em NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 196-208, esp. p. 208: “*Con elle se subrayaría la exclusión de la intuición en una sentencia judicial. Un juez no puede juzgar según lo que cree intuitivamente que ha sucedido, sino sobre lo que existen elementos de prueba que demuestran que ha sucedido, valorando debidamente dichos elementos. Y*

apreçamento dos fatos, há de se adstringir, necessariamente, aos resultados da atividade probatória desenvolvida pelas partes em contraditório. Não há espaço, aqui, para raciocínios meramente intuitivos, cobertos, não raro, por presunções descabeladas, que buscam imprimir uma aparência de motivação à decisão judiciária.

Os múltiplos perfis probatórios carreados para os autos do processo servem para julgar, mas também, eles próprios, afinal de contas, são objeto de julgamento. Contudo, não se pode confundir valoração da prova¹⁵⁵⁶ com a motivação de semelhante valoração¹⁵⁵⁷. No tocante ao material probatório, a motivação é a expressão concreta da aludida valoração¹⁵⁵⁸.

Não seria despropositado conectar a valoração probatória com a imparcialidade do juiz. Com efeito, a ninguém, em sã consciência, ocorreria supor que o juiz possa exercitar suas iniciativas instrutórias de ofício, mas de forma parcial, tendenciosa ou arbitrária, com o propósito de beneficiar uma das partes. A imparcialidade do órgão julgador deve implicar a valoração da prova, consistente na compreensão, assimilação dos resultados probatórios representados nos autos do processo¹⁵⁵⁹. Quando o juiz deserta de seu dever de imparcialidade, tornando-se parcial, não se afigura legitimamente possível a valoração da prova¹⁵⁶⁰. A percepção do juiz em relação aos resultados probatórios está conexiada

en caso de no existir dichos elementos, al no ser posible la valoración, no queda otro remedio que acudir a la carga de la prueba en el proceso civil, o la presunción de inocencia, en su caso, en el proceso penal.”

¹⁵⁵⁶ ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, ano 33, p. 51-71, mar. 2008, esp. p. 58: “Inegavelmente, o processo de valoração da prova é bastante complexo, abrangendo uma série de operações sensoriais e intelectuais das quais se destacam a percepção, a reconstrução e o raciocínio. Primeiramente, o juiz entra em contato com os fatos, mediante a percepção ou observação, direta ou indiretamente, mediante pessoas, coisas ou documentos. Uma vez percebidos os fatos mediante os meios de prova, torna-se necessário proceder à sua representação ou reconstrução histórica, em seu conjunto. Por fim, a terceira fase da valoração da prova exige o raciocínio. Isso não significa que essas fases desenvolvem-se isoladamente, porque, ao contrário, o êxito da valoração da prova depende da adequação e correição dessas operações mentais em seu conjunto.”

¹⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 69: “Por derradeiro, recomenda-se que o juiz deva indicar, na fundamentação da sua decisão, qual o modelo de constatação que orientará a formação do juízo de fato - “prova acima da dúvida razoável”, “prova incompatível com qualquer hipótese de inocência”, “preponderância de prova”, “prova clara e convincente” -, a fim de ampliar o contraditório, permitir o controle racional do processo decisório e minimizar ao máximo a hipótese sempre indesejável de erro judicial.”

¹⁵⁵⁸ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, p. 197: “*De hecho, la valoración en sí misma sigue unas reglas y caminos distintos que son aquellos a los que me referiré en el último capítulo, y que nada tienen que ver, en realidad, con la técnica de la motivación. Por otra parte, la motivación es un concepto que alcanza a la expresión de todos los pensamientos judiciales contenidos en un juicio jurisdiccional, y en cambio la valoración de la prueba constituye solamente uno de esos pensamientos.*”

¹⁵⁵⁹ Sobre o conceito de valoração da prova, vide NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, p. 175: “*actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en un proceso.*”

¹⁵⁶⁰ NIEVA FENOLL, Jordi, *op. cit.*, p. 175: “*¿Qué sucede cuando el juez pierde su imparcialidad? Que el juzgador, en realidad, ya no tiene en cuenta su percepción para motivar la sentencia de forma coherente a*

necessariamente à valoração, ao passo que esta vincula-se, também, àquela. Um exemplo de conduta parcial do juiz na valoração da prova, exprimida na motivação da decisão, é bastante: em evidente inversão de papéis, o coadjuvante torna-se protagonista, posto que o juiz deposita peso em aspectos secundários da prova no escopo de sustentar sua decisão já adredemente definida, relegando ao relento justificativo os resultados cardeais, intrínsecos, da atividade probatória¹⁵⁶¹.

Problema simpático concerne à inclusão da valoração da prova no plano da discricionariedade do juiz em sentido estrito e próprio. Consigne-se, de logo, que não se pode confundir livre valoração da prova com avaliação discricionária da prova, para afirmar que, por esta perspectiva, os juízes desfrutem de uma amplíssima discricionariedade¹⁵⁶². É dizer: o ordenamento jurídico brasileiro, no campo da complexa atividade de valoração dos perfis probatórios, não outorga ao juiz a faculdade de eleição. Isto não quer dizer que o juiz deixe de ter certa dose de discricção, em maior ou menor escala, na utilização de seus critérios de escolha ou de valoração, mas deverá justificá-los, mediante argumentação jurídica e racionalmente válida¹⁵⁶³. É justamente a fronteira da motivação que divide (e distingue) a discricionariedade da arbitrariedade.

No sistema de prova legal, quando o próprio legislador assenta um feixe de diretivas de valoração, o órgão julgador não se pode apartar dessa estimacção¹⁵⁶⁴. A prova legal é

lo percebido. De ese modo, puede obrar de dos maneras distintas: o bien trata de recoger aspectos puntuales y sesgados de esa percepción para sustentar un resultado probatorio que sabe de antemano que es inadecuado; o bien, peor aún, una vez que es parcial deja ya de “percebir” realmente, y ve solamente lo que quiere ver.”

¹⁵⁶¹ NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 177: “*Cuando adapta lo que percebe a lo que interesa (primera situación), no valora la prueba, sino que sólo busca pequeños datos para sobredimensionarlos y evitar así la valoración del material preponderante en el proceso, que le llevaría a la conclusión contraria a la que ansía. Y cuando simplemente se deja convencer con demasiada facilidad a partir de cierto momento en que ve o escucha algo que le impresiona, también dejará de valorar la prueba. Deseará que el proceso acabe lo más pronto posible para poder empezar a redactar la sentencia que ya tiene pensada desde que tuvo la citata impresión.*”

¹⁵⁶² TOMÁS-RAMÓN, Fernández, op. cit., p. 92.

¹⁵⁶³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, v. 2, op. cit., p. 83: “*Acquisito alla causa il materiale probatorio, il giudice deve valutarlo liberamente “secondo il suo prudente apprezzamento” (art. 116), cioè con l’uso della ragione e dell’esperienza; e del processo logico seguito e dei risultati di tale valutazione deve dar conto, succintamente ma esaurientemente, nella motivazione della sentenza.*”

¹⁵⁶⁴ ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: disposizioni generali. 3. ed. riv. Napoli: Jovene, 1957, v. 1. p. 336; LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, v. 2, op. cit., p. 83: “*Alla concreta valutazione del giudice, è in tal modo sostituita quella fatta in astratto preventivamente dal legislatore e fondata sulla esperienza di quello che avviene comunemente e perciò su un calcolo di probabilità: con questo espediente il legislatore semplifica il compito del giudice e rende più facile e spedito l’accertamento dei fatti.*”

refratária à incidência da regra técnica da livre formação da convicção do juiz: aquela limita esta¹⁵⁶⁵. Entretanto, no sistema de prova livre, a valoração é confiada ao prudente apreçamento do juiz. Neste último sistema, ao juiz cumpre ministrar, expressamente, as razões que, segundo as regras de prudente apreçamento, de critério racional ou critério humano, o levaram a se inclinar na direção da versão dos fatos oferecida pelo autor ou da hipótese contraposta apresentada pelo réu¹⁵⁶⁶. A declaração do juízo deve estar amparada em argumentação lógica, racional e, portanto, controlável. Ademais, o juiz não pode simplesmente descartar uma versão dos fatos (derrotada) sem justificar, especificamente, seus critérios de escolha ou de valoração. O juízo se justifica através de motivação jurídica e racionalmente válida. A decisão deve estar vinculada ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva¹⁵⁶⁷.

A livre apreciação judicial das provas (*Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung*) depara na motivação o seu pedágio¹⁵⁶⁸. Como as provas não têm valor absoluto, mas relativo, a valoração dos respectivos resultados impõe ao juiz o dever de exteriorizar as razões que, à luz dos autos do processo, justifiquem os critérios de escolha ou de valoração empregados em sua decisão¹⁵⁶⁹ (fórmula italiana do *prudente apprezzamento*, espanhola da *sana crítica*, alemã da *beweiswürdigung*). O juiz, por exemplo, há de especificar os motivos de sua preferência por um elemento de prova em detrimento de outro ou de sua desconfiança sobre este ou aqueloutro meio de prova. O juiz, mediante livre valoração, mas

¹⁵⁶⁵ REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. Ristampa della seconda edizione. Milano: Giuffrè. 1957, v. 2. p. 60: “*Quanto all’efficacia dei mezzi di prova, in linea di massima il giudice è libero di formarsi la sua convinzione coi mezzi o sui mezzi che gli siano forniti, purchè ne possa dare (nei “motivi” della sua pronuncia) una attendibile giustificazione (principio così detto del libero convincimento del giudice). Però questa sua teorica libertà di giudizio è poi ristretta e vincolata da numerose e varie regole particolari che chiameremo di prova legale.*”

¹⁵⁶⁶ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, op. cit., p. 9: “Além do mais, o juiz deve indicar os critérios que utilizou e as razões de suas conclusões sobre os fatos do litígio.”

¹⁵⁶⁷ TOMÁS-RAMÓN, Fernández, op. cit., p. 100: “*que sólo se satisface con una sentencia jurídicamente fundada.*”

¹⁵⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1974, t.4. p. 216: “Tem o juiz de dar os fundamentos, que lhe assistiram, para a apreciação das provas: porque desprezou umas e acolheu outras, porque não atribuiu o valor que fora de esperar-se, a alguma, ou algumas, e porque chegou às conclusões que expende. Sobretudo, não há de se deixar de considerar algum ponto do pedido ou da defesa, ou qualquer exceção de direito material que foi oposta.”

¹⁵⁶⁹ PLÁCIDO E SILVA, De. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1. p. 294-295.

justificada, deve explicitar, em termos de aceitabilidade dos resultados determinados pelos meios de prova, o valor ou peso que os elementos probatórios ostentam na formação de sua convicção no juízo de fato¹⁵⁷⁰. Nesta sede, tem-se o modelo legal da prova, no qual a valoração já foi adremente levada a cabo pelo legislador, e o modelo de valoração libérrima do juiz na busca da verdade sobre os fatos da causa, cuja odisseia encontra na motivação jurídica e racionalmente válida o seu pedágio¹⁵⁷¹. Por conseguinte, o apreçamento do juiz sobre os fatos não pode ser irracional, incontrolável e daí arbitrário; antes, o juízo de aceitabilidade dos enunciados fáticos decorrentes dos resultados probatórios há de pautar-se em regras ou critérios racionais de determinação da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, amplamente controláveis.

Nessa moldura, outro aspecto que informa a prudente valoração das provas pelo juiz é a racionalidade: a apreciação ou a persuasão deve ser racional, de sorte que os argumentos apresentados pelo juiz devem encadear-se de maneira que coerentemente justifiquem a conclusão final assentada. Não à incoerência do discurso justificativo do juízo de fato¹⁵⁷².

Por conseguinte, a liberdade de valoração das provas pelo juiz é conformada por critérios de juízo e de inferências racionais e controláveis, para embasar, com indispensável inteireza lógica, sua conclusão final. Tal providência, iluminada pelo contraditório entre as partes, em cada caso concreto, confere legitimidade ao convencimento judicial, ao acertamento da verdade possível (não absoluta) dos fatos relevantes para o julgamento da causa.

¹⁵⁷⁰ LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 149.

¹⁵⁷¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 140-141: “*La valoración de las pruebas es el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba. Consiste, más propiamente, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los medios de prueba, así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se juzgan. Teniendo en cuenta que la fijación judicial de los hechos se produce a través de un procedimiento institucionalizado, es posible configurar dos distintos modelos de valoración, dependiendo de que ésta venga o no predeterminada jurídicamente: el modelo de prueba “legal o tasada” y el modelo de prueba “libre”.*”

¹⁵⁷² TARUFFO, Michele. La valutazione delle prove, op. cit., p. 269: “*In ogni caso, il discorso giustificativo può essere incoerente, e quindi inidoneo a svolgere la sua funzione, in molti altri modi: vi possono essere pseudoinferenze in cui le conclusioni non seguono dalle premesse, enunciati veri che vengono presi per falsi ed enunciati falsi che vengono presi per veri, enunciati incompatibili sullo stesso fatto inseriti nel medesimo contesto, termini usati senza ragione in significati diversi, vicende narrate in modo tale da risultare in contrasto reciproco, lacune narrative, mutamenti ingiustificati nei ruoli dei personaggi, prove ritenute attendibili e non attendibili nello stesso contesto, giudizi di valore non giustificati o non coerenti con altri giudizi di valore, e così via lungo le infinite trappole e possibilità di patologia dell’argomentazione razionale.*”

Cabe referir que o acertamento da verdade dos fatos deve reverenciar a função demonstrativa da prova (e não puramente retórica), inspirado em argumentos racionais, em que, logicamente, os fatos são prospectados das provas adquiridas nos autos do processo. A concatenação de premissas e de consequências há de ser objetivamente verificável, a fim de possibilitar sua controlabilidade, interna e externa. Numa locução: os critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz hão de ser necessariamente aceitáveis pela sociedade em geral, em obséquio à garantia de tutela jurisdicional efetiva e à eficácia concreta dos direitos fundamentais.

Abstraindo-se dos casos da cognominada prova legal, não há propriamente um princípio de hierarquia entre as provas, no sentido de que os resultados de algumas delas devam necessariamente prevalecer sobre outros dados probatórios. A valoração dos documentos e dos resultados da prova testemunhal, por exemplo, aos ângulos da confiança e da credibilidade de uns ao invés de outros, bem como a escolha, entre diversos resultados probatórios, daqueles reputados mais idôneos para sustentar a motivação submetem-se à regra do prudente apreçamento pelo juiz. Deve, pois, justificar, com argumentação específica e racionalmente válida, os critérios diretivos de alocação na base de sua convicção/decisão de uma fonte de prova com a exclusão de outra(s). Já em relação à profundidade da motivação *in facto*, cumpre ao juiz demonstrar o porquê de a prova X influir positivamente na formação intelectual de sua convicção e, portanto, o convencer, mas a prova Y, não. O juiz ilude o dever constitucional de motivação quando, por exemplo, se limita a afirmar, com expressões genéricas e indigentes de justificação, que “a pretensão do autor tem respaldo na prova dos autos”¹⁵⁷³. Soa acaciano que tal exigência se dirige tanto aos juízes de primeiro grau quanto aos magistrados de segundo grau de jurisdição.

Outro aspecto importante repousa na assertiva de que a avaliação do material probatório não se adstringe ao exame isolado de validade dos elementos fáticos individualmente considerados, senão que deve ser global, confrontado *vis a vis* o resultado de cada prova, atribuindo-se a cada qual um peso probatório, mas sopesados em seu conjunto. Mister se faz levar em conta o inteiro contexto dos elementos adquiridos nos autos do processo. Ao juiz cumpre estimar a floresta de provas, e não uma árvore isoladamente. O juiz,

¹⁵⁷³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença, op. cit., p. 121: “Outra exigência já não respeita à extensão da motivação, mas à sua profundidade. Evitem-se referências genéricas e não justificadas, do tipo: “a prova produzida pelo autor não convence”. Com isso o juiz de maneira alguma se desincumbiu do dever de motivar: ele tem de explicar *por que* não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Analogamente, quando o juiz afirma: “as alegações do réu não ficaram comprovadas”, ele precisa demonstrar que isso realmente aconteceu; se as provas produzidas pelo réu não o convenceram, que ele exponha os motivos pelos quais não ficou convencido.” (Grifos no original).

parece óbvio dizer, não pode conformar a sua própria convicção com esteio em um elemento de prova ontologicamente inexistente nos autos do processo, tampouco afirmar que não existe um documento que, na realidade, ali está entranhado. E, o que é mais, deve escorar-se em motivação racional, cônica e completa em relação à interpretação do material probatório e às escolhas das provas consideradas idôneas à formação da própria convicção.

Nesse teor de ideias, a falta de exame de elementos probatórios oportunamente carreados para os autos do processo pelas partes configura insuportável agressão às garantias fundamentais da igualdade, da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. As partes, qual afluente do caudaloso rio do contraditório, têm o direito de serem ouvidas, de fazerem valer suas próprias razões em juízo e de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz. Este pode até não concordar com as alegações ofertadas pelos litigantes e o resultado de determinada prova, fruto da atividade de uma das partes, porém não poderá jamais ignorá-los. Na ambiência do processo justo, ao órgão julgador não se reconhece o poder de iludir tais garantias, tornando-as puramente retóricas.

Quando o juiz utilizar em um processo a prova de um fato adquirida em outro processo (“prova emprestada”), desde que resguardada a garantia do contraditório e as partes sejam as mesmas em ambos, tem o dever de valorá-la, à luz do conjunto probatório reproduzido nos autos do processo em julgamento¹⁵⁷⁴.

Releva perquirir, nesse passo, o problema da assim chamada prova negativa, pois o tema repercute naturalmente na motivação *in facto*. Segmentos doutrinários sustentaram (e também assim fora estipulado em sede legiferante)¹⁵⁷⁵ que, em regra, a negativa não seria suscetível de prova, a não ser que a negativa pudesse transformar-se na afirmativa oposta. Contudo, na doutrina moderna, o entendimento prevalecente inclina-se para a posição contrária à da fórmula *negativa non sunt probanda*. Exige-se, por conseguinte, a prova da negativa (*v. g.*, ação declaratória de inexistência de relação jurídica ou de falsidade de

¹⁵⁷⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁷⁵ À guisa de ilustração, vide Ordenações Filipinas, Livro III, título 53, § 10: “A quinta cousa he, que os artigos não sejam meramente negativos, porque sendo-o, não será a parte obrigada a depôr a elles, salvo para se deixarem no juramento da parte, contra quem se poem, e não para se dar a elles outra prova. E postoque seja regra, que a negativa se não pode provar, e per conseguinte se não pode articular, esta regra não he sempre verdadeira; porque bem se pode provar, se he coarctada a certo tempo e certo lugar, e bem assi se pode provar se he negativa que se resolve em affirmativa, e pode-se ainda provar per confissão da parte, feita no depoimento. E pois os taes artigos se podem provar, podem-se articular, e a parte, contra quem se poem, será obrigada a depor a elles.”

documento), salvo se se tratar de um fato indefinido¹⁵⁷⁶. O problema, então, repousa na indefinição do fato e não propriamente em seu jaez negativo.

No juízo de fato, o juiz deverá exprimir as razões justificativas dos critérios de escolha ou de valoração dos resultados da prova da negativa ou de certos fatos negativos, haja vista que toda afirmação anda de mãos dadas com uma negação, e vice-versa¹⁵⁷⁷. Por exemplo: na ação de indenização por omissão culposa, ao autor incumbe provar que o réu não fez algo que deveria ter feito.

8.7.1.1 Ônus da prova e a justificação judicial de sua inversão

Ao ônus de afirmar os fatos principais-jurídicos e secundários-simples corresponde, em regra, o ônus de provar. Inspirado em uma regra de equidade, o ônus de provar incide sobre quem tem o interesse em afirmar¹⁵⁷⁸. Os sistemas jurídicos, em linha de princípio, atentos ao princípio dispositivo no processo e com base no postulado da segurança jurídica, estabelecem, estática e rigidamente, o seguinte esquema de repartição da carga da prova: cabe ao autor, quanto aos fatos constitutivos de seu direito, vale dizer, os fatos que trivialmente produzem efeitos jurídicos a ele benéficos. Já agora ao réu incumbe a prova de fatos que

¹⁵⁷⁶ GUSMÃO, Manoel Aureliano de. **Processo civil e comercial**: explanação de um programma. 2. ed. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C., 1926, v. 1. p. 69-72, esp. p. 69: “A doutrina hodiernamente vencedora, porém, é a de que toda a negativa pode sempre resolver-se em uma ou mais afirmativas a ella correspondentes; que a negativa tem sempre que ser provada, desde que da verdade da mesma dependa precisamente o acolhimento ou o exito favoravel da pretensão de quem sobre ella funda o seu direito.”

¹⁵⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp n. 422778/SP, Relator Ministro Castro Filho, Relatora p/Acórdão Ministra Nancy Andrichi, julgado em 19.06.2007, DJ 27.08.2007, p. 220, encimado da seguinte ementa: “Recurso especial. Civil e processual civil. Responsabilidade civil. Indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Causa de pedir. Cegueira causada por tampa de refrigerante quando da abertura da garrafa. Procedente. Obrigação subjetiva de indenizar. Súmula 7/STJ. Prova de fato negativo. Superação. Possibilidade de prova de afirmativa ou fato contrário. (...) Tanto a doutrina como a jurisprudência superaram a complexa construção do direito antigo acerca da prova dos fatos negativos, razão pela qual a afirmação dogmática de que o fato negativo nunca se prova é inexata, pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de “prova negativa”, ou “impossível”.”

¹⁵⁷⁸ Paulo, D. 22.3.2: “*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*”. A propósito desta sentença, vide BUZAID, Alfredo. Do ônus da prova. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1. p. 45-78, esp. p. 71: “Semelhante princípio repudiou-o a doutrina moderna com todo acêrto. De ordinário, tôda afirmação é ao mesmo tempo uma negação, porque, quando se atribui a uma coisa um predicado, se lhe negam todos os predicados *contrários* ou *diversos*.” (Grifos no original). Assim também, o Código Canônico, cânone 1.748: “*Onus probandi incumbit ei qui asserit. Actore non probante, reus absolvitur.*”

disputam com os fatos constitutivos, ou seja, os impeditivos (v. g., prescrição), modificativos (v. g., novação) ou extintivos (v. g., pagamento) do direito do autor¹⁵⁷⁹. A distribuição do ônus da prova importa a derradeira fronteira para evitar o *non liquet*¹⁵⁸⁰.

A distribuição legal do *onus probandi* pode, ordinariamente, ser alterada, seja por convenção das partes¹⁵⁸¹, seja por requerimento de uma delas, seja por iniciativa do órgão julgador, em homenagem ao princípio da distribuição da carga dinâmica da prova, segundo o qual, atento às especificações e à evolução do processo, o juiz atribuiria o encargo de prova à parte que fosse dotada de conhecimento técnico ou informações específicas sobre os fatos controversos, ou, puramente, exibisse melhor aptidão na sua demonstração¹⁵⁸². Intenta-se, assim, evitar a sugestivamente chamada *probatio diabolica*, ou seja, quando, à luz das peculiaridades do caso concreto, revelar-se tirânica a partilha legal do ônus da prova, de molde a massacrar ou, quando menos, tornar excessivamente difícil a um dos litigantes o concreto exercício do direito. Contudo, a doutrina do ônus dinâmico não autoriza a consagração de uma *probatio diabolica* reversa.

Tanto a admissão quanto a aquisição e a valoração dos resultados das provas devem ser devidamente justificadas pelo juiz. Na esfera de aquisição e produção, sob o influxo do princípio da partilha das provas, é que surge a problemática da inversão do ônus da prova. Na moldura publicista, sob visão cooperativa do processo e com foco nos princípios de boa-fé e de probidade processual, a distribuição dinâmica do ônus da prova denota, em linha de

¹⁵⁷⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 333: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação, art. 380, incisos I e II.

¹⁵⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29, esp. p. 25: “Por incrível que pareça, ignorava o juiz ser função precípua das regras de distribuição do *onus probandi*, exatamente, rasgar uma saída para situações de carência probatória, que de outra sorte esbarrariam no muro opaco do *non liquet*.”

¹⁵⁸¹ No direito positivo brasileiro, a inversão do ônus da prova é admitida, vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 333, Parágrafo único: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 380, § 3º: “A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.” Vide, ao propósito do tema, também o dispositivo do § 4º: “A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.” Em posição oposta à possibilidade de inversão convencional do ônus da prova, vide CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 797.

¹⁵⁸² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento: Humberto Theodoro Júnior. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. p. 432.

princípio, um novo olhar epistemológico sobre o fenômeno probatório, sobretudo ao ângulo dos escopos do processo e do valor justiça substancial¹⁵⁸³. Semelhante teoria busca equalizar a situação de desigualdade em relação à atividade probatória.

A hipótese que, nesse passo, suscita maior polêmica diz respeito à inversão da prova determinada *ope iudicis*. É certo que o juiz tem o poder-dever de fazê-lo. Porém, não é menos certo que a anástrofe deve ocorrer, por decisão motivada, no início da fase instrutória e não, em primeira mão, dar-se no momento de sentenciar (no corpo da própria sentença), pois que, a par de vulnerar as garantias fundamentais da igualdade, do contraditório¹⁵⁸⁴, da ampla defesa e do devido processo legal, acarreta arbitrária e irracional surpresa à parte contra quem o ônus fora invertido¹⁵⁸⁵.

Daí resulta que, no âmbito do processo justo, não se pode concordar com a posição doutrinária e jurisprudencial de que seria lícita a inversão do ônus da prova no corpo da própria sentença, já que, nessa especiosa visão, semelhante inversão seria uma regra de julgamento e, portanto, fora do espectro do direito probatório e da fase instrutória do procedimento. Trata-se da institucionalização de uma odiosa emboscada ou - caso se prefira - de uma surpreendente armadilha, em contraste radical com o garantismo processual, além de violar literal disposição de lei. Na audiência preliminar, frustrada a conciliação, impõe-se ao juiz o dever de definir os rumos do litígio, fixando os pontos controvertidos e organizando a atividade probatória. Nesse espaço, determina, também, as provas a serem produzidas na busca da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa¹⁵⁸⁶.

¹⁵⁸³ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951, esp. p. 945.

¹⁵⁸⁴ *Ibidem*, p. 948: “De fato, caso dinamizado o ônus após o encerramento da instrução, sem oportunizar aos litigantes a produção de prova, complementar ou não, ter-se-ia situação de ofensa ao princípio do contraditório.”

¹⁵⁸⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 433: “c) a redistribuição não pode representar surpresa para a parte, de modo que a deliberação deverá ser tomada pelo juiz, com intimação do novo encarregado do ônus da prova esclarecedora, a tempo de proporcionar-lhe oportunidade de se desincumbir a contento do encargo; não se tolera que o juiz, de surpresa, decida aplicar a dinamização no momento de sentenciar; o processo justo é aquele que se desenvolve às claras, segundo os ditames do contraditório e ampla defesa, em constante cooperação entre as partes e o juiz e, também, entre o juiz e as partes, numa completa reciprocidade entre todos os sujeitos do processo.”

¹⁵⁸⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1977, art. 331, § 2º: “Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário.” (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

É de rigor técnico que a inversão do ônus da prova ocorra no momento da dilação probatória, a fim de que, em vassalagem às garantias constitucionais da igualdade, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, a parte, assim onerada, não seja surpreendida¹⁵⁸⁷. Se, no momento de decidir a causa, o juiz verificar a insuficiência do material probatório constante dos autos do processo, poderá, se for o caso, determinar a inversão do ônus da prova, com a regular intimação da parte para desincumbir-se do *onus probandi* invertido¹⁵⁸⁸.

No campo das relações de consumo (mas não apenas)¹⁵⁸⁹ há regra específica que, em determinadas hipóteses, autoriza a inversão do *onus probandi* do fato constitutivo do direito do autor (consumidor), transferindo-o, por exemplo, para o fornecedor (réu). Com efeito, a Lei nº 8.078, de 11.09.1990 (Código de Defesa do Consumidor), em seu art. 6º, inciso VIII, estabelece: “São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”.

Neste caso, a redistribuição do ônus da prova não se dá de forma automatizada, nem o autor (consumidor) está dispensado de apresentar um sustentáculo probatório, mínimo que seja, até para que o órgão julgador possa aferir, no caso concreto, a presença do requisito da verossimilhança das alegações, no fito da inversão da partilha probatória. A não ser assim, configurar-se-ia hipótese que, se não adequada e racionalmente justificada, repugnaria à consciência jurídica no inferir-se uma presunção de outra presunção (*praesumptum de praesumpto non admittitur*). O juiz deve ministrar as razões pelas quais se convenceu do

¹⁵⁸⁷ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 343.

¹⁵⁸⁸ BONICIO, Marcelo José Magalhães, op. cit., p. 89-90: “Em síntese, para que não ocorram surpresas, deve o juiz manter o equilíbrio no processo e, ao menos, fazer constar na ata da audiência, ou cientificar as parte de outra maneira qualquer, a possibilidade de inversão do ônus probatório, com as respectivas razões pelas quais entende que esta inversão poderá ocorrer, tal como exige o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República, porque os litigantes devem ter a oportunidade de discutir se esta inversão é permitida pela lei, ou não. O entendimento contrário viola, de maneira frontal, o princípio do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões judiciais e, por provocar um evidente desequilíbrio no processo, com surpresa e ônus excessivos, também o princípio da proporcionalidade resta violado, porque não permite que o processo seja “justo e equo.”

¹⁵⁸⁹ Exemplificativamente, no incidente de falsidade documental, vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 389: “Incumbe o ônus da prova quando: II - se tratar de contestação de assinatura, à parte que produziu o documento.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 436: “Incumbe o ônus da prova quando: II – se tratar de impugnação da autenticidade, à parte que produziu o documento.” Na ótica do juízo de verificação do documento, vide ROTA, Fabio. I documenti: La scrittura privata In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 633-686, esp. p. 658 ss.

preenchimento daqueles requisitos legais: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor. Deve explicitar, apuradamente, os motivos que o convenceram de que as alegações são verossímeis ou o autor consumidor é hipossuficiente. E mais: o juiz deve exteriorizar razões específicas sobre as dificuldades técnicas na produção das provas indispensáveis, a fim de que o autor possa sustentar sua posição jurídica em juízo¹⁵⁹⁰.

Há, porém, mais. No processo dialógico, plasmado pela dialeticidade, o princípio de cooperação intersubjetiva hospeda os seguintes deveres: (i) de esclarecimento (partes e juiz reciprocamente haverão de iluminar suas inteligências relativamente às questões - ou pontos - de direito ou de fato da causa); (ii) de prevenção¹⁵⁹¹ (o juiz haverá de precaver as partes sobre as decorrências jurídicas de suas condutas processuais); (iii) de consulta (o juiz haverá de sondar as partes sobre todas as questões - ou pontos - de direito ou de fato relevantes para o julgamento da causa, mesmo no tocante àquelas que lhe caiba conhecer *ex officio*); (iv) de auxílio (o juiz haverá de, em caráter assistencial, acudir as partes, mediante a remoção dos óbices - jurídicos, sociais, econômicos - ao pleno exercício do direito de ação ou de defesa)¹⁵⁹². Tais deveres têm por escopo interditar o autoritarismo consistente na inversão do ônus da prova apenas no corpo do decisório. Soa acaciano que a exigência de processo justo não se compadece com semelhante praxe judiciária. A decretação de redistribuição do ônus da prova não reflete mero despacho, mas, sim, pronunciamento jurisdicional de conteúdo decisório. Daí descende que, ante a excepcionalidade da medida, o juiz tem o dever de motivação¹⁵⁹³, incumbindo-lhe explicitar seus critérios de escolha ou de valoração, dando as

¹⁵⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 435: “Todo consumidor é vulnerável em seu relacionamento com o fornecedor, segundo o direito material. Mas nem todo consumidor é hipossuficiente no sentido processual, ou seja, nem sempre estará desprovido de meios técnico-processuais para promover a prova do fato constitutivo do seu direito.”

¹⁵⁹¹ Veja-se, no direito alemão, o dever do juiz de advertência (*Hinweispflicht*).

¹⁵⁹² Pertinentemente aos deveres hospedados no princípio da cooperação, vide, por todos, SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. p. 65.

¹⁵⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista dos Tribunais**, v. 862, p. 11-19, ago./2007, esp. p. 18: “Como a convicção é explicada através da motivação, é possível dizer que a convicção é aí racionalizada. Ou melhor, a convicção de verdade, a dúvida, a convicção de verossimilhança e a inesclarecibilidade do fato constitutivo são racionalizadas mediante a racionalização dos argumentos utilizados para justificá-las. Vale dizer que a legitimidade do julgamento fundado em verossimilhança (ou a inversão do ônus da prova com base na "verossimilhança da alegação") e da inversão do ônus da prova em razão de inesclarecibilidade (ou com base na "hipossuficiência" do consumidor) requer a análise da motivação. Se os argumentos utilizados - a circunstância de direito material que impõe a dificuldade ou a impossibilidade de produção da prova, ou, por exemplo, a existência de uma regra de experiência que aponte para a verossimilhança - não forem adequados para justificar uma ou outra, ou ainda se a motivação incidir em falta de coerência lógica em relação aos critérios utilizados para demonstrar a convicção de verossimilhança ou a inesclarecibilidade, a decisão carecerá de legitimidade. Isso demonstra a separação entre convicção, decisão e motivação. A convicção é

razões de fato e de direito que condicionaram a formação de sua convicção e que, em última análise, justificam a redistribuição do *onus probandi*¹⁵⁹⁴. É o único meio para se aferir, por exemplo, a imparcialidade do juiz e a juridicidade de sua decisão.

Diga-se, outro tanto, que, no atinente à obrigatoriedade de motivação pública, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 380, § 1º, confere, sob boa luz, adequado tratamento ao problema: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa, relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. Neste caso, o juiz deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

8.7.1.2 Iniciativa probatória *ex officio* do juiz e valoração da idoneidade dos elementos de prova

Historicamente, os ordenamentos processuais consagraram, exclusiva ou conjuntamente, três sistemas distintos de avaliação do resultado das provas: (i) íntima convicção; (ii) prova legal ou tarifada; e (iii) livre persuasão racional e motivada. Este último prepondera na experiência processual brasileira¹⁵⁹⁵, pois o juiz é livre na formação de sua

imprescindível para a decisão, pois o juiz, para decidir, tem que saber o que é necessário (ou o que basta) para julgar o pedido procedente, e assim, por exemplo, quando a convicção de verossimilhança é suficiente. Mas a convicção apenas é exteriorizada quando é racionalizada na motivação. Ou seja, se a convicção é importante para a decisão, o certo é que a convicção e a decisão somente poderão ser compreendidas em face da motivação, quando deverão ser justificadas. Portanto, se a sentença de procedência requer, por exemplo, convicção de verossimilhança, tal sentença somente será legítima quando a sua motivação racionalizar adequadamente tal convicção e os elementos que a determinaram.”

¹⁵⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 432-433: “Para que essa excepcional posição adotada pelo juiz não se torne arbitrária, é preciso que a decisão alteradora da partilha do art. 333 (dita *divisão do ônus estático da prova*) seja feita racionalmente: o juiz deverá, ao ordenar a inversão, proferir um julgamento lógico, capaz de revelar e fazer compreender, através de adequada fundamentação, como formou de maneira racional sua convicção, e quais os elementos que a determinaram.” (Grifos no original).

¹⁵⁹⁵ Sobre os poderes instrutórios *ex officio* do juiz, vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 130: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.”; art. 342: “O juiz pode, de ofício, em qualquer estado do processo, determinar o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa.”; art. 343, *princípio*: “Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento.”; art. 355: “O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.”; art. 399:

convicção, vale dizer, pode apreciar livremente a prova representada nos autos do processo. Numa palavra: prova implica liberdade, e vice-versa.

Entretentes, liberdade na apreciação dos resultados probatórios não se confunde com autoritarismo ou arbitrariedade judicial, a ponto de suprimir, irracionalmente, garantias fundamentais na formulação do juízo do fato. Não por acaso, a livre convicção do juiz encontra na motivação o seu penhor garantístico¹⁵⁹⁶. Acresce que a ilegítima restrição do direito à prova evidencia inaceitável e camuflada violação da garantia de tutela jurisdicional efetiva e justa. O assim chamado juízo-processo se erige em condição indispensável para que se possa descortinar um juízo como modelo racional de decisão¹⁵⁹⁷.

Na moldura publicista do processo e no âmbito do poder-dever de direção do juiz insere-se a possibilidade de iniciativas probatórias de ofício, sem provocação das partes¹⁵⁹⁸ (v. g., realização de uma perícia). No campo do processo civil, a jurisprudência é uníssona¹⁵⁹⁹. O

“O juiz requisitará às repartições públicas em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, o Estado, o Município, ou as respectivas entidades da administração indireta.”; art. 418: “O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de duas ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado, que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações.”; art. 440: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.”; art. 1.107: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 354: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento da lide.”

¹⁵⁹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1973, tomo II. p. 388: “A necessidade de motivação é indeclinável. Cresce ela à medida que se dá ao juiz qualquer parcela, a mais, de livre apreciação.”

¹⁵⁹⁷ TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione, op. cit., p. 174: “*Scelte razionali secondo criteri accettabili e controllabili sono possibili solo quando esse siano state adeguatamente preparate, ossia quando nel processo si sia compiuta in modo corretto l'individuazione e la selezione delle ipotesi di decisione, nonché degli elementi di fatto e di diritto che occorrono per una scelta razionalmente giustificata tra queste ipotesi.*”

¹⁵⁹⁸ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: **Studio in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2. p. 693-772, esp. p. 761: “*Invece è un dato da tempo riconosciuto nonché confermato dall'evoluzione tuttora in atto in molti ordinamenti rispetto alle legislazioni specie della prima metà dell'ottocento, che nulla si oppone a che si coordini il rispetto più assoluto dell'iniziativa di parte nel ricorrere alla tutela giurisdizionale, con la possibilità per il giudice, una volta che la macchina sia stata messa in moto e che le parti non vi rinuncino, di non restare inerte, di non attendere immobile l'interessato contributo altrui, bensì d'indagare, in misura maggiore o minore, al fine di ricostruire nel migliore dei modi il fatto di causa.*”

¹⁵⁹⁹ Confirmam-se alguns arestos expressivos e eloquentes do Superior Tribunal de Justiça: (i) Primeira Turma, AgRg no REsp n. 1.250.179/SP (201/050945-7) - Relator Ministro Benedito Gonçalves, j. 22.10.2013, DJe: 04/11/2013; (ii) Segunda Turma, REsp n. 1.264.313/RS (2011/0155856-3) - Relator Ministro Humberto Martins, j. 06.10.2011, DJe: 14/10/2011; (iii) Terceira Turma, Recurso Especial n. 1.012.306/PR (2007/0287732-4) - Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 28.04.2009, DJe: 07/05/2009; (iv) Quarta Turma,

entendimento ainda majoritário, em sede doutrinária e jurisprudencial, é o de que se trata de poder discricionário do juiz¹⁶⁰⁰. Entretanto, há bons argumentos que militam contra semelhante posição: (i) a racionalidade do processo justo exige o correto acerto da verdade dos fatos; (ii) o exercício dos poderes instrutórios do juiz, ou sua ausência, não pode ser arbitrário, máxime quando se revelarem razoáveis probabilidades de acerto da verdade dos fatos, através de iniciativa probatória de ofício do órgão julgador¹⁶⁰¹.

A iniciativa probatória *ex officio*, embora apartada da neutralidade¹⁶⁰², do juiz não contrasta com o princípio dispositivo e, menos ainda, compromete, fratura a garantia fundamental da imparcialidade do órgão julgador, o qual, à mingua de poderes mediúnicos, não tem, evidentemente, como prognosticar, antever qual a parte que, ao fim e ao cabo, será beneficiada com o resultado da prova assim adquirida¹⁶⁰³. A imparcialidade do juiz, reafirme-se, não resulta afetada quando, na direção do processo justo, com equilíbrio e razoabilidade,

REsp n. 629.312/DF (2004/0020033-8) - Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 27.03.2007, DJ: 23/04/2007; (v) Quinta Turma, AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.154.432/MG (2009/0024012-1) - Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 06.11.2012, DJe: 14.11.2012.

¹⁶⁰⁰ TARUFFO, Michele. L'istruzione probatoria. In: _____ (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale), op. cit., p. 79-168., esp. p. 130.

¹⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 132-133: “*Si consolida in questo modo un sostanziale revirement della giurisprudenza della Corte di Cassazione, con il quale si dà rilievo alla finalità di ricerca della verità alla quale il processo (e non solo il processo del lavoro) deve essere orientato, e si traggono con coerenza le conseguenze che da questa finalità derivano per quanto attiene all'esercizio dei poteri istruttori del giudice. Non più, dunque, discrezionalità "arbitraria", ma dovere specifico del giudice di rendersi attivo tutte le volte che l'accertamento della verità dei fatti dipende dalle sue iniziative istruttorie.*”

¹⁶⁰² *Ibidem*, p. 131: “*Dunque la scelta del giudice non è "neutra", e determina invece le modalità con cui verrà presa la decisione finale: di conseguenza, essa incide sull'esito della controversia. L'acquisizione della prova disposta d'ufficio può consentire l'accertamento della verità del fatto, e può quindi rendere possibile la vittoria della parte che quel fatto aveva allegato, mentre la mancata disposizione di quella prova determinerebbe l'impossibilità di accertare il fatto, e quindi la soccombenza della parte che lo aveva allegato.*”

¹⁶⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abr./jun. 1984, esp. p. 180: “*Outra objeção que se costuma suscitar é a da conveniência de preservar a imparcialidade do juiz. Alega-se que, se o juiz desce do seu pedestal para tomar ele próprio a iniciativa de pesquisar a verdade, pode tornar-se parcial, pode perder a indispensável neutralidade, porque vai beneficiar uma das partes. Ora, em primeiro lugar, quando o juiz toma a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, quando o juiz, por exemplo, ordena uma perícia, não dispendo de bola de cristal, nem sendo futurólogo, não pode, evidentemente, prever, adivinhar qual vai ser o resultado daquela diligência e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará. Pode, em certas situações, formular conjecturas, não porém prever com absoluta certeza. (...) Tudo gira também aqui em torno de um equívoco, o conceito de parcialidade ou de neutralidade. Ao juiz não deve importar que vença o litígio, que saia vitorioso, o indivíduo “X” ou o indivíduo “Y”, considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade.*”

adote postura ativa, em prol da pesquisa da verdade (ou de sua parcela que se pode atingir) dos fatos relevantes e da efetividade da tutela jurisdicional. Os desígnios do processo justo recomendam que, ante um fato relevante deduzido pela parte, sem a produção da correspondente prova de sua existência ou sua realização insuficiente, o juiz, verdadeiramente comprometido com a jurisdição, ao invés de comodamente, qual Pilatos, lavar suas mãos nas regras sobre a distribuição do ônus da prova, deve determinar de ofício que se produza a prova tendente à descoberta da verdade e ao accertamento aceitável do *facto probandum*¹⁶⁰⁴.

Os elementos de prova assim adquiridos submetem-se, naturalmente, ao crivo do contraditório entre as partes, que, no exercício do direito de defesa, podem, por exemplo, apresentar formulações críticas e requerer a produção de contraprova. O diálogo com as partes é condição de legitimidade da decisão adotada *ex officio*, máxime no campo do direito probatório, e fruto do contraditório como direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz. Não ao espanto das partes: decidir de ofício não significa decidir sem a oitiva dos contendores. A importância prática do fenômeno do contraditório (*auditur et altera pars*) exige que aos litigantes seja oportunizada a possibilidade (real e não apenas nominal!) de operar em todas as etapas do procedimento instrutório. Por assim ser, ao juiz, na motivação do juízo de fato, não será lícito considerar qualquer elemento de prova adquirido sem a possibilidade de concreta e eficaz participação das partes.

A circunstância de a prova haver sido produzida por iniciativa do próprio juízo implica maior cuidado na valoração de seu resultado, como também expansão de seu esforço argumentativo justificativo, a fim de demonstrar, na fundamentação da decisão, sua imparcialidade e resistência à contaminação psicológica advinda da origem do empreendimento probatório.

8.7.1.3 A sentença civil como meio de prova

São bem conhecidas as singularidades e precauções que envolvem a questão da assim chamada “prova emprestada”, ou seja, da importação de perfis probatórios adquiridos nos autos de determinado processo para utilização em outro processo. O problema nesse passo

¹⁶⁰⁴ TARUFFO, Michele. L'istruzione probatoria, op. cit., p. 131-132: “*In altre parole: se il giudice ha la possibilità di disporre d'ufficio una prova che porterebbe a questo accertamento, allora ha il dovere di provvedere in questo senso. Va in questa direzione la giurisprudenza, che da qualche tempo qualifica i poteri istruttori del giudice in termini di potere-dovere piuttosto che in termini di mera discrezionalità.*”

versado, embora conexionado com aquele outro, exhibe suas sutilezas. A sentença civil, máxime no processo de conhecimento, é conformada por múltiplos enunciados fáticos e jurídicos afirmados no espaço físico de sua fundamentação. Agora bem, a sentença civil, no sentido de confiabilidade, pode valer, em outro processo, entre partes diversas, como prova documental dos fatos controversos e relevantes cuja verdade restou acertada na fundamentação do *decisum*?

A eficácia probatória da sentença civil, em regra, tem seus limites subjetivos circunscritos às partes formais do processo no qual foi pronunciada. O dever de motivação pública, no juízo de fato, impõe ao juiz, por exemplo, a resolução de questões de fato. Semelhante solução, ensartada nas premissas lógicas, descansa no documento da motivação e, mais amplamente, no documento da sentença como um todo.

O problema, à luz do direito positivo brasileiro, assume feição delicada quando confrontado com a regra de que os juízos de fato (ou a verdade dos fatos afirmados na motivação) de uma sentença estão fora dos limites objetivos da coisa julgada material¹⁶⁰⁵. Contudo, como proposições dotadas de autoridade moral¹⁶⁰⁶ e firme no princípio da livre valoração crítica da prova pelo juiz e na formação de sua própria convicção, nada impede que o órgão julgador possa extrair de uma sentença, máxime se já transitada em julgado, proferida entre diferentes partes, como, de resto, de qualquer prova documental, elementos de convencimento para o juízo de mérito acerca de um conflito entre outras partes¹⁶⁰⁷. A motivação da sentença civil, como representação do juízo de fato que o juiz formulou, é reconduzida à categoria de meio de prova documental. Todavia, não se penetra na questão da confiança intrínseca dos enunciados de fato, vale dizer, de sua correção e veracidade¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁵ O tema é objeto do Capítulo Décimo Primeiro *infra*.

¹⁶⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 5. p. 559-578, esp. p. 568.

¹⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 569: “L’impostazione del problema sul terreno della libera valutazione delle prove serve intanto a far comprendere come, nella stessa opinione di coloro che sono favorevoli a riconoscere alla motivazione delle sentenze una certa efficacia probatoria eccedente i limiti del processo, tale efficacia probatoria non trovi la sua giustificazione sul terreno della cosa giudicata. In verità, se il problema si dovesse risolvere secondo le regole dei limiti soggettivi ed oggettivi del giudicato, non vi sarebbe dubbio che, all’infuori del processo in cui la sentenza è stata pronunciata, i singoli giudizi di fatto enunciati nella motivazione non possono avere in un diverso processo (né tra le stesse parti, né a fortiori tra parti diverse) alcuna autorità.”

¹⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 572, 573: “Escluso che la sentenza possa considerarsi come prova documentale dei fatti su cui nella motivazione il giudice ha espresso il suo giudizio (la sentenza, come si è visto, documenta l’esistenza dei giudizi di fatto, ma non l’esistenza dei fatti a cui questi giudizi si riferiscono!), l’attendibilità intrinseca, la forza di convinzione di questi giudizi non potrebbe, se non m’inganno, esser misurata coi criteri della testimonianza o della perizia.”

Contra a possibilidade de se utilizarem, em processo diverso, os enunciados fáticos da motivação de uma sentença erigem-se alguns obstáculos, como o de que o processo baseado no princípio dispositivo proporciona um valor relativo e contingente, daí por que a reconstrução histórica da verdade dos fatos, fixada pelo juiz em suas premissas, tem função meramente instrumental¹⁶⁰⁹. Nada obstante, o valor probatório dos juízos históricos formulados na sentença civil de outro juiz, transportado para processo distinto, como já observado, condiciona-se à livre valoração crítica do juiz civil em outro processo, para a formação de sua convicção, circunstância que faz evaporar o caráter contingencial da aquisição da prova.

Na prática judiciária, cumpre ao juiz civil, ao livremente degustar os vários elementos probatórios idôneos e aptos a formar sua convicção sobre fatos controversos, contidos em sentença civil proferida num processo diverso, explicitar as razões que justifiquem os critérios de escolha ou de valoração direta da prova¹⁶¹⁰. Somente a lei pode legitimamente mitigar a livre valoração crítica da prova pelo juiz ou mesmo interditá-la totalmente (v. g., hipóteses de prova legal; provas ilicitamente adquiridas). Exige-se, aqui, um esforço maior de argumentação justificativa, pois a eficácia probatória do conteúdo da sentença vai além dos tradicionais limites subjetivos e objetivos da coisa julgada material¹⁶¹¹. Quer-se dizer que ao juiz do processo novo não é lícito, pura e simplesmente, de forma acrítica, considerar como provável que o juízo de fato contido em outra sentença passada em julgado obedece à verdade. Insista-se no ponto: o novo juiz não pode acriticamente desenvolver um raciocínio presuntivo apenas levando em conta o juízo manifestado pelo juiz precedente, sem estimar, com seu próprio cérebro, a plataforma fático-probatória considerada pelo juiz antecedente¹⁶¹².

¹⁶⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova, op. cit., p. 570-571.

¹⁶¹⁰ Averbe-se a posição contrária de CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova. p. 577: *“Si può dunque concludere che, a parte quelle poche disposizioni eccezionali in cui si può sostenere che la legge stessa abbia voluto attribuire alla sentenza penale il carattere di una prova dei fatti accertati nelle sue premesse, tale efficacia probatoria deve essere in generale negata alla sentenza civile: non solo nel senso che ad essa non possa mai riconoscersi il carattere di una prova legale dei fatti enunciati nelle sue premesse, ma altresì nel senso che non possa ravvisarsi in essa neanche un elemento idoneo a formare in un diverso processo la libera convinzione del giudice e a tener luogo della diretta valutazione delle prove, che sola può costituire una sufficiente motivazione della nuova sentenza.”*

¹⁶¹¹ Ibidem, p. 566.

¹⁶¹² Ibidem, p. 574: *“e che tutta la stima che un giudice possa avere per il raziocinio del collega che l’ha preceduto nel valutare gli stessi fatti non sia sufficiente a esonerarlo dal dovere di ragionare colla testa propria. (...) Per sfuggire alla nullità, bisogna che il secondo giudice tragga argomento dalla motivazione della precedente sentenza per risalire alle prove su cui questa si è basata, e per compiere per suo conto una diretta valutazione delle medesime: ma se non c’è questo diretto ritorno alle fonti, il cieco richiamo all’opinione del giudice precedente ed il passivo giuramento in verba di lui non equivale a motivazione.”*

Outra temática de superlativa importância, imbricada com a anterior, é a que diz com os efeitos civis da sentença penal¹⁶¹³. Há ordenamentos jurídicos, como o italiano¹⁶¹⁴, onde se podem discernir traços característicos da unidade jurisdicional (*rectius*, de competência), vale dizer, quando o ato configurar, simultaneamente, uma infração civil e um ilícito penal a ação de restituição ou de ressarcimento de danos deverá ser ajuizada no juízo criminal. Tal posição está alicerçada em diversos argumentos teóricos aduzidos pela doutrina especializada: (i) a vítima, o ofendido ou seus herdeiros são litisconsortes do Estado no exercício do *ius puniendi*; (ii) com a formulação da pretensão civil a vítima, o ofendido ou seus sucessores são acolhidos a secundar o Ministério Público no manejo da ação penal; (iii) o ingresso da parte civil, no processo penal, configuraria modalidade de intervenção de terceiro; (iv) conexão entre a ação penal e a ação civil de restituição ou de ressarcimento de danos; (v) vinculação, por acessoriedade, da *res in iudicium deducta* na ação cível concernentemente à ação penal; e (vi) eficácia vinculante do julgado penal sobre o civil¹⁶¹⁵.

Como é cediço, ao contrário do fenômeno da unidade que se verifica em outros ordenamentos jurídicos, o sistema brasileiro é o da dualidade jurisdicional (*rectius*, de competência). Ou seja: há separação entre o juízo criminal e o juízo civil. A implicação prática é a de que, em sede do processo penal, não se pode inserir, em regra, pretensão civil tipicamente ressarcitória do dano *ex delicto*.

Nesse teor de ideias, a absolvição no juízo criminal não condiciona o juízo civil, haja vista que os elementos da falta criminal nem sempre guardam pertinência com a falta civil, *i. e.*, não têm o condão de elidir a responsabilidade indenizatória, salvo quando aquele juízo de absolvição ancorar-se em negativa de autoria ou ausência de materialidade do fato¹⁶¹⁶. Nestas duas últimas hipóteses o julgado criminal configura uma questão prejudicial (de eficácia

¹⁶¹³ ROENICK, Hermann H. de Carvalho. Os efeitos civis da sentença penal. *Ajuris*, Porto Alegre, 3(6), p. 5-16, 1976, esp. p. 14: “enquanto um fato ilícito civil nem sempre é um ilícito penal, o fato ilícito penal constitui *sempre* um fato ilícito civil; portanto, o delito, enquanto como ilícito penal provoca a reação da pena, como ilícito civil determina o direito ao ressarcimento do dano, que se desdobra em restituição e em ressarcimento do dano em sentido estrito.” (Grifos no original).

¹⁶¹⁴ Codice Civile italiano de 1942, art. 2.043: “*Risarcimento per fatto illecito. - Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.*”

¹⁶¹⁵ ROENICK, Hermann H. de Carvalho, op. cit., p. 14-15.

¹⁶¹⁶ Código de Processo Penal brasileiro de 1941, art. 66: “Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”; art. 67: “Não impedirão igualmente a propositura da ação civil: I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação; II - a decisão que julgar extinta a punibilidade; III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

vinculante) da ação indenizatória, cuja sentença, em linguagem calamandreiana, será subjetivamente complexa: o fenômeno não é apenas de coisa julgada material, senão também confina com a noção de prova legal¹⁶¹⁷. Assim é porque, no campo penal, a responsabilidade por culpa configura exceção, ao passo que, no terreno civil, compõe a regra. Tem-se, de conseguinte, que o injusto criminal é um *plus* em relação ao ilícito civil¹⁶¹⁸.

A ação de restituição ou de ressarcimento de danos poderá ser proposta ainda que, no processo penal, venha a ser proferida sentença de natureza absolutória fundada no reconhecimento de excludentes de ilicitude¹⁶¹⁹. No juízo civil semelhantes excludentes poderão ser, naturalmente, contrastadas (por exemplo: caso a sentença penal haja reconhecido ter sido o ato praticado em estado de necessidade, na ação de indenização *ex delicto* tal fato pode ser sindicado e acertado, justificadamente, de modo diverso para fins de eventual definição do ilícito civil)¹⁶²⁰. Tal apuração é interdita apenas e tão somente quando, no juízo penal, vier a ser negado, peremptoriamente, o fato ou a autoria, o que não ocorre se a sentença absolutória criminal embasar-se em ausência ou insuficiência de provas, hipóteses em que sobrevive o ilícito civil. Nessa toada, por exemplo, a condenação por homicídio culposo por erro médico, no juízo criminal, seguida da extinção da punibilidade, por força do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva do Estado, não açambarca o juízo civil, no qual se pode provar a culpa, *v. g.*, por negligência.

A vítima, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros¹⁶²¹ poderão adotar a seguinte estratégia processual: (i) ajuizar, de logo, ação de conhecimento, de natureza

¹⁶¹⁷ CALAMANDREI, Piero. La sentenza civile come mezzo di prova, op. cit., p. 575: “*la sentenza funzionerebbe veramente come un mezzo di prova legale dei singoli fatti “materiali” enunciati nella motivazione:*”

¹⁶¹⁸ Assinale-se, no entanto, a impropriedade terminológica do art. 65 do Código de Processo Penal brasileiro de 1941: “Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

¹⁶¹⁹ Código Penal brasileiro de 1940, art. 23: “Não há crime quando o agente pratica o fato: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - em estado de necessidade; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II - em legítima defesa; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).”

¹⁶²⁰ Em posição oposta, vide Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp. n. 89.390-RJ, Relator Ministro Ruy Rosado, j. 10.06.1996, DJU 26.08.1996, p. 29.694. Apud NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. Com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 598.

¹⁶²¹ Código de Processo Penal brasileiro de 1941, art. 68: “Quando o titular do direito à reparação do dano for pobre (art. 32, §§ 1º e 2º), a execução da sentença condenatória (art. 63) ou a ação civil (art. 64) será promovida, a seu requerimento, pelo Ministério Público.” Semelhante dispositivo tem suscitado, em sede pretoriana, diferentes interpretações no tocante à sua constitucionalidade: (i) há acórdãos que, interpretando esse dispositivo conforme à Constituição, firmaram o entendimento de que o Ministério Público apenas teria

indenizatória, no juízo civil, figurando no polo passivo o imputado ou querelado ou o responsável civil pelo delito criminal. Neste caso, o processo cível poderá ser suspenso, por prazo não superior a um ano¹⁶²²; (ii) aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória e, a partir de sua regular liquidação (o *an debeatur* restou estabelecido no processo penal e a correspondente liquidação tem por finalidade definir o *quantum debeatur*), instaurar execução no juízo civil. A carta de sentença penal, transitada em julgado, constitui, formalmente, o título executivo judicial¹⁶²³.

Na hipótese de ajuizamento, de pronto, de ação de conhecimento de natureza indenizatória no juízo civil, pela vítima, pelo ofendido, por seu representante legal ou herdeiros, figurando no polo passivo o imputado ou querelado ou o responsável civil pelo delito criminal, o juiz, na fundamentação da sentença, deverá justificar seus critérios de escolha ou de valoração (por exemplo: apreciação da eficácia probatória atinente à verificação do dano, à sua extensão e correspondente liquidação).

legitimidade onde ainda não houver sido instalada Defensoria Pública, subsistindo a legitimidade excepcional do Ministério Público para propor ação *ex delicto*; (ii) há arestos no sentido de que, embora existentes no Estado os serviços da Defensoria Pública, não se mostram suficientes para a efetiva defesa da vítima carente; (iii) há acórdãos que, em posição diametralmente oposta, afirmam a inconstitucionalidade do art. 68 do CPP, que não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, dada sua frontal incompatibilidade com as finalidades institucionais do Ministério Público, catalogadas no art. 129. Apud NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. Com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 220-221.

¹⁶²² Código de Processo Penal brasileiro de 1941, art. 64: “Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil.” (Vide Lei nº 5.970, de 1973). Parágrafo único: “Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.” No que toca à suspensão do processo, vide Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 265: “Suspende-se o processo: IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; § 5º Nos casos enumerados nas letras a, b e c do nº IV, o período de suspensão nunca poderá exceder 1 (um) ano. Findo este prazo, o juiz mandará prosseguir no processo. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 314, V e §4º.

¹⁶²³ Código de Processo Penal brasileiro de 1941, art. 63: “Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros. Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do *caput* do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008)”; art. 135: “Pedida a especialização mediante requerimento, em que a parte estimará o valor da responsabilidade civil, e designará e estimará o imóvel ou imóveis que terão de ficar especialmente hipotecados, o juiz mandará logo proceder ao arbitramento do valor da responsabilidade e à avaliação do imóvel ou imóveis.” O Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 475-N: “São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005). Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)”.

8.7.2 Fatos notórios, presunções e o problema do “conhecimento privado do juiz”

Na concepção publicista do processo civil, sobressaem alguns poderes do juiz, tais os de: a) admissão ou não da demanda (por exemplo: exame da petição inicial); b) direção do processo¹⁶²⁴; c) polícia¹⁶²⁵; d) impulso processual oficial¹⁶²⁶ (instrumento operativo imprescindível em prol da garantia constitucional da razoável duração do processo); e) saneamento¹⁶²⁷; f) instrução¹⁶²⁸; g) julgar (“poder-fim”); h) coerção¹⁶²⁹.

Nessa moldura, sob o influxo do processo justo, ao juiz, na atividade instrutória, cumpre perpetrar o correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Um dos tópicos do “programa básico” em prol da efetividade do processo é que, ante a adequada reconstrução dos fatos relevantes em juízo, mediante condições adequadas, a formação da convicção do juiz seja a mais rente possível à realidade¹⁶³⁰. Há o ônus de afirmar os fatos jurídicos (principais) ou simples (secundários), e há o ônus de prová-los. Não basta que as partes aleguem os fatos, mister se faz produzir a prova de sua veracidade/falsidade ou existência/inexistência, segundo a distribuição legal do ônus da prova. Contudo, semelhante regra é perfurada por uma significativa exceção aos preceitos gerais do direito probatório, não

¹⁶²⁴ Algumas manifestações concernentes ao poder do órgão judicial de direção do processo, mediante atuação *ex officio*: Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 105, 110, *caput*, 112, parágrafo único, 182, *caput*, 2ª parte, 267, II, e § 1º. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, arts. 55, § 1º, 57, 316.

¹⁶²⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 15, parágrafo único, e 445, I, II e III. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, arts. 78, § 1º, e 367.

¹⁶²⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 262, parte final. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 2º.

¹⁶²⁷ No procedimento ordinário é na audiência preliminar, consagrada no art. 331 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, que, em regra, o juiz declara saneado o processo, com a prévia realização de medidas regularizadoras (arts. 317 e 328).

¹⁶²⁸ De há muito se superou a egoística concepção individualista-liberal do processo civil como “coisa das partes” (*Sache der Parteien*, na expressão da antiga doutrina alemã), um assunto entre duas partes, ou um concerto familiar. A anacrônica ideia privatista do processo civil cedeu o passo à sua publicização, de modo que, hodiernamente, o juiz desempenha, *v. g.*, papel ativo na instrução da causa, evidenciado por iniciativas *ex officio* na verificação de fatos relevantes para a solução do litígio: Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 130, 342, 343, *princípio*, 355, 399, 418, 440, 1.107. Tal sistemática não é incompatível com a exigência de imparcialidade do juiz, o qual deve naturalmente decidir com justiça e placitar a posição jurídica da parte que tenha razão. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, arts. 139, inciso VIII, 377, *caput*, 445, 468, incisos I e II, 491.

¹⁶²⁹ Destaquem-se algumas hipóteses típicas para imposição de *astreintes*: (i) execução específica de obrigação de fazer ou de não fazer; (ii) tutelas inibitórias; (iii) tutela cautelar; (iv) antecipação de tutela.

¹⁶³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual, *op. cit.*, p. 18.

no tocante ao ônus de alegação¹⁶³¹, mas, sim, ao respectivo encargo de produzir a prova, dispensando-se a parte do ônus probatório (*manifesta haid indigent probatione*)¹⁶³², porquanto a respectiva prova seria supérflua. Trata-se dos assim chamados fatos notórios¹⁶³³.

A ideia fundamental do conceito de fatos notórios descansa na cultura do *homo medius*, no tempo e no lugar em que a decisão é pronunciada¹⁶³⁴. Trata-se, portanto, de fatos de conhecimento comum, que - por força de prolongada experiência coletiva, a permitir sua inserção no patrimônio cultural comum - qualquer juiz poderia conhecer, quer pela divulgação de tais fatos, quer pela cultura ordinária do juiz, que pressupõe o conhecimento destes fatos. Conhecimento comum não quer denotar que os fatos devam ser efetivamente conhecidos por todos, a fim de que possam merecer a qualificação de notórios, mas apenas que qualquer indivíduo, através dos meios normais de informação, tenha a possibilidade de alcançar-lhe o conhecimento¹⁶³⁵ (v. g., eventos históricos, políticos, econômicos, bem como noções técnicas e científicas). O fato notório, concreto e determinado, há de guardar direta pertinência com o objeto do litígio.

¹⁶³¹ GRASSO, Eduardo. **La pronuncia d'ufficio**. Milano: Giuffrè, 1967. p. 96; MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. p. 64. Cumpre notar-se, em sentido contrário, SANTOS, Moacyr Amaral. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 776, p. 743-754, jun. 2000, esp. p. 754.

¹⁶³² CALAMANDREI, Piero. La genesi logica della sentenza civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di) **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 11-54, esp. p. 19: “Non tutti i fatti allegati dalle parti e giudicati rilevanti hanno bisogno di essere provati. Infatti non hanno bisogno di esser provati i fatti notori.”; ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 11, Parte 2, p. 3-17, 1934, esp. p. 17: “*Ci sarebbe qualche cosa a ridire intorno al modo com'è definito lo aspetto formale del nostro istituto. È inesatto prospettare la notorietà come la circostanza sufficiente a dare prova d'un fatto: sarà, se mai, motivo sufficiente a formare la convinzione del giudice, circa la verità di quel fatto senza bisogno di prova: prova è, in ogni caso, compimento d'attività processuali di parte; la notorietà dispensa le parti dal dispendio di tali attività, esclude dunque, non fornisce la prova dei fatti*”; VERDE, Giovanni, op. cit., p. 114: “*Se il notorio non ha bisogno di prova, ha pur sempre bisogno di essere allegato (dato il diverso valore che hanno i due principi processuali)*.”

¹⁶³³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 334: “Não dependem de prova os fatos: I - notórios;”. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica dicção, art. 381, inciso I. Sobre a correta crítica à formulação daquele preceito, vide GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 374, p. 183-199, jul./ago. 2004, esp. p. 194: “Mas não é correta a afirmação do art. 334 do CPC de que o fato notório não depende de prova, porque aquele contra o qual for reconhecida a notoriedade de um fato pode impugná-lo e provar a sua inexistência, caso em que a parte que o alegou pode também produzir provas em favor da sua existência. Simplesmente, aquele a quem tal fato beneficia fica provisoriamente dispensado de demonstrar concretamente a sua ocorrência, presumida pela notoriedade.”

¹⁶³⁴ No que tange ao critério positivo fundado na identificação da notoriedade, vide Projeto Canelutti de cpc italiano, art. 297: “*Si reputano pubblicamente notori quei fatti, la cui esistenza è nota alla generalità dei cittadini nel tempo e nel luogo in cui avviene la decisione.*”

¹⁶³⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, op. cit., p. 113.

O juiz deve avaliar o notório, *i. e.*, o que pode ser conhecido mediante conhecimento público, sendo de domínio público ou coletivo, e compartilhado entre os indivíduos em geral, para efeito de dispensar ou não a parte do ônus de provar o fato. A generalidade do fato notório é evidente e de semelhante aspecto deriva sua objetividade, que exclui o juízo. A notoriedade do fato, em sentido formal, sob o influxo do princípio de economia processual, dispensa a parte de prová-lo (*notoria non eget probatione*, conforme regra decalcada do Direito Canônico¹⁶³⁶), mas não a exime de alegá-lo em juízo, o que é indispensável à identificação das razões sustentadas¹⁶³⁷. Por exemplo: o autor deve afirmar o fato notório em sua petição inicial (como, de resto, qualquer fato principal ou jurídico e secundário ou simples).

Porém, o que se deve entender por notoriedade em sentido substancial? Qual é a natureza intrínseca e objetiva deste fenômeno? Soa tautológico o enunciado de que notórios são os fatos tais e quanto conhecidos: o problema substancial da notoriedade é apenas posto, mas não é resolvido¹⁶³⁸. Tal problema, como bem se compreende, condiciona o conteúdo da motivação *in facto* e *in iure* da decisão.

Tanto mais que o conceito de notoriedade, no sentido de conhecimento de domínio público, é indeterminado, os fatos notórios não escapam, ao contrário do que ao primeiro lance de vista se possa imaginar, do dever de motivação do órgão julgador. Cumpre-lhe explicitar as razões pelas quais considera o fato como notório. O juiz deve dar contas, exprimindo, por exemplo, se, pelo consenso geral, se reputam certos e indiscutíveis, dê que pertencentes ao domínio da história, ao âmbito das leis naturais ou da ciência, ou aos fatos sociais e políticos que povoam a vida pública atual. O juiz, na fundamentação, deve valorar a correspondência do fato ao conceito de notório, de comum conhecimento, segundo a

¹⁶³⁶ CARNELLI, Lorenzo, op. cit, p. 61.

¹⁶³⁷ ALLORIO, Enrico, op. cit, p. 14-15; ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, op. cit., p. 28; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 277. Consigne-se a posição contrária de PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973), t.4, op. cit., p. 231: “Os fatos notórios não afirmados pela parte podem ser atendidos pelo juiz, se constam de processo elementos de referência, ainda que implícita.”

¹⁶³⁸ ALLORIO, Enrico, op. cit, p. 4, 17: “*Dal punto di vista sostanziale notorio sarebbe, secondo la Corte, ogni fatto che il giudice conosce, e che ad ogni giudice, in analoghe funzioni, pure sarebbe o potrebbe essere noto, sia per la divulgazione della nozione di quel fatto, sia perchè (come s’aggiunge, con opportuna precisazione) quella nozione forma “presupposto”, ossia elemento costitutivo della cultura ordinaria del magistrato: il criterio ci pare sia fundamentalmente corretto.*”

observação e a percepção da coletividade¹⁶³⁹. A não ser assim, haverá vício de motivação¹⁶⁴⁰. Ademais, há notoriedade mais restrita, vale dizer, de fatos comumente conhecidos em determinado local¹⁶⁴¹.

No que toca ao tempo, a notoriedade como conhecimento da verdade de um fato individualizado e concreto, integrante do conhecimento histórico comum, deve estar referenciada ao momento de prolação da decisão, mas há de ser franqueada às partes, em obséquio às garantias da igualdade, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a possibilidade de refutar a qualidade de notório que é atribuída ao fato, para fins de dispensa de produção da prova de sua existência. Por exemplo: se o réu impugna que o fato desfrute do atributo de notório, ao autor incumbirá provar não o fato afirmado em si, mas apenas sua notoriedade.

Na motivação *in facto* - em que se externam as razões concernentes ao acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, *i. e.*, a formulação da autoridade para estabelecer a adequação do caso concreto à hipótese legal¹⁶⁴² -, o discurso judicial, em tema de fatos ditos notórios¹⁶⁴³, nem sempre é satisfatório. Sua invocação, ou admissão como tal,

¹⁶³⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 182: “*En suma, la motivación no puede resumirse en un “esto es así porque yo lo sé”. Sobre los hechos que el juez conoce privadamente pesa la misma exigencia de justificación que sobre el resto. Por los demás, puesto que “notoriedad y verdad” son cosas diferentes, aunque tendencialmente tiendan a coincidir, parece claro que también los hechos notorios deben probarse cuando exista duda sobre su existencia (y, derivadamente, sobre su notoriedad).*”

¹⁶⁴⁰ Corte Suprema di Cassazione italiana, Sent. n. 19834, de 4.10.2004 (rv. 577512): “*Nell’interpretazione dell’atto introduttivo del giudizio il giudice di merito può fare riferimento alle nozioni di comune esperienza, così esercitando un potere discrezionale a lui riservato e sottratto al sindacato di legittimità, a meno che non venga assunta a base della decisione una nozione inesatta del notorio, per «notorio» dovendo intendersi il fatto che una persona di media cultura conosce in un dato tempo e in un dato luogo, non rilevando che tale fatto si riferisca ad un settore delimitato dell’attività umana; individuata una esatta nozione del notorio, la valutazione della corrispondenza del fatto considerato alla suddetta nozione spetta sempre al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione, sempre che tale censura non si limiti ad estrinsecare una valutazione diversa da quella fatta propria dal giudice di merito o ad addurre, a riprova del carattere non notorio del fatto, una asserita misconoscenza di esso da parte dell’estensore dei motivi di censura. (Nella specie, il giudice di merito aveva ritenuto che le date di inizio e fine dell’anno scolastico rientrassero tra le nozioni di comune esperienza; la S.C. ha confermato sul punto la sentenza impugnata).*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 482.

¹⁶⁴¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, op. cit., p. 733: “*si parla poi di una notorietà più ristretta, dei fatti cioè che sono comunemente conosciuti in un determinato distretto, per modo che ogni persona che vi dimora debba essere in grado di saperli.*” Para uma visão panorâmica do problema da notoriedade restrita, no âmbito da Corte Suprema di Cassazione italiana, vejamos os seguintes pronunciamentos: Cass., Sent. n. 16165, de 21.12.2001; Cass., Sent. n. 5809, de 19.4.2001; Cass., Sent. n. 1814, de 23.3.1979. Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 483.

¹⁶⁴² PALLARES, Eduardo. Motivación implícita. In: **Diccionario de derecho procesal civil**. México-DF: Porrúa, 1960. p. 100.

¹⁶⁴³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Prueba y motivación de la sentencia, op. cit., p. 114: “*Por consiguiente, no siempre basta que el juez afirme, en la sentencia, que admite un hecho sin prueba porque*

carece, não raro, de adequada explicitação de razões justificativas da decisão neles embasada¹⁶⁴⁴.

Sob outro prisma, o accertamento esperável dos fatos relevantes (fatos pertinentes ao litígio, cuja existência ou inexistência implicará o julgamento da causa), a par de ser indispensável à descoberta da verdade, erige-se em condição essencial do processo justo. Pode acontecer, e não raro acontece, que o resultado da atividade probatória venha a se revelar infrutífero no tocante à exata reconstrução dos fatos históricos que embasam a lide. Há casos em que a própria instrução probatória se insinua desnecessária ao accertamento dos fatos, uma vez que, por ensejo de ordem pública ou influenciado por experiência comum, o legislador reputa certos fatos como existentes ou verídicos, independentemente de prova¹⁶⁴⁵. Nesta sede, a prova, seja reforçativa, seja refutatória, é tão impotente quanto improfícua, como pregar no deserto. Ao juiz está interdita a possibilidade de qualquer estimacão fática, posto vincular-se, incondicionalmente, ao enunciado hipotético estabelecido pelo legislador¹⁶⁴⁶.

Trata-se de presunções (i) *iuris tantum*, de valor relativo¹⁶⁴⁷, que, situando-se no campo probatório, admitem, empiricamente, prova em contrário e provocam a inversão do

lo tiene por notorio. Salvo en los casos más óbvios, él está obligado a justificar la calificación.” Assim, também, CRETELLA NETO, José, op. cit., p. 118: “Quanto aos fatos, poderá o juiz limitar-se a declarar que estão ou não estabelecidos, mas deverá sempre indicar por que aceita (ou rejeita) as alegações do autor e também por que acolhe (ou descarta) as objeções do demandado, particularmente quando se trata de matéria dependente de prova. Ainda que diga que determinado fato é “notório”, essa notoriedade não pode ser declarada tout court, pois o conceito é suficientemente amplo para ser aplicado a um grande número de locais ou situações, mas não em todas. O que é “notório” para determinado grupo social, pertencente a certa comunidade, pode ser absolutamente desconhecido na comarca vizinha.”

¹⁶⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel*, op. cit., p. 128: “*L’imperfection fondamentale réside sans doute dans l’insuffisante explicitation du raisonnement. En ce qui concerne la motivation in facto, les points cruciaux sont l’appréciation des preuves, la répartition (éventuellement, l’atténuation, voire l’inversion) de l’onus probandi, l’invocation de faits dits notoires (ou tacitement admis comme tels) et de “règles d’expérience”: dans tous ces domaines, un effort plus vif de justification serait extrêmement souhaitable.*”

¹⁶⁴⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 334: “Não dependem de prova os fatos: IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 381: “Não dependem de prova os fatos: IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

¹⁶⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 283: “O art. 334, IV, trata da presunção absoluta, também conhecida por presunção *iuris et de iure*, afirmando que não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Nesse caso, o fato secundário (ou fato indiciário) do fato principal é o próprio fato principal, ao qual o legislador atribui um determinado efeito jurídico, relegando o fato que seria o principal ao nível de motivo ou de *ratio*.”

¹⁶⁴⁷ Como cânone fundamental de civilidade jurídica e à luz do garantismo processual, desponta, no campo do processo penal, desde a perspectiva de garantia epistemológica, a presunção de inocência, vocacionada a

ônus da prova¹⁶⁴⁸; e (ii) *iuris et de iure*, dotadas de valor absoluto (fenômeno de direito material), que não permitem prova em contrário¹⁶⁴⁹. No domínio das presunções legais, o raciocínio do juiz é de natureza dedutiva: a conclusão é a consequência da aplicação da regra geral (premissa maior) a um caso concreto idêntico ou análogo que serve de pressuposto a esta regra geral (premissa menor). Portanto, o princípio de identidade ou de analogia informa o raciocínio do juiz no campo das chamadas presunções legais.

As presunções *iuris tantum*, em situações específicas, constituem meios de técnica legislativa para garantir certos valores técnicos e ideológicos, mediante a regulação da carga da prova. Já as presunções *iuris et de iure*¹⁶⁵⁰ constituem hipóteses normativas que dispensam qualquer valoração lógica por parte do juízo¹⁶⁵¹. São inelidíveis e irrefragáveis, na acepção de que prova alguma em contrário é admitida, inclusive a notoriedade do fato¹⁶⁵². À semelhança dos fatos notórios, os fatos cobertos pelas presunções *iuris tantum*, como elementos integrantes da *fattispecie* constitutiva, não prescindem de oportuna especificação pela parte, vale dizer, não se excluem do ônus de sua indicação explícita¹⁶⁵³. A não ser assim, estar-se-ia (i) violando a garantia fundamental de defesa, a qual deve, para ser eficaz, se circunscrever,

proteger um valor ideológico, como seja, a posição jurídica do acusado no processo e, portanto, seu *status libertatis*; vide Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”.

¹⁶⁴⁸ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 2. p. 155-156; GRECO, Leonardo. A prova no processo civil, op. cit., p. 193.

¹⁶⁴⁹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v.2, op. cit., p. 241-242: “Já as presunções absolutas, ao reputar verdadeiros fatos que podem sê-los ou não, violam duas garantias epistemológicas da busca racional da verdade, anteriormente apontadas, a saber: a de que “para a afirmação da verdade de um enunciado fático é necessária a sua prova”; e a de que “se, à luz de novas provas, puder ser revista a declaração de veracidade de um enunciado cuja falsidade foi posteriormente apurada ou a falsidade de um enunciado cuja veracidade foi posteriormente apurada, isso deve ser feito”.”

¹⁶⁵⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 125, 135.

¹⁶⁵¹ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 367: “A autoridade do magistrado é substituída pelo juízo preventivo e abstrato do legislador; por isso o juiz se limita, unicamente, a verificar os pressupostos fáticos para a aplicação da valoração probatória eleita pelo legislador, sem a possibilidade de formar a sua própria convicção.”

¹⁶⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973), t.4, op. cit., p. 234, 235: “A presunção legal toma alguns elementos, fáceis de provas, e tem-nos como suficientes para que se considerem acontecidos, ou não acontecidos, outros elementos. No fundo, há prova indireta, posto que nem toda prova indireta se prenda a presunção: pode ser certa, sem qualquer alusão à simples probabilidade. A presunção simplifica a prova, porque a dispensa a respeito do que se presume. Se ela apenas inverte o ônus da prova, a indução, que a lei contém, pode ser elidida, *in concreto* e *in hypothesis*. Se ao legislador parece que a probabilidade contrária ao que se presume é extremamente pequena, ou que as discussões sobre provas seriam desaconselhadas, concebe-as como presunções inelidíveis, irrefragáveis: tem-se por *notório* o que pode ser falso.” (Grifos no original).

¹⁶⁵³ GRASSO, Eduardo, op. cit., p. 94-96.

objetivamente, aos fatos expressamente deduzidos nos autos do processo (*secundum allegata e probata*, em regra); (ii) malferindo o princípio dispositivo, no tocante à liberdade de indicar o fato ou conjunto de fatos que compõem a causa de pedir da demanda judicial; são estes fatos, e não outros, que devem ser objeto de qualificação pelo juiz.

Há também as denominadas *praesumptiones hominis* (ou *facti*), humanas ou judiciais, a partir das quais, de um fato conhecido, se pode extrair, com base em raciocínio indutivo e em regras de experiência comum, o fato desconhecido¹⁶⁵⁴. A fonte são as circunstâncias que circundam o caso concreto¹⁶⁵⁵. Representam antecedentes lógicos da decisão, pois que possibilitam a reconstrução dos fatos através de ilações lógicas, prudentemente extraídas pelo raciocínio do juiz, inferindo-se os fatos desconhecidos de fatos conhecidos¹⁶⁵⁶.

Problema interessante diz com a admissibilidade de presunção *hominis* extraída de outra presunção *hominis*. Ou seja: a presunção deverá descansar num fato provado, despontando, então, a questão de se aceitar, ou não, que a prova deste fato tenha, também, se dado por presunção. Semelhante disputa, como bem se compreende, tem intensa implicação na motivação *in facto*. Pode-se dizer, em esquema simplificado, que há duas posições doutrinárias antagônicas: (i) de um lado, aquela que, com base no princípio da livre convicção do juiz, admite a extração de uma presunção do resultado da aplicação de outra presunção. A não ser assim, haveria uma ilegítima restrição (como eco do sistema da prova legal) da

¹⁶⁵⁴ DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoría general de la prueba judicial**. 2. ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1972, t.2. p. 698-699: “*En el razonamiento del juez que aplica las presunciones de hombre para valorar una prueba por indicios, se parte, en cambio, del hecho particular probado o hecho indicador, que constituye la premisa menor (por ejemplo: está probado la fuga del sindicado); se procede luego a aplicar la regla general de experiencia que constituye la premisa mayor en virtud de la cual se deduce cuál es la causa o efecto ordinario de ese hecho (ordinariamente la fuga es efecto de la responsabilidad del delito), y, por último, se utiliza la presunción de hombre que esa regla general suministra, por obtener la conclusión, en la que se declara inductivamente o por inferencia la probabilidad o la certeza de que exista el hecho investigado, según se base en un indicio contingente o necesario (luego es probable que el sindicado sea el responsable de ese ilícito). Cuando la conclusión definitiva se obtiene de un conjunto de presunciones judiciales, se procede de la misma manera; los diversos hechos indicadores forman la premisa mayor; la regla de experiencia que permite deducir la relación de causalidad entre cada uno de esos hechos y el delito constituye la premisa menor; la conclusión es el resultado de la convergencia de las diversas inferencias que de cada uno de esos hechos obtiene el juez. El juez utiliza para su razonamiento el principio de causalidad.*”

¹⁶⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, v.5, op. cit., p. 432.

¹⁶⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 1.105: “As presunções, de que neste passo cogitamos, são somente as denominadas *praesumptiones hominis* (ou *facti*), a saber, aquelas de que o juiz, como homem se utiliza no correr da lide para formar sua convicção, exatamente como faria qualquer raciocinador fora do processo. Quando, segundo a experiência que temos da *ordem normal* das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, *presumimos* a existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário.” (Grifos no original).

liberdade de apreciação da prova; e, (ii) de outro, a posição escudada na tradicional afirmação *praesumptum de praesumpto non admittitur*. O argumento relevante desta vertente doutrinária traduz-se na constatação de que o valor de uma presunção perde fôlego à medida que se arreda do fato base, de sorte que a validade de uma presunção é diretamente proporcional à sua justaposição com o fato provado¹⁶⁵⁷. Ter-se-ia, em semelhante visão, a impossibilidade de se empregar presunções simples em cascata, ou seja, aos casos em que o fato conhecido é confirmado por meio de uma inferência presuntiva (presunção de segundo ou mais graus), de modo a evitar uma concatenação de inferências que culminaria em desidratar a presunção final concernente ao fato ignorado. Nessa perspectiva, a presunção sucessiva seria mais anêmica do que a antecedente, e assim continuamente, fazendo com que a presunção final se mostre inidônea à confirmação probatória do fato desconhecido.

Contudo, prestigiosa doutrina sustenta que se afigura possível lançar mão de presunção de segundo ou mais graus desde que, em cada singular inferência, o juiz estabeleça, à luz dos critérios de precisão e de gravidade (*i. e.*, a depender da regra que se aplica para a formulação da correspondente inferência), se o fato conhecido exhibe a virtude de conferir um coeficiente de confiabilidade ao fato desconhecido¹⁶⁵⁸.

Não seria despropositado encampar a posição de que, com esteio na regra técnica da livre convicção, ao juiz não está interdita a possibilidade de estribar, embora excepcionalmente, uma presunção em presunção, à luz das peculiaridades do caso concreto¹⁶⁵⁹. Neste caso, além de exhibir maior prudência, pois a credibilidade de uma

¹⁶⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**, v. 5, op. cit., p. 420: “Ademais, considerava que o valor de uma presunção seria tanto maior quanto mais próxima e diretamente esta se relacionasse ao fato base e, vice-versa, tanto menor seria quanto mais remota e menos direta fosse essa relação.”

¹⁶⁵⁸ TARUFFO, Michele. Le prove per induzione. In: _____. (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale), op. cit., p. 1101-1125, esp. p. 1114-1115: “*Se ciò accade, questo fatto cessa di essere “ignorato” e diventa “noto” in quanto la verità dell’enunciato che lo riguarda risulta confermata sulla base dell’inferenza presuntiva tratta da un altro fatto noto. (...) Naturalmente, poiché la forza di una catena è pari a quella del più debole dei suoi anelli, occorre che in ognuna delle inferenze concatenate la conclusione acquisisca un grado di conferma - ossia: un livello di gravità e precisione - tale da giustificarne l’attendibilità: una sola inferenza non grave o non precisa basterebbe ad escludere la validità dell’intero ragionamento e - per così dire - ad interrompere la catena delle inferenze. Se questa eventualità non si verifica, e se quindi ogni anello della catena ha una forza sufficiente, la catena giunge ad una conclusione finale che risulta sorretta da un adeguato grado di conferma, ossia dal grado di conferma che caratterizza l’ultima delle inferenze concatenate.*”

¹⁶⁵⁹ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 421: “Assim, respondendo à questão formulada, pode-se afirmar qua ao juiz lícito será fundar uma presunção noutra presunção, ou seja, inferir uma presunção de um fato que considere provado por outra presunção.”

presunção diminui à medida que se aparta de seu centro¹⁶⁶⁰, a ninguém escapa que o juiz atrairá para sua motivação uma carga argumentativa mais robusta para justificar suas escolhas tendentes ao acerto dos fatos, sobretudo no que toca ao estabelecimento do fato base não provado, incerto e de veracidade desnaturada, mas apenas e, também, presumido, sem comprometer, por conseguinte, a ideia de que as presunções, para serem admitidas, devem se revestir de determinados caracteres: gravidade, precisão e concordância¹⁶⁶¹.

Dito de outra maneira, o juiz deve, no documento da motivação, dar contas dos critérios de apreciação dos indícios (fatos ou suas circunstâncias) e das consequências deles prospectadas. Tais consequências não de conduzir o juiz, justificadamente, até a formulação do fato presumido, mediante eleições racionalmente válidas. Tem-se aqui uma espécie de presunção *per relatinem*, ou presunção ao quadrado, a exigir, por isso mesmo, maior esforço argumentativo do juiz, no tocante à formação da prova por presunção (colheita dos indícios, dedução das presunções, apreciação das presunções).

Nas provas há relação direta e imediata com o fato ignorado que se almeja provar, ao passo que, nas presunções, semelhante conexão é tão somente indireta e conjectural. Não constituem, assim, meio de prova autônomo¹⁶⁶² (embora não preexistam ao processo, mas se formem em seu bojo), nem fonte adequada de apuração dos fatos. A presunção traduz a suposição de verdade de um fato ignorado, que a lei e o juiz extraem, por indução, como consequência indireta de um fato conhecido (v. g., presumem-se verdadeiros os fatos narrados na petição inicial que não tenham sido impugnados pelo réu¹⁶⁶³). Em resumo, a presunção

¹⁶⁶⁰ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 421: “Essa advertência faz COPPOLA sabiamente ponderar não ser lícito desconhecer que a consequência, deduzida de um fato conhecido, admitido e provado verdadeiro, para chegar a um fato desconhecido, será geralmente de maior gravidade que a consequência de um fato apenas presumido verdadeiro, isso porque naquele caso, como o fato base é certo e verdadeiro e não somente presumido, a consciência do juiz ficará mais tranquila e não atormentada por dúvidas.”

¹⁶⁶¹ *Code Civil* francês de 1804, art. 1.353: “*Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l’acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.*” Pelo mesmo diapasão afina-se o *Codice Civile italiano* de 1942, art. 2.729: “*Presunzioni semplici. — Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti. Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni.*”

¹⁶⁶² Averbe-se a posição contrária de TARUFFO, Michele. *Considerazioni sulle prove per induzione*, op. cit., p. 1.168: “*le presunzioni semplici che vengono “tratte” dal giudice, donde anche il nome tradizionale di praesumptiones hominis. Le presunzioni semplici sono - a differenza di quelle legali - mezzi di prova, (...).*”

¹⁶⁶³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 302, *caput*: “Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 342: “Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:”. Confirmam-se outros exemplos de presunção, que povoam o Código de Processo

hominis consagra uma estrutura de raciocínio inferencial, pois de um fato conhecido (ou de seu enunciado que se tem como verdadeiro) o juiz migra para alcançar um fato ignorado - *factum probandum* individualizado -, construindo um enunciado concernente a um fato que não se sabe se é verdadeiro ou falso. A discricionariedade do juiz, antecipe-se, deve ser exercitada de modo racional e com o aporte de razões justificativas racionalmente controláveis.

Civil brasileiro de 1973: art. 12, § 3º: “O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.”; art. 68, *caput*: “Presume-se aceita a nomeação se:”; art. 238, Parágrafo único: “Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva.”; art. 261, Parágrafo único: “Não havendo impugnação, presume-se aceito o valor atribuído à causa na petição inicial.”; art. 334: “Não dependem de prova os fatos: IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”; art. 368, *caput*: “As declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.”; art. 375: “O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando a data de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.”; art. 615-A, § 3º: “Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).”; art. 659, § 4º: “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.”; art. 750, *caput*: “Presume-se a insolvência quando:”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 75, § 3º: “O gerente de filial ou agência presume-se autorizado pela pessoa jurídica estrangeira a receber citação para qualquer processo.”; art. 99, § 2º: “Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.”; art. 197: “Os tribunais divulgarão as informações constantes de seu sistema de automação em página própria na rede mundial de computadores, gozando a divulgação de presunção de veracidade e confiabilidade.”; art. 274, Parágrafo único: “Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.”; art. 309: “Não sendo contestado o pedido, os fatos alegados pelo autor presumir-se-ão aceitos pelo réu como ocorridos, caso em que o juiz decidirá dentro de cinco dias.”; art. 351: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor.”; art. 381: “Não dependem de prova os fatos: IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”; art. 415: “As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.”; art. 421: “O telegrama ou o radiograma presume-se conforme com o original, provando as datas de sua expedição e do recebimento pelo destinatário.”; art. 462, § 2º: “A parte pode comprometer-se a levar à audiência a testemunha, independentemente da intimação de que trata o § 1º; presume-se, caso a testemunha não compareça, que a parte desistiu de sua inquirição.”; art. 562: “No caso do art. 561, não comparecendo pretendente algum, converter-se-á o depósito em arrecadação de coisas vagas; comparecendo apenas um, o juiz decidirá de plano; comparecendo mais de um, o juiz declarará efetuado o depósito e extinta a obrigação, continuando o processo a correr unicamente entre os presuntivos credores, observado o procedimento comum.”; art. 770, § 3º: “O termo inicial da interdição será a data a partir da qual se presume a incapacidade do interdito para administrar seus bens ou praticar ato da vida civil.”; art. 844, § 3º: “Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.”; art. 860: “Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.”; art. 862, § 1º: “Deferido o pedido, dois oficiais de justiça cumprirão o mandado, arrombando cômodos e móveis em que se presuma estarem os bens, e lavarão de tudo auto circunstanciado, que será assinado por duas testemunhas presentes à diligência.”; art. 998: “O recurso especial ou extraordinário interposto contra a decisão proferida no incidente tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional discutida.”

O problema que surge na decisão baseada em presunção, haja vista a dispensa de produção de prova, descansa na exigência de que a formação da convicção do juiz derive das alegações das partes e baseie-se na prova representada nos autos do processo, e não na sua própria consciência: *Iudex secundum allegata et probata partium, non autem secundum propriam conscientiam, iudicare debet*. Seja como for, na chamada prova crítica ou presuntiva (que se contrapõe às denominadas provas representativas e àquela por inspeção direta), o fato-indício não tem finalidade representativa, pois a ilação que se extrai, mesmo provável, exhibe caráter indireto. O fato-indício deve ser conclusivo, no sentido de ostentar idoneidade para justificar a ilação formulada pelo juiz¹⁶⁶⁴. Nessa moldura, cumpre ao juiz admitir, apenas, presunções que sejam graves, precisas e concordantes¹⁶⁶⁵.

O juiz pode utilizar presunções *hominis* para formar sua convicção. A valoração das presunções do homem submete-se, como observado, aos requisitos da gravidade, da precisão e da concordância¹⁶⁶⁶. A fundamentação deve exteriorizar os critérios de escolha ou de valoração empregados para embasar a decisão: quais são as razões que, na reconstrução dos fatos, autorizam o juiz a deduzir de fatos conhecidos, lógica e indiretamente, os fatos desconhecidos. A presunção, em regra, há de ser assentada pelo juiz em momento anterior ao do apreçamento do conjunto probatório. Entretanto, o raciocínio presuntivo é permeável às infiltrações das demais presunções e, também, das provas representadas nos autos do processo¹⁶⁶⁷. Por exemplo: por que usou, em sua operação lógica, determinada regra de experiência comum para extrair de um fato conhecido, como consequência indireta, um fato ignorado? Por que utilizou determinado cálculo de probabilidade? Por que considerou a determinação do fato constitutivo, impeditivo ou extintivo do direito? Em suma, o juiz deve

¹⁶⁶⁴ BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Seconda edizione, corredata della recente giurisprudenza. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936. p. 433: “*Il congegno logico della prova critica sta in ciò che, quando l’esperienza dell’ordine naturale delle cose insegna che un fatto è precedente o susseguente o concomitante ad un altro, l’accertata esistenza dell’uno fa argomentare per illazione indiretta (presunzione) l’esistenza dell’altro, in funzione dell’esistenza del primo. Il fatto noto che giustifica l’illazione a quello ignoto si chiama indizio o presunzione esso stesso, e si dice più o meno concludente nella misura in cui sia tale da giustificarla.*”

¹⁶⁶⁵ Ibidem, p. 434.

¹⁶⁶⁶ ALVIM, Arruda, op. cit., p. 565.

¹⁶⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 468: “*Para a formação da presunção não basta apenas o indício e a prova indiciária, pois a presunção é o resultado do raciocínio judicial que, considerando a prova do indício, daí extrai, por dedução, o fato probando. Como a presunção é o resultado desse raciocínio judicial, é preciso considerá-la de forma individualizada e ao lado das demais provas e de outras eventuais presunções. Em outros termos: embora a presunção exija um juízo individual, ela faz parte do conjunto probatório.*” (Grifos no original).

aportar as razões que justificam a conclusão abonada ao caso particular, inclusive no tocante à regra de experiência na qual está escorada¹⁶⁶⁸.

Sob outra ótica, ao juiz está interdita a possibilidade de invocar, como *ratio decidendi*, o conhecimento de fatos estranhos à prospecção de provas em aceitável procedimento instrutório. É dizer: não se lhe autoriza utilizar, de forma atípica, conhecimento privado que tenha dos fatos concretos e particulares ocorridos, relacionados, direta e especificamente, com a matéria litigiosa, e que não pertençam à categoria dos fatos notórios¹⁶⁶⁹. A não ser assim, estariam fraturadas as garantias fundamentais de igualdade, de imparcialidade do juiz¹⁶⁷⁰, do contraditório, do direito de defesa¹⁶⁷¹ e do devido processo legal, bem como, ainda, desprezados os resultados probatórios constantes dos autos do processo, penhor de indispensável julgamento com utilização de critérios objetivos. Ademais, quando o juiz lançar mão de conhecimento dos fatos através de sua ciência particular estará adversando a segurança jurídica. Repugna à consciência jurídica que o juiz possa despir-se de sua toga e, hostilizando a *terzietà*¹⁶⁷², se travista em testemunha privilegiada¹⁶⁷³ quando tenha

¹⁶⁶⁸ Averbe-se, no entanto, a posição parcialmente contrária de DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., 699: “*En cambio, cuando se aplican la presunciones simples o judiciales, se debe explicar el fundamento lógico de la conclusión adoptada en el caso concreto, porque, de lo contrario, no estará debidamente fundamentada, pero no hace falta enunciar la regla general de experiencia que le sirve de base.*”

¹⁶⁶⁹ SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Trad. esp. da 5. ed. Barcelona: Bosch, 1950. p. 200; DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 221-231. Na doutrina brasileira, vide ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, op. cit., p. 27: “E é exatamente essa incompatibilidade que resulta na proibição ao juiz de utilizar seu conhecimento privado dos fatos controvertidos no processo, uma vez que assim acabaria sendo testemunha preferencial em relação às demais, inclusive por não se sujeitar ao contraditório normal. Ora, com tais fatos de seu conhecimento privado não se confundem os fatos notórios, que integram o patrimônio cultural comum de uma coletividade ou segmento social, onde o juiz e os membros dessa coletividade os encontram envolvidos na *opinio veritatis* resultante da experiência e da crítica coletiva por que passaram.”

¹⁶⁷⁰ STEIN, Friedrich, op. cit., p. 4: “*La verdadera causa de la referida prohibición, la razón que hace que siga siendo necesaria en nuestros días, con independencia de los motivos de su génesis, radica primeramente en la imposibilidad psicológica de enjuiciar imparcialmente la propia testificación, en la incapacidad del hombre para salir de sí mismo y, aunque sólo sea con objetividad aproximada, juzgar el valor o la carencia de valor de la propia percepción de la misma forma en que el juez ha de valorar las declaraciones de los testigos teniendo en cuenta el hecho experimental de que al testificar se toma partido inconscientemente.*”

¹⁶⁷¹ Como uma das manifestações do direito de defesa das partes e da garantia do contraditório, vide COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998, esp. p. 114: “*il diritto di essere ascoltate e giudicate da un giudice immune da “scienza privata” o da “private informazioni”, che decida la causa unicamente in base alle prove ed agli elementi acquisiti nel contraddittorio processuale.*”

¹⁶⁷² Constituição italiana de 1947, art. 111, § 2º: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale (...)*”. Portanto, a *terzietà* é um dos traços característicos da função jurisdicional por significar o desinteresse do juiz no que concerne ao objeto do processo.

observado diretamente, *de visu*, um acidente automobilístico. Ao depois, justamente em perfis fáticos que não se encontrem nos autos, mas com base exclusivamente em sua observação e impressões diretamente captadas por seus próprios sentidos, venha a decidir a causa. Quiçá a principal razão adotada para justificar a proibição de accertamento dos fatos alegados mediante a utilização nos autos do processo de conhecimento privado do juiz, com base em suas informações extraprocessuais, repouse na evidentiíssima incompatibilidade psicológica entre o ofício do juiz e a função da testemunha¹⁶⁷⁴, sobre retratar um caso típico de esquizofrenia processual: o juiz aglutinaria em si as funções de testemunha e de juiz e estaria a valorar, de forma não compatível com a serena imparcialidade do juízo¹⁶⁷⁵, o seu próprio “testemunho.”¹⁶⁷⁶ Os ordenamentos jurídicos modernos configuram hipótese de impedimento legal, no sentido de proibir que o juiz possa exercer jurisdição em um processo no qual tenha prestado depoimento como testemunha¹⁶⁷⁷.

Semelhante estado de coisas evade-se do controle das partes. Então cumpriria ao juiz controlar sua própria observação dos fatos, o que não se compraz com sua qualidade de agente público. Ao órgão julgador cabe formar sua convicção imparcialmente, mediante o controle de observações alheias (*v. g.*, de testemunhas, de peritos)¹⁶⁷⁸. Da mesma forma, o juiz não deve empregar suas percepções extrajudiciais sobre determinado fato controvertido para rechaçar requerimento de prova de uma das partes. Contudo, a notoriedade do fato perfila-se não como exceção à regra de vedação de conhecimento privado pelo juiz¹⁶⁷⁹, senão que, à

¹⁶⁷³ FLORES GARCIA, Fernando. Comentarios acerca del “conocimiento privado del juez” en el derecho procesal mexicano. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Mexico-DF, v. 61, n. 255, p. 161-198, 2011, esp. p. 178: “*Aceptar el conocimiento privado del juez, como eficaz para el esclarecimiento de los hechos en el proceso, equivaldría a convertir al Juez en un testigo privilegiado.*”

¹⁶⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. Per la definizione del fatto notorio, *op. cit.*, p. 434 ss.

¹⁶⁷⁵ CAMBI, Eduardo, *op. cit.*, p. 352.

¹⁶⁷⁶ ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. 6. ed. aggiornata. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1. p. 386; CAVALLONE, Bruno. Crisi delle “maximen” e disciplina dell’istruzione probatoria. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 31, 2 serie, p. 708-728, 1976, esp. p. 698.

¹⁶⁷⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação (salvo a alteração da palavra órgão por membro), art. 144.

¹⁶⁷⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, *op. cit.*, p. 734.

¹⁶⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**, v. 2, *op. cit.*, p. 80: “*Appunto perciò la loro prova è superflua: la conoscenza che ne ha il giudice non gli viene dalla sua scienza privata (ch’egli non può utilizzare), bensì dalla notorietà pubblica, che rende assurdo ogni dubbio a loro riguardo e che sostituisce pienamente quel controllo ragionato cui adempie normalmente la prova.*”

semelhança do conhecimento do direito, enquadra-se no plano do oficial conhecimento do juiz¹⁶⁸⁰.

A inspeção judicial direta, em pessoas ou coisas¹⁶⁸¹, embora conhecimento posterior, no curso do processo, não caracteriza hipótese de conhecimento privado do juiz, desde que como observância das garantias constitucionais do contraditório e do devido processo legal: (i) a diligência possa ser devidamente acompanhada pelas partes e/ou seus advogados¹⁶⁸²; (ii) todas as circunstâncias relevantes da diligência sejam formalmente documentadas, mediante lavratura de termo, nos autos do processo¹⁶⁸³; (iii) às partes seja franqueada a possibilidade de se manifestarem a respeito.

Cumprir-se notar-se que o problema do conhecimento privado do juiz não se confunde, obviamente, com a hipótese consistente na possibilidade de o órgão julgador determinar *ex officio* a produção de prova exclusivamente de fatos controvertidos aportados pelos litigantes - cuja fonte já se encontre nos autos do processo -, que entenda pertinente ao correto acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento do conflito.

Semelhantes limites, a par de prestigiarem a liberdade das partes e o princípio dispositivo, têm por fito assegurar a imparcialidade do juiz. O desenvolvimento de toda a atividade probatória submete-se, também e incondicionalmente, ao crivo do contraditório entre as partes (por exemplo: se por iniciativa probatória *ex officio iudicis* for determinada a realização de uma perícia, poderão naturalmente formular quesitos, indicar assistentes técnicos, acompanhar todas as etapas de produção da perícia, formular críticas ao laudo do

¹⁶⁸⁰ ALLORIO, Enrico, op. cit, p. 9, 11.

¹⁶⁸¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 440: “O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação (apenas sem a vírgula após o vocábulo fato), art. 491; Code de Procédure Civile francês, art. 179: “*Le juge peut, afin de les vérifier lui-même, prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux, les parties présentes ou appelées. Il procède aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux.*”

¹⁶⁸² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 442, Parágrafo único: “As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que repute de interesse para a causa.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação (salvo a mudança do termo repute para considerem), art. 493.

¹⁶⁸³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 443, *caput*: “Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 10.10.1973)”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica redação, art. 494. Em sede doutrinária, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 105.

perito do juízo, requerer a intimação do perito para prestar esclarecimentos em audiência, bem como requerer a realização de uma segunda perícia complementar).

A validade da iniciativa probatória do juiz civil pode ser justificada por, pelo menos, cinco argumentos básicos: (i) o publicismo do processo; (ii) o juiz, como timoneiro do processo, tem o dever de zelar pela efetividade da tutela jurisdicional; (iii) na concepção kelseniana a Justiça é a ordem social de proteção à busca da verdade material no processo civil, e não meramente formal; (iv) há interesse público de que o resultado do processo seja substancialmente justo, como forma de imprimir concretude ao valor justiça, tão caro aos ordenamentos jurídicos contemporâneos; (v) uma decisão judiciária jamais poderá ser considerada justa quando se fundar em uma determinação errônea ou inexata dos fatos. Com efeito, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, não se pode aceitar como válida qualquer solução do conflito; antes, ao contrário, a decisão há de refletir os critérios de justiça vigentes naquela comunidade em que o juiz está inserido. A tutela jurisdicional adequada, efetiva e justa, é útil reafirmar, não abre mão do esperável acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, sem o qual decisão justa não pode haver, mesmo ante a correção da escolha e da interpretação aceitável da regra jurídica aplicável ao caso concreto, e o emprego de um procedimento válido, equo e justo para alcançar a decisão final.

Desse modo, o incremento dos poderes de iniciativa probatória do juiz confere maior eficácia ao processo, pois as provas constituem o passaporte de acesso do órgão julgador ao indispensável conhecimento dos fatos. Nessa perspectiva, na busca da verdade, o conceito material de justiça não prescinde do correto acerto dos fatos principais ou jurídicos relevantes para o deslinde da controvérsia.

Deve-se rechaçar, reafirme-se, a possibilidade de o juiz, legítima e eficazmente, lançar mão, para provar fatos controvertidos nos autos do processo, de conhecimento que privadamente tenha acerca deles. Porque assim é, ao juiz não é lícito justificar sua decisão com a utilização, na fundamentação, de dados ou informações obtidas mediante conhecimento privado; antes, ao contrário, há de se limitar aos perfis fáticos existentes nos autos do processo, bem como ao resultado das provas produzidas pelas partes em contraditório, em obséquio ao devido processo legal¹⁶⁸⁴. O juiz não pode pronunciar uma decisão sobre uma questão de fato, apenas segundo seu próprio conhecimento, sem outras provas, submetidas ao

¹⁶⁸⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado, op. cit., p. 3.

filtro purificador do contraditório ente as partes¹⁶⁸⁵. O conhecimento privado do juiz é imprestável para justificar legitimamente o decisório, por vulnerar o princípio de que somente podem ser utilizados pelo julgador para proferir sua decisão os resultados probatórios hospedados nos autos do processo. Afinal: *quod non est in actis non est in mundo*.

Espanca-se, assim, a possibilidade de o juiz justificar sua decisão com apoio em dados ou informações obtidas por meio de conhecimento privado. Os elementos fáticos, no espectro cognoscitivo em que o juiz deve formar sua convicção, são tudo o quanto foi alegado e, ulteriormente, restou provado pelas partes e/ou por iniciativa de ofício do órgão julgador: *iudex secundum allegata et probata partium, non autem secundum propriam conscientiam, iudicare debet*¹⁶⁸⁶. A iniciativa probatória do juiz está vinculada a determinados limites, ou seja, há de se circunscrever aos fatos controvertidos aportados pelas partes, em obséquio à liberdade expressa no princípio dispositivo. Ao juiz está interdita a possibilidade de inovar no material fático que configura o substrato da demanda judicial, sob pena de vulneração do princípio da congruência.

A regra de que o conhecimento privado do juiz não é válido no processo tem sido amenizada quando, por exemplo, se tratar da chamada jurisdição voluntária. Nesta sede, o juiz pode utilizar o conhecimento informativo (*cognitio informatoria*), resultante de todo e qualquer meio idôneo a ilustrar sua consciência; ao passo que na cognominada jurisdição contenciosa o conhecimento legítimo (*cognitio legitima*) do juiz adstringe-se aos resultados das provas representadas nos autos do processo¹⁶⁸⁷.

¹⁶⁸⁵ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**, v. 1, op. cit., p. 95.

¹⁶⁸⁶ PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007. p. 118: “91. En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que deberá declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos. Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca a investigar nuevas fuentes. Al margen del uso de estas fuentes probatorias, entiendo que el juez no puede tener iniciativa probatoria pues sería incontrolable su fuente de conocimiento respecto de los elementos probatorios por él utilizados, lo que puede comprometer la debida confianza que objetivamente el juez debe merecer al justiciable.”

¹⁶⁸⁷ FLORES GARCIA, Fernando, op. cit., p. 179. Entretanto, no Brasil, *de lege lata*, semelhante entendimento parece não encontrar eco, pois se o juiz houver prestado depoimento como testemunha é-lhe defeso exercer, como exigência de imparcialidade, as suas funções no processo contencioso ou voluntário, como, de resto, se inculca do art. 134, *caput*, e inciso II, Código de Processo Civil brasileiro de 1973.

8.7.3 Indícios e sua valoração: juízos indutivos ou dedutivos?

O indício indica, desvela algo¹⁶⁸⁸. Conceitualmente, os indícios são elementos de convicção ou de informação sobre fatos indiretamente relevantes para o julgamento da causa¹⁶⁸⁹, mas dos quais, por meio de raciocínio indutivo (ou, por vezes, dedutivo)¹⁶⁹⁰, é possível extrair conclusões sobre a ocorrência dos fatos diretamente relevantes para aquele julgamento¹⁶⁹¹ (v.g., fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito das partes). A existência dos fatos jurígenos é demonstrada através de outros fatos (não-jurígenos), mediante a utilização do raciocínio indutivo¹⁶⁹². Chega-se, pois, ao conhecimento

¹⁶⁸⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 601: “*La voz latina indicium es una derivación de indicere, que significa indicar, hacer conocer algo. Esta función la cumple el indicio en virtud de la relación lógica que exista entre el hecho indicador y el hecho indicado, es decir, sin que medie ninguna representación de éste (ni oral, ni escrita, ni por reproducción de imágenes o sonidos). De acuerdo con esto entendemos por indicio un hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquél se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos.*”

¹⁶⁸⁹ CANABARRO, Americo. **Estrutura e dinâmica do processo judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1971. p. 127: “*Prova indireta, também chamada circunstancial, é aquela que se constitui pelas afirmações sobre fatos não compreendidos no *thema probandum*, mas que por indução auxiliam a formar a convicção sobre os fatos. São, por exemplo, as presunções e os indícios.*” (Grifos no original).

¹⁶⁹⁰ Sobre a natureza do raciocínio valorativo em sede de indícios, se indutivo ou dedutivo, vide DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 623-624: “*Se ha discutido si el razonamiento valorativo es inductivo o deductivo. Si se contemplan los hechos conocidos y la conclusión que de ellos se obtiene para dar por cierto el hecho desconocido, es indudable que la operación lógica que entonces se utiliza es de naturaleza inductiva: de aquélla se induce la existencia o inexistencia de éste; desde ese punto de vista tienen razón los autores que consideran inductivo el razonamiento probatorio que acompaña a los indicios. Pero si se contemplan las máximas generales de la experiencia o la regla técnica que se utiliza para el argumento probatorio, se tiene que la generalidad y constancia de aquélla se deduce el nexo o conexión que debe existir entre los hechos indiciarios y el hecho desconocido por probar, y entonces aparece una especie de razonamiento deductivo, aun cuando en el fondo es una deducción apoyada en una inferencia inductiva previa, como observa DELLEPIANE (por ejemplo: existen tales hechos probados; de acuerdo con una regla general esos hechos son efectos de tal otro que le sirve de causa, luego de tal regla se deduce una conexión necesaria entre aquellos hechos y éste que es, precisamente, el investigado, en virtud de la cual el segundo puede ser considerado como cierto o como probable). No puede descartarse el razonamiento deductivo en la valoración de la prueba por indicios, como lo enseñan también otros autores: inducción y deducción se confunden en el juicio lógico-crítico.*”

¹⁶⁹¹ STEIN, Friedrich, op. cit., p. 31: “*Los indicios son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales, y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba. Medios probatorios e indicios sólo se encuentran y reúnen en el tratamiento de la apreciación de la prueba.*”

¹⁶⁹² GRECO, Leonardo, op. cit., p. 239: “*Racocínio indutivo é aquele que se constrói por ilações ou inferências, partindo do conhecimento de fatos particulares para o conhecimento geral ou para o conhecimento de outros fatos particulares. Distingue-se do raciocínio dedutivo, no qual se parte de um conhecimento universal, ao qual se subordinam todos os fatos que tenham as mesmas características.*” (Grifos no original).

da existência, ou não, de um fato, por meio de indução, a partir da verificação de circunstância fática conhecida e demonstrada.

O indício consiste, em linha de princípio, no raciocínio indutivo a partir de fato provado que serve de bússola para que o juiz adquira o conhecimento a propósito do fato principal probando. A prova indiciária tem por escopo demonstrar este fato jurídico. A presunção, a par de constituir juízo individual e integrar o conjunto probatório, é o *approach* entre a prova indiciária e a formação intelectual da convicção do juiz¹⁶⁹³.

As adequadas valorações dos indícios, bem como dos critérios cognominados de regras de experiência incidentes no caso particular¹⁶⁹⁴, apresentam dificuldades próprias, por força de maior dose de subjetivismo do juiz, enquanto mentalmente há de realizar-se entre o fato base e o fato consequência. A anatomia do raciocínio que caracteriza a chamada prova indiciária ou indireta é de natureza indutiva, que, em sua estrutura lógica, apresenta no raciocínio do juiz um número de etapas maior do que nas chamadas provas diretas.

No âmbito das denominadas provas indiciárias a indispensabilidade de completude de motivação mais se robustece, uma vez que têm em mira a demonstração de fatos secundários ou simples como uma ponte para se chegar à existência ou inexistência de fatos principais ou jurídicos¹⁶⁹⁵. Com fulcro no quadro indiciário representado nos autos do processo, cumpre ao juiz justificar seus critérios de escolha ou de valoração postos na base de sua decisão, atinentes à demonstração, ou não, dos fatos principais ou jurídicos¹⁶⁹⁶. É uma espécie de

¹⁶⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Prova**, op. cit., p. 288: “Para a formação da presunção não bastam, conforme já explicado, o indício e a prova indiciária, pois a presunção é o resultado do raciocínio judicial que tem o indício (provado) apenas como premissa, para dele extrair, por dedução, o fato probando. A presunção, assim, é o resultado desse raciocínio judicial, e, portanto, deve ser considerada de forma individualizada e ao lado das demais provas e de outras eventuais presunções. Em outros termos: embora a presunção exija um juízo individual, ela faz parte do conjunto probatório.”

¹⁶⁹⁴ Idem. **Curso de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 474: “Nesse percurso entre o indício e o fato essencial, através do qual se olha para a presunção, o juiz precisa de bases para o seu caminho. Ou melhor: o juiz, para verificar se o indício aponta, e em que medida, para o fato essencial, deve se orientar por critérios, que são chamados de regras de experiência. Não é difícil perceber que, se as regras de experiência guiam o raciocínio presuntivo, é preciso controlá-las. Diante disso, impõe-se imediatamente a conclusão de que as regras de experiência, sejam quais forem, devem ser precisamente relatadas e motivadas na decisão para que seja possível controlar o poder do juiz, basicamente a consistência da sua base empírica e sua eventual arbitrariedade.”

¹⁶⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*, op. cit., p. 238: “Analogamente, il giudice deve spiegare in base a quali inferenze ha ritenuto che un certo indizio portasse ad una determinata conclusione relativa ad un fatto della causa.”

¹⁶⁹⁶ DIDIER JR., Fredie et al, op. cit., p. 325: “Nos casos em que tenha havido, no processo, produção das chamadas provas indiciárias ganha ainda mais relevo a necessidade de justificação que se impõe ao julgador, na medida em que esse tipo de prova, como se viu no capítulo relativo à teoria geral das provas, é dirigido à demonstração de fatos secundários (indícios) que apontam para a existência ou inexistência de um fato principal, assim entendido aquele cuja ocorrência, efetivamente, se pretende demonstrar. A conclusão acerca

prova *per relationem*: a demonstração de fatos principais remete-se ao plano dos fatos secundários. A valoração das provas indiciárias ou presuntivas, para que se considere justificada com a respectiva motivação, deve ser completa, como fundar-se, por meio de processo argumentativo estruturado, em inferências logicamente válidas e controláveis¹⁶⁹⁷.

O juiz pode levar em conta o comportamento, comissivo ou omissivo, das partes exclusivamente no processo civil (não no processo penal) como indício probatório ou fonte de presunção *hominis*? Alguns exemplos extraídos da experiência forense são oportunos para ilustrar a indagação: (i) parte que obstaculiza uma inspeção, frustra a realização de uma perícia, destrói provas; (ii) litigante que obstrui reiteradamente a regular fluência do processo, através de medidas nitidamente procrastinatórias; (iii) contendor que não comparece ao interrogatório livre, informal, ou, comparecendo, se recusa a responder sem motivo justificado¹⁶⁹⁸, revela-se ambíguo, contraditório, fraturando escancaradamente seu dever de veracidade¹⁶⁹⁹.

A resposta afirmativa se impõe, ou seja, a parte atrairá para a sua posição jurídica um elemento adverso de valoração das provas. Militam em prol de semelhante assertiva, pelo menos, quatro argumentos jurídicos e metajurídicos: (i) moderna concepção publicista do processo; (ii) dever de probidade das partes; (iii) dever de colaboração das partes, em

da existência, ou não, desse fato principal decorre de atividade intelectual do julgador (presunção), a partir da observação do que normalmente acontece (regra de experiência). Importante, assim, que o magistrado exponha o caminho trilhado para chegar à conclusão acerca do fato principal, baseando-o nos elementos indiciários, a fim de que se possa controlar essa sua atividade.”

¹⁶⁹⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 169: “Assim, na motivação do juízo de fato fundado em indícios, cabe ao juiz demonstrar: a) que as inferências empregadas foram realizadas com base em máximas de experiência de reconhecida validade, resultando daí um elevado grau de relevância e pertinência em relação ao fato a ser provado, o que acarreta uma apreciável intensidade persuasiva dos elementos obtidos (*gravidade*); b) que o fato constatado pela prova indireta tem um sentido único e definido, autorizando uma só conclusão a respeito do fato que deve ser provado, ao contrário do que sucederia com um indício vago ou equívoco (*precisão*); c) finalmente, quando há mais de um indício, que todos os elementos obtidos convergem para uma reconstrução unitária do fato a que se referem (*concordância*).” (Grifos no original).

¹⁶⁹⁸ Corte di Cassazione italiana, Ord. n. 10099, de 26.4.2013 (rv 626096) (conf. Sent. n. 15389, de 22.7.2005 e Sent. n. 13635, de 5.11.2011). Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 794. Vide, também, ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: del processo di cognizione. Ristampa anastatica della terza edizione riveduta con appendice. Napoli: Jovene, 1960, v. 2. p. 175-177.

¹⁶⁹⁹ Na hipótese prefigurada, o dever de veracidade não se afigura incompatível com o princípio clássico *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*. Ao propósito, vide CAPPELLETTI, Mauro. **La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, v. 1. p. 90-102, 180-182, 201.

reverência aos princípios de lealdade, de veracidade e de boa-fé processuais; e (iv) o esforço de séculos para civilizar e moralizar o processo civil¹⁷⁰⁰.

Mas que consequências resultam do comportamento processual das partes no tocante à prova dos fatos relevantes para o raciocínio do juiz e o julgamento da causa? Força é convir que a “atmosfera sintomática” criada pelo comportamento processual das partes serve como elemento à valoração da prova, mediante maior prudência e responsabilidade do juiz, mas não configura, por si só, fonte de prova¹⁷⁰¹, como, de resto, equivocadamente tem sido utilizado, aqui e alhures, na experiência judiciária. Trata-se, apenas, de elemento valorativo da prova e não propriamente meio de prova: exerce função subsidiária, de auxílio, na valoração da prova, sem eficácia probatória autônoma e direta¹⁷⁰². Tome-se o seguinte exemplo: o comportamento processual do réu, que se nega a prestar depoimento não-formal, equivale, em suas consequências jurídicas, à não apresentação de contestação, que, só por si, é impotente para convencer o juiz da veracidade dos fatos alegados pelo autor. O comportamento processual das partes não serve, de si, para deduzir a existência ou não do fato principal narrado em juízo, mas, sim, para fornecer os meios para a dedução¹⁷⁰³, vale dizer, ao juiz é lícito deduzir, apenas, elementos de valoração das provas disponíveis nos autos do processo.

O juiz, com a sua observação direta do comportamento das partes¹⁷⁰⁴ e utilizando regras de experiência, poderá, racionalmente, extrair ilações endoprocessuais e obter

¹⁷⁰⁰ No tocante à boa-fé e ao dever de veracidade, em perspectiva comparatística: CPC austríaco de 1895 (obra-prima de Franz Klein) § 178; ZPO húngara § 222; ZPO alemã § 1º do § 138; BGB alemão § 826; Codice di Procedura Civile italiano de 1940, arts. 88, § 1º, e 96, § 1º; CPC argentino, art. 34, 5º, alínea d.

¹⁷⁰¹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 115, ano 29, p. 74-85, maio/jun. 2004, esp. p. 79-80.

¹⁷⁰² Consigne-se, com base na analogia estrutural, inferencial, entre argumento de prova e presunção simples, posto que ambos assumem como premissa um fato (v. g., o comportamento de uma parte), o entendimento contrário de TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione, op. cit., p. 1.184: “*Si tratta però di una funzione possibile dell’argomento di prova, che non ne esclude l’eventuale - e per certi versi più importante - funzione stricto sensu probatoria. Questa funzione si esplica tutte le volte in cui la conclusione alla quale giunge l’argomento di prova non riguarda l’attendibilità di un’altra prova, ma riguarda direttamente un fatto rilevante della causa. Ad esempio, una risposta data all’interrogatorio libero può riguardare un fatto, principale o secondario, rilevante per la decisione; il rifiuto di consentire l’ispezione non dice nulla intorno ad altre prove, ma potrebbe dire qualcosa intorno all’oggetto dell’ispezione; il rifiuto di esibire un documento non dice nulla intorno ad altre prove, ma potrebbe dire qualcosa intorno al contenuto del documento. In tutti questi casi, e in altri che si possono ipotizzare, l’argomento di prova non ha affatto una funzione sussidiaria: se è abbastanza grave e preciso (per usare anche qui il linguaggio delle presunzioni) svolge una funzione probatoria autonoma.*”

¹⁷⁰³ ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: disposizioni generali. 3. edizione riveduta. Napoli: Jovene, 1957, v. 1. p. 336-341.

¹⁷⁰⁴ Codice di Procedura Civile italiano, art. 116, § 2º: “*Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le*

presunções *hominis*, que, de forma subsidiária ou indiciária, conformem ou, quando nada, reforcem a formação de sua convicção¹⁷⁰⁵. Ao órgão julgador, para além das fronteiras de considerações éticas, cumpre valorar a utilidade prática que a parte possa auferir de sua conduta mendaz no processo e, a partir daí, extrair inferências probatórias¹⁷⁰⁶. Não lhe é lícito empregar apenas o comportamento processual dos contendores como fonte de formação de sua convicção. Impõe-se, no entanto, que, antes da decisão, o juiz submeta a inferência que pretenda formular (v. g., fundada em presunção simples ou, como se queira, em argumento de prova, concernentemente ao comportamento das partes) ao prévio e efetivo contraditório delas. A correção das conclusões que o juiz esculpe, embasado, por exemplo, em argumentos de prova ou em presunções simples, está umbilicalmente atrelada à racionalidade das inferências construídas à luz das especificações do caso concreto¹⁷⁰⁷.

Nessa moldura, a apreciação de todas as provas (diretas ou indiciárias) exige motivação expressa e adequada: o órgão julgador deve explicitar, acuradamente, as razões que justifiquem o juízo de fato¹⁷⁰⁸, notadamente, por exemplo, a prova do chamado “fato conhecido ou indicador”, bem como as etapas inferenciais, calcadas em regras de

ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo.”; art. 232. § 1º: “232. Mancata risposta. — Se la parte non si presenta o rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il collegio, valutato ogni altro elemento di prova, può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell’interrogatorio.” Confirmam-se, na experiência forense peninsular, ao propósito do comportamento processual das partes, Cass., Sent. n. 6769, de 10.7.1998; Cass., Sent. n. 12694, de 16.11.1999; Cass., Sent. n. 12971, de 24.7.2012, rv 623530 (conf. Sent. n. 6694, de 24.3.2005; Sent. n. 386, de 15.1.1999; Sent. n. 10377, de 22.10.1997; Sent. n. 6550, de 9.6.1995); Apud IACOBELLIS, Marcello et al., op. cit., p. 496.

¹⁷⁰⁵ FURNO, Carlo, op. cit., p. 76-77: “*Todo lo más, ocurrirá que el juez utilice sus propias observaciones sobre el modo de conducirse las partes en el juicio, a sabiendas, y con la mayor prudencia y de acuerdo con su experiencia personal, para sacar de ellas, por vía de ilación, un nuevo motivo de íntimo convencimiento. En tal supuesto, la conducta procesal servirá de fuente o de motivo de prueba: como hecho que prueba otro hecho. Se tratará, en todo caso, de un motivo subsidiario, con naturaleza de indicio, del que podrá valerse el juez sólo cuando concurra con otros motivos de la misma o de diversa índole, dentro de las condiciones establecidas por la ley (art. 1354 del Cód. civ.). La conducta procesal de las partes se presenta, pues, como fundamento de una praesumptio hominis, de que deberá valerse el juez con toda cautela, de acuerdo con lo que la ley explícitamente le aconseja.*”

¹⁷⁰⁶ DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 679-687, esp. p. 681.

¹⁷⁰⁷ TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione, op. cit., p. 1.190: “*Infine, la garanzia generale di razionalità della decisione che si fonda su argomenti di prova, così come su presunzioni semplici, è rappresentata - come del resto accade per la valutazione dell’efficacia di tutte le prove - da una motivazione del giudizio di fatto che dia adeguatamente conto delle ragioni e delle giustificazioni che sorreggono la decisione del giudice.*”

¹⁷⁰⁸ GASCÓN ABELLÁN, Marina, op. cit., p. 183: “*La prueba directa tiene también naturaleza inductiva, y lo único que la separa de la -también en esta terminología- prueba indirecta o indiciaria es el número de pasos inferenciales de que consta. Nada la exime, por lo tanto, de la exigencia de motivación. En resumen, la exigencia de motivación se extiende a todas las pruebas. Ésta es la regla general, y en su cumplimiento encuentra el juez la legitimidad de su actuación.*”

experiência, para alcançar a conclusão de existência, inexistência ou características do “fato desconhecido ou indicado” investigado ou alegado nos autos do processo. O indício é o passaporte entre o desconhecido e o conhecido. Ao juiz não é lícito silenciar sobre a existência, a validade processual e a eficácia probatória dos indícios apreciados e valorados (por exemplo: o juiz na avaliação dos indícios deve considerar as razões infirmantes e os contra indícios). Significa dizer que o órgão julgador, em sua atividade técnica de valoração dos indícios, há de formular crítica individual dos diferentes indícios e contra indícios, e crítica global ou de conjunto dos indícios e contra indícios, bem como sua conclusão final, como decorrência do exame integral do tecido probatório representado nos autos do processo¹⁷⁰⁹. A justificação abrange, naturalmente, os indícios probatórios resultantes do comportamento processual das partes. O juiz deve ministrar os motivos que o guiaram até a formulação da presunção adversa sobre a conduta da parte que, por exemplo, se recusa a exhibir determinado documento que esteja em seu poder.

8.7.4 Fato incontroverso: confissão espontânea

As partes, em regra, podem confessar fatos¹⁷¹⁰, tornando-os, assim e em regra, incontroversos. A confissão, judicial ou extrajudicial, consiste na admissão da veracidade de um fato afirmado por uma parte e contrário à posição jurídica do confitente¹⁷¹¹. Há duas afirmações simétricas no que toca à veridicidade de determinado fato¹⁷¹². Ante a declaração formulada por uma parte da verdade dos fatos deduzidos pelo *ex adverso*, tal fato não

¹⁷⁰⁹ DEVIS ECHANDIA, Hernando, op. cit., p. 687-691.

¹⁷¹⁰ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 348: “Há confissão, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário. A confissão é judicial ou extrajudicial.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 396: “Há confissão, judicial ou extrajudicial, quando a parte admite a verdade de um fato, contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.”

¹⁷¹¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, v. 1, op. cit., p. 756: “c) non solo la confessione è una testimonianza qualificata per il soggetto, ma altresì per l’oggetto; non qualunque testimonianza della parte è confessione, ma quella soltanto che narra un quid contrario all’interesse della parte medesima; l’art. 1356 cod. civ. esprime questo concetto dicendo che la confessione fa prova “contro colui che l’ha fatta”.”

¹⁷¹² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Milano: Jovene, 1965. p. 734.

dependerá de prova e tornar-se-á incontroverso¹⁷¹³. A característica da incindibilidade da confissão denota a vedação de se lhe atribuir, em linha de princípio, a eficácia de prova apenas no que toca à porção desfavorável, sem a admissão do fato favorável ao confitente. Contudo, ao juiz é confiada a liberdade para valorar a declaração em seu conjunto, mormente quando o confitente lhe aduzir fatos novos¹⁷¹⁴.

A confissão exhibe a natureza jurídica de meio de prova, posto se constituir em elemento capaz de influir na formação intelectual da convicção do juiz acerca da veracidade dos fatos articulados na demanda judicial¹⁷¹⁵. A confissão, como fonte de prova, é reputada a melhor das provas (*omnium probatum maxima*), mas, para sua validade e eficácia, reclama: (i) capacidade do confitente (o confitente deve estar na livre administração de seu patrimônio e poder dispor do direito sobre o qual a confissão incide); (ii) objeto hábil (a demanda judicial deve versar sobre direitos disponíveis); e (iii) ânimo de confessar (intenção do confitente de afirmar a veracidade dos fatos que lhe são adversos)¹⁷¹⁶.

Os problemas não se calam. A perquirição é a seguinte: a confissão representa um limite ao poder instrutório do juiz, no sentido de que deve, sem mais nem menos, alocar o fato confessado na base de sua decisão? A resposta negativa, em regra¹⁷¹⁷, se impõe. O juiz, justificadamente, não é obrigado a aceitar, sempre e acriticamente, *versus* a sua convicção, a

¹⁷¹³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 334: “Não dependem de prova os fatos: II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos;”. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, com idêntica formulação, art. 381, incisos II e III.

¹⁷¹⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 354: “A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte, que a quiser invocar como prova, aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, suscetíveis de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 402: “A confissão é, de regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável. Cindir-se-á, todavia, quando o confitente lhe aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito.”

¹⁷¹⁵ Sobre as correntes doutrinárias que, de um lado, consideram a confissão como negócio jurídico processual e, de outro, meio probatório, vide BITTENCOURT, Frederico. **Do depoimento pessoal e da confissão**. Rio de Janeiro: S. ed., 1965. p. 107-110.

¹⁷¹⁶ BITTENCOURT, Frederico, op. cit., p. 125-130.

¹⁷¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973), t. IV, op. cit., p. 306-307: “*Confissão* é a afirmação de fatos que a parte adversa expendeu a seu favor. Portanto, enunciado da verdade daqueles fatos, afirmados, em seu próprio proveito, pela parte adversa. Duas afirmações, pelo menos, concordam, e uma delas parte de quem teria interesse em negá-los. De qualquer modo, cria eficácia objetiva e atendibilidade pelo simples fato da inversão da negação, que se esperava, em afirmação de afirmação. Ainda nos sistemas de direito processual em que ao juiz é dado apreciar livremente a prova, o serem concordes as afirmações de duas partes entre si contrárias constitui limite ao poder do juiz, que fica, *se bem que relativamente*, no dever de levar em conta o depoimento confirmador da pessoa de quem se esperavam negação e prova contrária.” (Grifou-se).

confissão¹⁷¹⁸. Com efeito, mesmo quando, por exemplo, o réu confesse (formule) a verdade dos fatos deduzidos pelo autor, ainda assim o juiz não está obrigado a convencer-se, à luz do contexto probatório representado nos autos do processo¹⁷¹⁹, da credibilidade da confissão. Se o fato objeto da confissão de uma das partes for absolutamente inverossímil, valia alguma terá a respectiva declaração ou a sua não impugnação nos autos do processo¹⁷²⁰. Somente é lícito ao juiz emprestar-lhe valor quando se convença de que a confissão consoa com a realidade¹⁷²¹. Poderá desconsiderá-la, motivadamente, na hipótese de se convencer de que (i) a confissão é inválida; (ii) os fatos são impossíveis; e (iii) é fictícia, haja vista que o fato admitido como existente, na realidade, é notoriamente inexistente, e vice-versa.

Releva notar que, na ambiência publicística do processo civil (e, *a fortiori*, no singular aspecto exposto, também do processo penal)¹⁷²², a confissão não pode ostentar natureza vinculativa para o juiz¹⁷²³. Por exemplo: a confissão contra a notoriedade de um fato é ineficaz¹⁷²⁴. De sorte que, em um sistema no qual o princípio é o do livre convencimento motivado, a confissão, malgrado relevantíssimo meio de prova, há de ser racionalmente apreciada pelo órgão julgador em conjunto e confronto com os demais resultados probatórios

¹⁷¹⁸ CAMBI, Eduardo, op. cit., p. 387-389.

¹⁷¹⁹ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp n. 856699 / MS (2006/0129269-6), Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgamento em 15.09.2009, DJe 30.11.2009, valendo destacar o seguinte excerto da ementa: “A confissão ficta conduz a uma presunção relativa de veracidade, passível de sucumbir frente aos demais elementos de prova existentes nos autos.”

¹⁷²⁰ GRECO, Leonardo. A prova no processo civil. p. 195: “Essa concepção, entretanto, não pode mais prevalecer, porque a liberdade de consciência do juiz e a credibilidade das suas decisões não podem contentar-se com a presumível veracidade de fatos absolutamente inverossímeis, simplesmente como consequência da confissão ou da inércia da parte a quem prejudicam. A confiança que os cidadãos depositam na justiça depende da sua crença em que os juízes decidem as causas que lhes são submetidas de acordo com a verdade fática por todos aceita e objetivamente apurada, e não apenas com base em fatos reputados como verdadeiros porque confessados ou não impugnados, embora despidos de qualquer verossimilhança.” Consignem-se as posições contrárias de COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**. Terza edizione riveduta e aggiornata. Torino: Editrice Torinese, 1966. p. 294; CRETELLA NETO, José, op. cit., p. 269.

¹⁷²¹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**, v. 2, op. cit., p. 154.

¹⁷²² No processo penal, o *ius puniendi* do Estado só é admissível em relação a determinado acusado se o crime foi realmente cometido e, o que é mais, cometido por ele. Disso resulta que a confissão do imputado, de si só, não tem caráter vinculativo para o órgão julgador.

¹⁷²³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, op. cit., p.735: “*Ma questo limite al potere del giudice vien meno ogni qualvolta lo Stato non può disinteressarsi delle conseguenze che avrebbe nel caso concreto l'obbligatorietà del giudice di una confessione non rispondente al vero. Sono questi i casi in cui luogo del principio dispositivo subentra il principio inquisitorio.*”

¹⁷²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973), t.4, op. cit., p. 233.

representados nos autos do processo, bem como cotejada com os perfis e as circunstâncias do caso particular. Conducente dizer que, em boa técnica processual e sob esse específico ângulo de mirada, a confissão não mais exhibe o predicado de “rainha das provas” (*omnium probationum maxima*).

Diga-se, outro tanto, que a confissão não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido pelo réu¹⁷²⁵ (ou, em sede de reconvenção, pelo autor-reconvindo), pois aquela, por si só, não exhibe o condão de provocar, automaticamente, a derrota da parte confitente. Pode acontecer, v. g., que, inobstante o fato alegado pelo autor em sua petição inicial tenha se tornado incontroverso, desfrutando da presunção de veracidade por força da confissão do réu, seja todavia concebível que do fato narrado não defluam as implicações jurídicas almejadas pelo autor¹⁷²⁶.

Por assim ser, o Estado-juiz, interessado na descoberta da verdade, pode desconsiderar, motivadamente, o fato tal como afirmado em confissão. A regra técnica do livre convencimento motivado do juiz não o vincula necessariamente aos efeitos decorrentes da confissão: não está obrigado a considerar como verdadeiro um fato (confessado), mas de cuja veridicidade não esteja convencido. Por assim ser, à luz do conjunto probatório existente nos autos do processo, ainda quando aceite os fatos confessados, o juiz não pode pura e simplesmente aderir à confissão; antes, cumpre-lhe explicitar razões próprias que influíram na determinação de sua convicção e que justifiquem sua decisão¹⁷²⁷.

¹⁷²⁵ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2. p. 227.

¹⁷²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 279: “Contudo, também em relação ao fato confessado, o juiz pode, *ainda que excepcionalmente*, formar uma convicção distinta. Ou seja, não há racionalidade em aceitar um fato, ainda que confessado, que *colide frontalmente com outros fatos aceitos como verdadeiros*, ou que é *logicamente inexplicável* por intermédio das regras de experiência. (...) O réu, ao reconhecer a procedência do pedido, impede que o juiz solucione o litígio, *mas abre mão do seu direito material* – sendo o processo encerrado com resolução de mérito, nos termos do art. 269, II, do CPC. Porém, na confissão e na não-contestação, o réu apenas aceita determinados *atos* como verdadeiros, o que pode conduzir, ou não, ao reconhecimento do direito pelo juiz, até porque dos fatos confessados podem não decorrer os efeitos jurídicos pretendidos.” (Grifos no original). Assinale-se a posição contrária de MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Atualizado por J M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, t. 1. p. 451: “de trazer em si mesmo a condenação do confitente (...)”

¹⁷²⁷ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 469: “A confissão, todavia, convive com o princípio do livre convencimento motivado e há de ser apreciada à luz do mesmo, levando o magistrado em conta todo o conjunto probatório.”

8.7.5 *Iura novit curia* e a (re)qualificação jurídica dos fatos

Um dos traços característicos da jurisdição é o princípio da inércia, que é consequência natural de sua necessária imparcialidade e *terzietà*¹⁷²⁸. De regra, o juiz somente exerce jurisdição se e quando provocado (*ne procedat iudex ex officio*)¹⁷²⁹. À luz do princípio da demanda (ou, noutra dimensão, dispositivo), sob o pálio do valor constitucional liberdade, e ainda da autonomia da vontade, incumbe ao autor definir os limites subjetivos (em face de quem a demanda judicial é proposta) e os limites objetivos da causa (*causa petendi* e pedido). O réu, à sua vez, poderá optar entre apresentar defesa ou ficar revel, oferecer exceção de incompetência ou omitir-se, impugnar ou não o valor atribuído à causa pelo autor, denunciar a lide a terceiros; o vencido tem a faculdade de interpor recurso ou resignar-se¹⁷³⁰.

Um dos elementos individualizadores da ação como demanda judicial (ao lado das partes e do pedido, que é o objeto da jurisdição) é a causa de pedir¹⁷³¹. Compõe-se do fato (ou conjunto de fatos) e dos fundamentos jurídicos deduzidos pelo autor na petição inicial¹⁷³². Aqueles são a causa de pedir remota (acontecimentos do mundo real), ao passo que estes são a causa de pedir próxima (direito material do autor que se irradia dos fatos invocados)¹⁷³³. O fundamento jurídico não se confunde com o fundamento legal; aquele é essencial, enquanto

¹⁷²⁸ Constituição italiana de 1947, art. 111, § 2º: “*Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale (...)*”. A *terzietà* significa o desinteresse do juiz no que concerne ao objeto da lide.

¹⁷²⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 2º, 128, 139, 262. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, arts. 141, 149.

¹⁷³⁰ Sobre o princípio da liberdade das partes, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 231-240.

¹⁷³¹ O princípio da tríplice identidade foi adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 301, § 2º. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 338, §2º.

¹⁷³² Requisitos da petição inicial, nos termos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 282, III. Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, art.320, III.

¹⁷³³ Na dicção de autorizada doutrina, a *causa petendi* é o fato ou conjunto de fatos suscetível de produzir, por si só, o efeito jurídico pretendido pelo autor. Assim, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 17: “Todo pedido tem uma causa. Identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão? Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado. (...)Não integram a *causa petendi*: a) a qualificação jurídica dada pelo autor ao fato em que apoia sua pretensão (v.g., a referência a ‘erro’ ou a ‘dolo’, na petição inicial, para designar o vício do consentimento invocado como causa da pretendida anulação do ato jurídico); b) a norma jurídica aplicável à espécie.”

este, dispensável. O fundamento jurídico não está enfeudado no dispositivo legal ou confinado nos preceitos normativos em que o autor haja escudado sua pretensão, mas o próprio direito subjetivo material pode decorrer de um único dispositivo legal ou de uma plêiade deles, não indicados pelo autor ou aduzidos de forma equivocada. O fundamento jurídico também pode se irradiar de um contrato (por exemplo: negócio jurídico de compra e venda) ou mesmo de um ato unilateral (por exemplo: promessa de recompensa). Nessa moldura, fundamento jurídico é o efeito de direito material almejado pelo autor.

A causa de pedir, como elemento identificador da ação como demanda judicial, é disputada tanto pela teoria da substanciação quanto pela teoria da individualização. A primeira (substanciação) sustenta que a causa de pedir é composta pelo fato ou conjunto de fatos¹⁷³⁴ e pelo direito¹⁷³⁵. A segunda (individualização, reportada ao direito alemão) preconiza que a causa de pedir se compõe do direito proveniente de qualquer fato e não forçosamente aquele advindo dos fatos articulados pelo autor.

Há vozes doutrinárias no sentido de que a alteração da qualificação jurídica dos fatos, patrocinada pelo órgão judicial, não implica a modificação da causa de pedir, com o corolário lógico de admitir-se a aplicação do *iura novit curia*¹⁷³⁶. O juiz não estará vinculado a qualquer individualização ou interpretação das normas jurídicas, materiais ou processuais. A liberdade do juiz implicará seu poder-dever de conhecer (e de procurar conhecer) e de definir a norma jurídica (e a qualificação jurídica) aplicável à espécie, tendo como parâmetro os fatos deduzidos pelo autor. A qualificação jurídica feita pelo autor, na petição inicial, e mesmo o *nomen iuris* por ele atribuído não têm a virtude de vincular o juízo. Vale notar que o brocardo

¹⁷³⁴ Brocardo *da mihi factum, tibi dabo ius* (estrutura de acerto judicial aceitável apenas no processo civil e não no processo penal, no qual a conduta tem que estar previamente tipificada na lei como crime; faltaria mesmo o objeto do processo).

¹⁷³⁵ A doutrina processual brasileira sustenta que, à luz do teor literal do art. 282 (A petição inicial indicará: III- o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;), o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 teria abraçado, explicitamente, a teoria da substanciação.

¹⁷³⁶ BARBOSA MOREIRA, op. cit., p. 18: “Não há alteração da *causa petendi*, nem, portanto, necessidade de observar essas restrições, quando o autor, sem modificar a substância do fato ou conjunto de fatos narrados, naquilo que bastaria para produzir o efeito jurídico pretendido: (...) b) passa a atribuir ao fato ou conjunto de fatos qualificação jurídica diferente da originariamente atribuída - v. g., chamando “dolo” ao que antes denominara “erro” (haveria, ao contrário, alteração da *causa petendi* se o autor passasse a narrar *outro* fato, quer continuasse, quer não, a atribuir-lhe a mesma qualificação jurídica); c) invoca em seu favor norma jurídica diversa da primitivamente invocada, desde que o efeito jurídico atribuído à incidência da nova norma sobre o fato ou conjunto de fato seja idêntico ao efeito jurídico atribuído na inicial à incidência da norma primitivamente invocada - v. g., a substituição da referência a um pela referência a outro dentre os dispositivos legais que autorizam a decretação do despejo.” No mesmo sentido, FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 158; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. p. 79.

iura novit curia encontra o seu limite quando a requalificação jurídica pressupõe a admissão de fatos não alegados ou não provados pelas partes.

Não obstante, existem, aqui e alhures, segmentos da doutrina processual em sentido vetorialmente inverso, os quais sustentam a impossibilidade de aplicação do *iura novit curia*: o autor teria o direito de escolher a qualificação jurídica dos fatos narrados na petição inicial e, nessa perspectiva de liberdade, poderia exigir que o Estado julgasse o pedido (objeto da jurisdição) com aquela (e não outra) qualificação jurídica, ao seu alvedrio estampada na petição inicial. O réu, por outro lado, teria o direito de se defender da espécie jurídica ajuizada pelo autor (e não de outro desenho jurídico)¹⁷³⁷.

Agora bem, qualquer que seja a vertente doutrinária, quer, além do fato ou conjunto de fatos, inclua os fundamentos jurídicos do pedido, quer não, quer se chancele a liberdade do juiz na requalificação jurídica da espécie, ou na escolha e na aplicação das normas jurídicas¹⁷³⁸, inclusive como quando se tratar de direito superveniente (*ius superveniens*: pensado como nova regulamentação da matéria litigiosa), quer não, força é convir que a aplicação do *iura novit curia* (referindo-se às verdadeiras e próprias fontes de direito objetivo, a abranger normatividade e juridicidade) tem como premissa essencial a atração para o juiz do dever de dialogar com as partes¹⁷³⁹ (dever judicial de consulta), em deferência aos princípios da colaboração, da cooperação e da boa-fé processual, por meio da instauração de prévio contraditório, por exigência do direito de defesa¹⁷⁴⁰, inclusive com a possibilidade de

¹⁷³⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v.1, op. cit., p. 171 e 172: “Entretanto, considero que o autor tem o direito de escolher qual a caracterização jurídica dos fatos que ele descreve e de exigir que o juiz responda ao seu pedido tal como ele o formula, com a qualificação jurídica por ele escolhida. Desse modo, não me parece aceitável o *iura novit curia*, pois o juiz não pode dar aos fatos que o autor relatou uma configuração jurídica diferente e o réu tem o direito de se defender da hipótese jurídica que o autor propôs. (...) Em resumo, o juiz tem de respeitar a qualificação dada pelo autor, que serviu de base para o pedido por ele formulado. Assim, a afirmação, que com frequência se ouve, de que o juiz conhece o direito e o aplica de ofício aos fatos, tais como relatados pelo autor, se refere apenas à indicação dos dispositivos legais apontados pelo demandante e não à espécie de relação jurídica de direito material por ele invocada como sustentação do seu pedido”.

¹⁷³⁸ CAPONE, Arturo. **Iura novit curia** (Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale). Milano: CEDAM, 2010. p. 23: “Invece, quanto ai profili giuridici della domanda, il giudice, sebbene non possa mutare il titolo in forza del quale l’attore intende far valere la sua pretesa (causa petendi), non solo può qualificare più correttamente la domanda, senza essere vincolato dall’inquadramento giuridico o dal nomen iuris suggerito dalle parti (che anzi può del tutto mancare); ma potrebbe accogliere il petitum sulla base di argomenti giuridici diversi da quelli prospettati dalle parti”.

¹⁷³⁹ DENTI, Vittorio. Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, p. 217-231, 1968, esp. p. 224-225.

¹⁷⁴⁰ CAPONE, Arturo, op. cit., p. 28: “A differenza del processo civile, il dibattito sul potere del giudice di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica non nacque perciò dall’esigenza di delimitare i poteri delle parti rispetto ai poteri del giudice, ma, fin dall’inizio, nella prospettiva di un’adeguata tutela del diritto di difesa”. Na mesma direção, PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil**

produção de provas (as quais, por força da nova moldura da causa advinda de sua requalificação jurídica, não figuravam originalmente no *thema probandum*), caso pretenda adotar fundamento jurídico não prospectado e, por isso mesmo, subtraído ao debate das partes, oportunizando-se-lhes a possibilidade de manifestação antes da decisão. Somente assim o *decisum* patenteará contornos de legitimidade decorrentes da participação democrática em sua formação. O *slogan* é o de que o juiz tem o dever de proporcionar o prévio contraditório às partes¹⁷⁴¹, como ainda tem o dever de ele próprio participar do contraditório¹⁷⁴², através de atividades de direção, de prova e de diálogo, como exigência, reitere-se, dos princípios da colaboração, cooperação e da boa-fé processual.

O juiz, como imperativo do contraditório, tem o dever de propor às partes o (s) preceito (s) normativo (s), ou o novel enquadramento jurídico, que pensa em fazer na espécie, suscitando antecedentemente debate sobre a aplicabilidade do mesmo ao caso concreto, inclusive no segundo grau de jurisdição, no que toca às questões exclusivamente de direito. Não pode o juiz (ou o tribunal), no exercício do *iura novit curia*, fazer a requalificação jurídica da espécie (quer do fundamento legal invocado pelo autor, quer do próprio enquadramento jurídico por ele feito) sem prévio e pleno contraditório entre as partes, sob pena de o órgão julgador se transformar em autor (se da requalificação jurídica derivar posição de vantagem para a parte ativa) ou em réu (na hipótese oposta).

O contraditório das partes, as quais não podem se mover às cegas no *iter* processual, também na imbricação com o *iura novit curia*, é, por assim dizer, a própria essência do processo equitativo, pressupondo-se solução mais justa que decorreria da requalificação. Qualquer questão (de direito ou de fato), que o juiz pretenda relevar *ex officio* e utilizar em sua decisão (*giudizi civili “di terza via”*), impõe-lhe o dever (contraditório como dever) de,

contemporâneo: teoria geral do processo.4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. p. 125: “(...) o juiz pode invocar fundamento não alegado pelas partes, mas deve propiciar a manifestação destas antes de decidir”.

¹⁷⁴¹ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, anno 65, n. 4, p. 826-848, luglio/agosto, 2010, esp. p. 838.

¹⁷⁴² Code de Procédure Civile francês, article 16: “Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations.” Novo Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 3º, 3: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem.”; art. 201: “A arguição de qualquer nulidade pode ser indeferida, mas não pode ser deferida sem prévia audiência da parte contrária, salvo caso de manifesta desnecessidade.”

quando menos, em homenagem, ainda aqui, ao princípio da boa-fé processual ao qual também está jungido o imparcial Estado-juiz, submetê-la ao antecedente debate das partes¹⁷⁴³, em diálogo cooperativo e humano, a fim de evitar-se a desventura de ignominiosa sentença “a surpresa”, que empurra o Judiciário para o despenhadeiro do descrédito¹⁷⁴⁴.

Dito de outra maneira, a restrição do *iura novit curia*, sob o prisma da doutrina clássica, se resolve com o dever cominado ao juiz de proporcionar o prévio contraditório no atinente à requalificação jurídica que aspire fazer. Para o segmento da doutrina que não tolera o *iura novit curia* (com fundamento nos princípios da demanda e da inércia, no exercício da liberdade e na imparcialidade do juiz), a aplicação do brocardo se resolve com o antecedente contraditório e desde que a requalificação jurídica não altere os efeitos jurídicos pretendidos pelo autor (por exemplo: autor qualifica de erro e o juiz requalifica de dolo, mas ambos os vícios de consentimento produzem o efeito anulação do negócio jurídico).

Há, portanto, limites que se erguem à liberdade do juiz em fazer autonomamente nova qualificação jurídica dos fatos, sob a égide da aplicação do *iura novit curia*: (i) está interdita a possibilidade de alterar os fatos em si; e (ii) tem o dever de efetivar o prévio contraditório, posto que a matéria de direito não prescinde da cooperação das partes¹⁷⁴⁵. A

¹⁷⁴³ Vide, sob boa luz, Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 10: “O órgão jurisdicional não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”

¹⁷⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, 44: 194, 2003: “(...) a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar, independentemente de sua invocação pelo interessado, não dispensa a colheita de prévia manifestação das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio, em homenagem, ainda aqui, ao princípio do contraditório (...) Aliás, a problemática não diz respeito apenas ao interesse das partes, mas conecta-se intimamente com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça. O diálogo judicial e a cooperação, acima preconizada, tornam-se, no fundo, dentro desta perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* rendam em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso”.

¹⁷⁴⁵ MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 81 e 168: “Diga-se, outrossim, que boa medida a ser adotada pelos juízes, quando da adoção do *iura novit curia*, seria a abertura de prazo para manifestação das partes a respeito da nova qualificação legal. Esta posição, que em nada prejudicaria o andamento do processo, por outro lado permitiria a efetividade do contraditório, já que os contendores posicionar-se-iam a respeito da nova imputação legal, e teriam eventualmente a possibilidade de influir no convencimento do julgador. (...) O secular adágio *iura novit curia* também merece interpretação à luz do contraditório. A possibilidade do julgador aplicar a regra jurídica conforme seu próprio conhecimento não lhe garante o livre domínio da qualificação jurídica dos fatos discutidos na demanda. Mesmo porque, a lei processual exige do autor não somente a exposição dos fatos, mas também o enquadramento jurídico, sua qualificação no plano do direito. O que, contudo, autorizaria o juiz a considerar uma causa de pedir próxima diversa da exposta na inicial, quando da decisão, não seria a regra *iura novit curia*, e sim o prévio e efetivo debate entre as partes dessa nova causa. A mesma premissa se aplica às matérias que em princípio seriam cognoscíveis de ofício. Tal prática não desobriga o juiz a submeter todas estas matérias ao contraditório.”

abordagem jurídica da questão, pelo órgão judicial, de maneira diversa daquela suscitada pelas partes, carrega para ele o dever de previamente informá-las, evitando surpresa.

Não seria despropositado dizer que o fundamento dogmático (e de legitimidade constitucional) do *iura novit curia*, que, em cada momento do processo, permite que o juiz dê uma diversa qualificação jurídica do fato ou conjunto de fatos, é o de ser critério decisório que deve seguir justamente o princípio de legalidade estrita¹⁷⁴⁶, em seu cariz processual. Ou seja: a circunstância de o juiz estar jungido à lei e, assim, ostentar o dever de conhecê-la (*rectius*, em caso de ignorância, de procurar conhecê-la¹⁷⁴⁷) e de aplicá-la correta e simetricamente aos casos concretos. Mas não é só. O brocardo em tela, a um só tempo, exhibe triplo sentido derogatório: (i) ao estabelecer exceção ao ônus da prova relativamente aos preceitos normativos, haja vista que o juiz deve procurar de ofício o conhecimento das fontes do direito; (ii) por retirar o texto da lei das matérias objeto de disposição pelas partes, legitimando os poderes instrutórios de ofício; e (iii) a correlação ou congruência entre pedido e sentença não se estende à qualificação jurídica (ou perfis jurídicos) da demanda judicial.

Noutro giro, seria errático supor que a requalificação jurídica do fato ou conjunto de fatos constituiria tendência autoritária do juiz; antes, ao revés, além de passar longe da fronteira do arbítrio judicial, a autônoma qualificação de ofício exprime uma “*sorta di ragionevole favor actionis*”¹⁷⁴⁸. Significa, antes de tudo, por assim dizer, jogar uma boia para salvar demandas judiciais com imperfeições jurídicas, quando nada para evitar que sejam rejeitadas, consentindo-se ao autor o bem jurídico que almeja, ainda que, sob a ótica jurídica, a demanda não tenha sido corretamente proposta¹⁷⁴⁹. Desta maneira, no campo da batalha ideológica entre os defensores da justiça legal e os da justiça substancial, preservar-se-ia a confiança da sociedade no valor justiça, ante o caráter público e instrumental (menos formalista) do processo e os escopos de função jurisdicional adequada, célere, eficiente,

¹⁷⁴⁶ Constituição italiana de 1947, art. 101, § 2º: “*I giudici sono soggetti soltanto alla legge*”. CPC italiano, art. 113, § 1º: “*Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto (...)*”. Acresce, como argumento reforçativo do fundamento dogmático (e de legitimidade) do *iura novit curia*, que, no Brasil, os juízes são profissionais, com investidura técnica em 1º grau de jurisdição, mediante concurso público de provas e de títulos (Constituição Federal de 1988, art. 93, inciso I), conhecendo, pois, a lei, ou, quando nada, podendo procurar conhecê-la.

¹⁷⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 398.

¹⁷⁴⁸ CAPONE, Arturo, op. cit., p. 25.

¹⁷⁴⁹ Ibidem, p. 28: “*Abbiamo detto che nel processo civile la soluzione di addossare integralmente alla parte il rischio di un'erronea qualificazione giuridica, a rigorosa tutela della passività del giudice, si scontrava con l'opposta esigenza di garantire appieno la tutela giurisdizionale dei diritti, che spingeva verso un favor actionis.*”

efetiva e justa dos direitos subjetivos e de proteção dos interesses legítimos (justiça material), e, reflexamente, para resguardar o ordenamento jurídico objetivamente considerado.

Nesse quadrante, porque motivar é justificar, é de rigor que o juiz exprima, expressamente, os critérios de escolha ou de valoração em relação à norma jurídica e à sua interpretação aplicadas à requalificação jurídica do fato ou conjunto de fatos aduzidos, em regra, na petição inicial da demanda judicial. É necessário que, por exemplo, o juiz justifique, a partir do princípio *iura novit curia*, a interpretação da norma e sua aplicação à *fattispecie* concreta exatamente qualificada, conducente à reconfiguração jurídica da lide.

Como a requalificação jurídica dos fatos *ex officio* colide, em certa medida, com o valor liberdade das partes, ao juiz se impõe um ônus argumentativo maior, não só na motivação de direito (escolha, interpretação e aplicação da norma), como na motivação de fato, no tocante à valoração crítica e ao accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa, bem ainda no que concerne à definição das consequências jurídicas. Desse modo, não é admissível que o juiz se adstrinja à mera enunciação do juízo no qual consiste sua valoração; antes, impõe-se-lhe justificar, mediante argumentação racionalmente válida, os critérios de escolha ou de valoração que determinaram sua decisão de requalificar juridicamente a causa de pedir da demanda judicial.

Fique claro que essa atividade do juiz, concernente ao novo enquadramento jurídico do fato ou conjunto de fatos, diversamente daquele alvitado pelo autor, deve ser feita naturalmente em momento anterior ao da prolação da sentença, a fim de oportunizar a prévia manifestação das partes, evitando-se que sejam surpreendidas. A não ser assim, estar-se-ão iludindo as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Posteriormente, o problema da requalificação jurídica deverá ser apreciado e resolvido pelo juiz, mediante a exteriorização de razões justificativas¹⁷⁵⁰, no espaço físico da fundamentação da sentença¹⁷⁵¹.

Afigura-se possível, embora em momentos processuais diversos, traçar um paralelo entre o problema do *iura novit curia* delineado acima e o poder de correção franqueado pelo art. 334 do *Codice di Procedura Civile* italiano à *Corte Suprema di Cassazione*, de retificar as razões jurídicas (motivação de direito) da sentença impugnada, preservando, no entanto, sua higidez e validade.

¹⁷⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 106.

¹⁷⁵¹ DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 326: “Toda essa digressão, relativa ao correto enquadramento jurídico dos fatos narrados (e comprovados) nos autos, deverá ser feita na fundamentação da decisão.”

A economia do processo justo, como já observado, não prescinde de que todos os critérios de inferência empregados pelo juiz em sua decisão sejam justificados racionalmente¹⁷⁵², para evitar a pecha de arbitrariedade. O juiz deve ministrar argumentos jurídica e racionalmente válidos justificativos das ilações que sustentam o *decisum*.

A ideologia do processo justo impõe ao juiz adequada reconstrução dos fatos em juízo, com o reconhecimento aceitável da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Significa dizer que as premissas fáticas não de ser escorreitamente assentadas pelo juiz e adequadamente justificadas, à luz dos elementos de prova contidos nos autos do processo¹⁷⁵³.

8.8 Valoração da prova científica e papel do juiz

A motivação da decisão judiciária exhibe um aspecto formal (v. g., regras e princípios jurídicos aplicáveis ao caso particular; fatos devidamente provados e corretamente acertados), bem como se reveste de um aspecto material (v. g., correta aplicação de determinadas normas jurídicas e sua aceitável interpretação; qualificação jurídica dos fatos; enquadramento dos fatos na premissa normativa; definição das consequências jurídicas).

Em reverência às garantias fundamentais do contraditório e do devido processo legal, o juiz, na fundamentação, deve demonstrar, claramente, que teve presente, levou em conta e valorou a totalidade do material probatório representado nos autos do processo¹⁷⁵⁴. Há, porém,

¹⁷⁵² FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 152-153: “*Son, en cambio, condiciones o garantías procesales específicamente jurídicas las numerosas reglas o técnicas de juicio dirigidas a asegurar la efectividad de tales criterios de justificación de la convicción inductiva: la carga de la prueba o necesidad de la prueba como condición de la condena y que, en cambio, designa una regla de reparto funcional de las pruebas y desarrollo del contradictorio; la publicidad, la oralidad y la inmediación del juicio; las variadas normas de exclusión o de inadmisibilidad (no de los indicios sino) de las pruebas en cuanto subjetivamente no fiables; los derechos de la defensa y la paridad de poderes entre las partes en causa; la motivación pública de la decisión mediante la explicación de todas las inferencias inductivas que apoyan la conclusión dispositiva a partir de todos y sólo los datos probatorios ritualmente recogidos en las actas del proceso;*”

¹⁷⁵³ *Ibidem*, p. 153: “*De ahí se sigue que la violación de los criterios que justifican la verificación inductiva es en todo caso una causa de ilegitimidad, y no sólo de irracionalidad, de las decisiones injustificadas conforme a ellos.*”

¹⁷⁵⁴ BERIZONCE, Roberto Omar. Control judicial de la pericia científica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 963-969, esp. p. 967: “*La valoración judicial de las pruebas culmina el iter procedimental comprensivo de las anteriores etapas de admisibilidad y producción-adquisición, pero todos esos desarrollos están prefigurados sin excepción por la estricta observancia del contradictorio entre las partes. De ahí que los controles tendientes a evitar su*

mais. O juiz deve prestar contas (*reddere rationem*) dos critérios de escolha ou de valoração utilizados em relação ao resultado das provas adquiridas, no tocante à versão adotada na hipótese vitoriosa de decisão, como também à contraversão consistente na hipótese derrotada. Assim o exige, também, o requisito da plenitude justificativa da motivação.

Há fatos em que, transcendendo do domínio da experiência comum ou do patrimônio de conhecimento do *homo medius*, o adequado acertamento exige conhecimentos científicos, técnicos ou especializados (por exemplo: de contabilidade, de engenharia, de medicina). Como se presume que o juiz detenha tão somente conhecimentos jurídicos e da experiência comum às demais pessoas da sociedade em que se integra, naqueles casos a tarefa capital do perito designado pelo juízo é, através de exames, vistorias e avaliações¹⁷⁵⁵, a de colocar uma situação objetiva de mãos dadas com uma regra de experiência por ele estabelecida¹⁷⁵⁶, de molde a afirmar um fato, por dedução, daquela regra de experiência.

Cumpra notar-se que a perícia técnica não é um meio instrutório em sentido próprio, porque tem a finalidade precípua de ajudar o órgão julgador na avaliação dos elementos adquiridos ou na solução de questões que exijam conhecimentos específicos. Nessa perspectiva, o perito é um auxiliar do juiz¹⁷⁵⁷, para colaborar, v. g., no exame de coisas ou pessoas. Disso resulta que o juiz é livre para não abonar, motivadamente, o laudo pericial, sem que, com isso, tenha o dever de determinar a realização de nova perícia, por dispor, nos autos do processo, de elementos probatórios e de cognição próprios, integrados, por exemplo, por noções de comum experiência bastantes a justificar racionalmente a decisão adotada.

infracción o menoscabo no se limiten a verificar la fundamentación del propio decisorio (criterios de racionalidad), sino que se articulan y operan como técnicas normativas en los estadios anteriores de la admisibilidad y de los procedimientos de formación de las pruebas, en buena parte dirigidos a garantizar in itinere su atendibilidad.”

¹⁷⁵⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 420: “A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro (com a mesma dicção), art. 471.

¹⁷⁵⁶ STEIN, Friedrich, op. cit., p. 53: “*Así pues, la prueba pericial es desde antiguo el camino normal para dar a conocer al juez máximas de la experiencia que hasta entonces le eran desconocidas. Mientras que el testigo aporta al proceso su percepción individual, el perito aporta su saber no individual y fungible de máximas de la experiencia.*”

¹⁷⁵⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 139: “São auxiliares do juízo, além de outros, cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador e o intérprete.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 149: “São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições são determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.” Em sede doutrinária, vide ANSANELLI, Vincenzo. La consulenza tecnica. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale), op. cit., p. 993-1099, esp. p. 1053.

Na relação entre motivação e perícia técnica, esse método de prova deve ser suscetível de controle racional pelo juiz e de verificação empírica¹⁷⁵⁸. De sorte que a generalidade dos ordenamentos jurídicos consagra o princípio de que, ante a livre persuasão racional motivada¹⁷⁵⁹, o juiz não está vinculado ao laudo técnico-pericial¹⁷⁶⁰. Semelhante fenômeno, aliás, é consentâneo com a unívoca tendência dos ordenamentos processuais modernos na direção da superação do sistema de provas legais. Por assim ser, sentido algum haveria em atrelar, inexoravelmente, o juiz aos desígnios do laudo pericial. O juiz, confiando cegamente na prova científica utilizada no processo, deserta de sua própria responsabilidade, com implicações na exigência de justificação racional da decisão. Some-se o problema de deixar fora do processo a assim chamada *junk science*¹⁷⁶¹, ou mesmo a “boa ciência”, quando, no entanto, é mal aplicada¹⁷⁶². Daí por que se diz que o juiz é o *peritus peritorum*¹⁷⁶³, ou seja,

¹⁷⁵⁸ No tocante ao julgamento pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1993, no caso *Daubert vs. Merrell*, vide GRECO, Leonardo, op. cit., p. 232: “Assim, a Corte Suprema rejeitou que, mesmo no Processo Civil, o juiz possa considerar verdadeiro aquilo que a própria ciência não é capaz de sustentar racionalmente. E exigiu que o juiz controlasse o conhecimento científico mediante a aplicação simultânea de três critérios: o método indutivo, a resistência a todas as espécies de refutação e subsidiariamente o consenso geral da comunidade científica.”

¹⁷⁵⁹ DENTI, Vittorio. *Scientificità della prova e libera valutazione del giudice*. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 27(3), p. 414-437, 1972, esp. p. 429: “*La risposta data unanimemente dagli ordinamenti moderni è nel senso che il giudice ha libertà di valutazione di fronte ai risultati della perizia, e quindi può, con adeguata motivazione, discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il perito.*”; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 104, 105 e 106: “O livre convencimento, como prerrogativa do juiz na apreciação dos fatos e de sua prova, é mais precisamente, por força do que a Constituição e a lei lhe impõem, um *convencimento racional e motivado à luz dos autos*. (...) O livre convencimento há de ser *racional*, porque necessariamente alcançado mediante as forças do intelecto e não dos impulsos pessoais e eventualmente passionais do juiz: é obrigatório levar em conta as circunstâncias que ordinariamente conferem maior credibilidade a um meio de prova, ou as que no caso sejam capazes de convencer uma pessoa inteligente e sensível à realidade. (...) O convencimento do juiz precisa ser *motivado*, porque sem o dever de motivar as decisões de nada valeriam as exigências de racionalidade e atenção ao que consta dos autos. Aos leitores de suas decisões (partes, órgãos judiciários superiores, opinião pública) o juiz é devedor da explicação dos *porquês* de suas conclusões, inclusive quanto aos fatos.” (Grifos no original).

¹⁷⁶⁰ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, 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. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)”; art. 436: “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 378: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”; art. 487: “O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 378, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.”

¹⁷⁶¹ ANSANELLI, Vincenzo, op. cit., p. 1059.

¹⁷⁶² BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 66, 2. Serie, p. 47-66, 2011, esp. p. 49-50: “*La prima breccia può venire aperta dalla cattiva scienza, la quale impiega nel processo strumenti tecnico-scientifici che in sé e per sé, cioè indipendentemente dall’applicazione buona o cattiva nel caso concreto, non sono in grado di garantire un sufficiente livello di attendibilità e di affidabilità. Ma anche la buona scienza si può trasformare in una*

não está vinculado ao laudo pericial, sendo certo que sua liberdade deriva do exercício da função jurisdicional¹⁷⁶⁴. Deveras, cumpre ao juiz controlar, por exemplo, o grau de aceitabilidade e de confiança na órbita do conhecimento comum e dos novos métodos científicos, como também fiscalizar a racionalidade do procedimento adotado pelo perito¹⁷⁶⁵, por meio da racionalidade do discurso ensartado na motivação, mediante argumentos expressos quanto à rejeição do laudo pericial ou sua valoração negativa¹⁷⁶⁶. Não se pode tolerar, também aqui, a refutação da peça técnica por meio de motivação implícita ou *per relationem*¹⁷⁶⁷. A não ser assim, além de se fecharem os olhos para os valores em jogo no caso particular, restaria completamente desnaturada a função jurisdicional.

Ao juiz é dado, inclusive, determinar de ofício a realização de nova perícia, sobre os mesmos fatos, quando a matéria não estiver bem iluminada¹⁷⁶⁸. O conteúdo da segunda perícia deverá ser apreçado pelo juiz, para formar sua convicção no juízo de fato, não apenas em conjunto com o da primeira, senão também alumiado pelos demais elementos constantes

cattiva maestra: sia quando si tratta di una buona scienza applicata male, cioè applicata concretamente da cattivi scienziati (si può addurre l'esempio dello scienziato corrotto, che falsifica gli esiti di un esame autoptico); sia quando una buona scienza, applicata bene in sede processuale, viene utilizzata in modo improprio dal giudice nella decisione."

¹⁷⁶³ TARUFFO, Michele. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice, op. cit., p. 151: *"D'altra parte l'impiego delle prove scientifiche suscita una serie di ulteriori problemi, che qui possono essere soltanto richiamati, come quello della qualità e della selezione degli esperti che forniscono al giudice le conoscenze scientifiche, quello della corretta applicazione delle metodologie scientifiche necessarie per l'effettuazione dei test, e - ultimo per ordine ma certamente non per importanza - quello della capacità del giudice di operare davvero come peritus peritorum nel momento in cui è chiamato a fare direttamente uso di conoscenze scientifiche in sede di formulazione della decisione finale."*

¹⁷⁶⁴ ALVIM, Arruda, op. cit., p. 544.

¹⁷⁶⁵ BERIZONCE, Roberto Omar, op. cit., p. 966.

¹⁷⁶⁶ DENTI, Vittorio. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice, op. cit., p. 435: *"Società democratiche, come quelle in cui fortunatamente viviamo, non possono rinunciare al controllo di ciò che avviene nel processo, e debbono sorreggerne le tecniche interne, ed in primo luogo quelle probatorie, col consenso dei gruppi sociali. Questo, e non altro, significa la libertà di valutazione che è attribuita al giudice di fronte alla prova peritale; ed è attraverso la motivazione della propria decisione (in taluni ordinamenti sancita come obbligo costituzionale) che il giudice deve dar conto del controllo che ha esercitato, a livello delle conoscenze comuni e del comune convincimento intorno alla validità ed alla correttezza dei metodi impiegati, sull'operato del perito."*

¹⁷⁶⁷ ANSANELLI, Vincenzo, op. cit., p. 1063-1064.

¹⁷⁶⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 437: "O juiz poderá determinar, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida." e art. 438: "A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre que recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu." Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 488: "O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida."; art. 489 (mesmo teor do aludido art. 438).

dos autos do processo. Por outras palavras: da mesma forma que o juiz não pode pura e simplesmente aderir às conclusões do laudo do perito¹⁷⁶⁹, sem exame crítico e pontual, nem exteriorizar suas próprias razões justificativas¹⁷⁷⁰, também não lhe é lícito refutá-lo sem declinar sua específica e expressa valoração das declarações¹⁷⁷¹ contidas na peça técnica elaborada pelo *expert*¹⁷⁷². Ao juiz cumpre demonstrar, expressamente, reconduzido o problema ao plano do prudente e crítico apreçamento, que manuseou e levou em consideração os argumentos expendidos pelo perito técnico. Ademais, nesse caso, o juiz atrai para si uma carga argumentativa mais intensa¹⁷⁷³, e não se exime do dever de explicitar as razões e os dados objetivos que justifiquem jurídica e racionalmente sua própria valoração¹⁷⁷⁴.

¹⁷⁶⁹ AMODIO, Ennio, op. cit., p. 231: “L’obbligo di motivazione deve dunque sussistere anche nell’ipotesi di adesione alle conclusioni peritali: il perito fornisce massime d’esperienza ed argomentazioni che si inseriscono nel discorso giustificativo della sentenza nella misura in cui il giudice mostra di saperne fare applicazione ai fini del suo convincimento.”

¹⁷⁷⁰ Sobre a correta crítica à adoção acrítica das conclusões do laudo pericial, por meio de fórmula que se limite a declarar que são compartilhadas pelo órgão julgador, vide ANDRIOLI, Virgilio. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1973, v. 1. p. 586.

¹⁷⁷¹ No tocante à valoração das declarações do perito, vide NIEVA FENOLL, Jordi, op. cit., p. 309: “*Simplemente quiero advertir de que la motivación en estos casos también debe incluir la que el juez realice sobre la credibilidad de la declaración del perito, en el sentido que vimos más arriba. No es admisible que el juez utilice dicha declaración única y exclusivamente para confirmar datos de sus conclusiones sobre el dictamen, y que después omita las razones por las que consideró creíble la citada declaración.*”

¹⁷⁷² ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, op. cit., p. 237: “O perito não é o juiz dos fatos a que se refere a sua atividade pericial e seu pronunciamento a esse respeito não vincula nem pode vincular o juiz da causa. Na verdade o juiz não pode delegar atribuições jurisdicionais ao perito, nem aceitar passivamente as conclusões e a opinião deste, devendo apreciar o laudo com liberdade intelectual e justificar suas conclusões. (...) No exame do laudo e dos pareceres técnicos, o juiz deve avaliar a autoridade científica dos respectivos autores e sua idoneidade moral, verificar a aceitação na comunidade científica dos métodos por eles usados e julgar a coerência lógica de sua argumentação, atuando, assim, como *peritus peritorum*.”

¹⁷⁷³ EVANGELISTA, Stefano, op. cit., p. 166-167: “*Ora il giudice, che intenda discostarsi dalle conclusioni cui è pervenuto il consulente tecnico, può assolvere compiutamente alla funzione del giudicare solo quando fornisca adeguate giustificazioni della deviazione dalla regola fissata dal consulente o dalla concatenazione di strutture formali di cui la stessa si configura come premessa. Dovrà, in altre parole, il giudice spiegare le ragioni che lo inducono a negare la congruenza reale, l’effettiva rispondenza, alla realtà, della regola di esperienza fissata dal consulente tecnico o la possibilità, pur in presenza di una regola in sé condivisa, di far discendere dalla medesima le conseguenze esposte dal consulente. Il discostarsi dalle conclusioni del consulente, nell’uno o nell’altro dei modi testé indicati, implica un riesame di tutti i problemi dallo stesso trattati ed impone la formulazione del giudizio nella totalità del suo contenuto, di guisa che la motivazione sarà sufficiente quando esporrà compiutamente tutto l’iter logico percorso dal giudice, del quale si configura come momento essenziale quello della confutazione della consulenza.*”

¹⁷⁷⁴ BERIZONCE, Roberto Omar, op. cit., p. 969: “*El juez ha de verificar, asimismo, la pertinencia de la aplicación de los conocimientos que sustentan la pericia en el caso concreto, por la necesaria relación directa que ha de existir entre ellos como condición de su aplicabilidad. El análisis y confrontación por el juez de todos y cada uno de tales presupuestos implica no solo el control de la racionalidad de los procedimientos periciales sino, también, la elaboración de su propia hipótesis científica, diversa si fuere el caso de la construida por el experto, a condición de su fundamentación racional y en correspondencia con los valores prevalecientes en seno de la sociedad.*”

A garantia fundamental do contraditório recomenda que as partes não apenas participem de todas as etapas da atividade de produção da prova técnico-científica (v. g., apresentando quesitos e indicando assistente técnico), senão também que, no fito de iluminar a atividade de valoração do juiz, lhes seja franqueada a oportunidade de formularem considerações críticas ao trabalho final do perito¹⁷⁷⁵. O juiz, após abrir as portas do contraditório para as partes, deve dar contas, expressamente, sobre os motivos específicos que influíram na formação de sua convicção de aceitar ou de rejeitar o laudo pericial, mediante particularizada e adequada motivação¹⁷⁷⁶, embora não precise necessariamente penetrar na questão técnica, em relação à qual adotou solução distinta daquela preconizada pelo perito do júizo. Por exemplo: o juiz pode detectar, no laudo pericial, obscuridades e antinomias¹⁷⁷⁷.

8.9 Decisão alicerçada em *standards*

Standard, em sentido mais geral, é a máxima de experiência, a significar paradigma, pauta, medida, que consente ao juiz uma fórmula de equidade, com a valoração das circunstâncias da realidade¹⁷⁷⁸. Contudo, *standard* pode denotar uma regra de conduta

¹⁷⁷⁵ Sobre o exame do composto orgânico denominado **deoxyribonucleic acid** - DNA, vide BARGIS, Marta, op. cit., p. 65: “*Con riguardo al momento dell’assunzione, il contraddittorio verrà attuato nelle varie fasi dell’esame del perito, e potrà vertere - come si è già detto per la prova scientifica in genere - sulla competenza del perito e sulle modalità tecniche utilizzate nel prelievo e nell’estrazione del profilo, anche per controllare che non si siano verificate contaminazioni al momento del prelievo stesso o che la non corretta conservazione del campione biologico abbia falsato la tipizzazione del profilo genetico. Dal punto di vista della valutazione del giudice, l’attività argomentativa delle parti potrebbe tendere a porre in luce alcuni limiti relativi all’efficacia probatoria della perizia genetica: ad esempio, mettendo in risalto cause, attinenti al procedimento di formazione della prova, che ne diminuiscono l’affidabilità (la mancata informazione sulle modalità operative e sui protocolli utilizzati per prelevare e conservare i campioni biologici, nonché sul metodo impiegato per tipizzare il profilo genetico; la modesta competenza dell’esperto).*”

¹⁷⁷⁶ Código Canônico, Cân. 1579 - § 1: “O juiz pondere não só as conclusões dos peritos, mesmo concordes, mas também as outras circunstâncias da causa. § 2. Na motivação da decisão, deve expor as razões que o levarem a aceitar ou rejeitar as conclusões dos peritos.”

¹⁷⁷⁷ STEIN, Friedrich, op. cit., p. 75: “*Además, tampoco es cierto que la crítica del dictamen pericial tenga que basarse necesariamente en conocimientos periciales. También el profano puede reconocer los fallos lógicos, las obscuridades y las contradicciones de una exposición científica, y eso dejando completamente aparte que a menudo será la impresión personal la que determine el juicio sobre el valor del perito.*”

¹⁷⁷⁸ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 96-97: “A dificuldade nessa concretização quanto ao risco de divergências eventualmente grandes nas avaliações provoca o aparecimento dos chamados “standards” jurídicos que são construções jurídicas apoiadas em

baseada na experiência, no âmbito socioeconômico: o *juridical standard*. O problema da utilização dos *standards* envolve, pelo menos, três dimensões distintas: (i) teórica, traduzida na justificação racional em sede de raciocínio jurídico; (ii) ideológica, legal-racional da decisão judiciária; (iii) jurídica, consistente no dever legal (*rectius*, constitucional, no Brasil e na Itália) de motivação das decisões judiciais, não apenas formal, senão que material, por cumprir ao juiz aportar argumentação justificativa satisfatória dos critérios de escolha ou de valoração usados em sua decisão, bem como demonstrar que, efetivamente, levou em conta as alegações relevantes formuladas pelas partes e os resultados das provas representadas nos autos do processo¹⁷⁷⁹.

Contudo, o papel do juiz não se circunscreve à aplicação acrítica de *standards* predeterminados que independem de suas próprias decisões. Os próprios princípios e valores como *standards* bem ainda outros *standards* de conduta e de julgamento hão de ser necessariamente estimados e adequadamente justificados pelo juiz¹⁷⁸⁰. Por exemplo: os precedentes judiciais (*standards*) orientam os juízes e tribunais em seus julgamentos, mas eles podem (ou melhor: devem) interpretar ou extrapolar *standards* existentes ao justificar a solução adotada para o caso particular¹⁷⁸¹.

Os *standards* avaliativos, por exemplo, são significativamente importantes na concretização dos valores hospedados nos princípios éticos e jurídicos, dado o acentuado grau de generalidade e de abstração que assumem. Trata-se de mecanismo de formidável eficácia tendente a operacionalizar, no mundo de carne e osso, as possíveis conformações dos valores prevaletentes em determinado tempo e em certo lugar¹⁷⁸².

generalizações da moral social, que permitem, com mais segurança, a identificação, em cada campo da vida social, do sentido de “bons costumes”, “boa-fé” etc.”

¹⁷⁷⁹ TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards, op. cit., p. 153-154.

¹⁷⁸⁰ MACCORMICK, D. N. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. (Teoria e filosofia do direito). p. 171-172: “Isso porque nos sistemas jurídicos existem cânones ou *standards* de raciocínio jurídico que determinam quais são as justificativas satisfatórias para decisões judiciais quando a justificação por simples dedução de uma regra jurídica e dos fatos estabelecidos do caso é inaplicável por algum dos motivos que consideramos acima.”

¹⁷⁸¹ Ibidem, p.174.

¹⁷⁸² FALZEA, Angelo. Gli standards valutativi e la loro applicazione. **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 101-126, esp. p. 113 e 119: “Tra gli strumenti di adattamento si pongono, in posizione di preminenza, gli standards valutativi. Con l’impiego di questi modelli e criteri di giudizio, la cui nota fondamentale è la adattabilità, si ottiene il risultato, essenziale per il diritto, di adeguare l’effetto giuridico alla specificità del fatto giuridico concreto nelle norme in cui il valore è preidentificato in maniera generica. Essi, dunque, hanno una valenza universale, perchè operano nel processo di realizzazione di tutte le norme dell’universo giuridico. Il loro compito, tuttavia, presenta più evidente essenzialità e più spiccata incisività nel processo di realizzazione di quelle norme che si caratterizzano per il grado di genericità,

O esforço justificativo do juiz é tanto mais elevado quanto maior for seu coeficiente de discricionariedade na atividade de interpretação dos *standards*¹⁷⁸³ para conformar seu raciocínio jurídico. Por exemplo: o *standard* do *bonus pater familias*, como noção racional e ética para medir a diligência alocada na conduta, em tema de definição de culpa¹⁷⁸⁴. A descoberta de um tipo mediano de conduta no meio social e sua adaptação racional ao caso concreto implicam amplificação do juízo, a exigir, como já observado, maior rigor na justificação dos critérios de escolha ou de valoração dos *standards* pelo juiz em sua atividade interpretativa do direito posto e de concretização da equidade a partir do valor justiça. Nada obstante ampla, não é total a discricionariedade judicial na apreciação inspirada em *standards*¹⁷⁸⁵, pois o juiz deve julgar mediante a adoção de critérios racionais e controláveis¹⁷⁸⁶. Pode acontecer, e geralmente acontece, de o juiz formular sua decisão com base em *standards* e elaborar a respectiva motivação com argumentação dedutiva (e não indutiva), mas a justificação, assim apresentada, será insatisfatória, falsa ou fictícia¹⁷⁸⁷.

superiore a quello delle restanti norme, con cui è definito il valore giuridico. L'accentuata genericità del valore normativo si traduce in una maggiore indeterminatezza e di conseguenza il processo della sua realizzazione esige un più emergente processo di preliminare determinazione e perciò una più estesa utilizzazione degli standards valutativi. (...) I principi fondamentali costituiscono appunto quelle norme giuridiche ad alto tasso di genericità rispetto alle quali si fa più incisivo e importante il compito degli standards valutativi."

¹⁷⁸³ MACCORMICK, D. N, op. cit., p. 175: "Em segundo lugar, apenas pelo fato de os *standards* que não são regras serem ainda mais vagos e possuírem uma textura ainda mais aberta do que as regras, os juízes têm necessariamente ampla discricionariedade ao interpretá-los, mesmo quando não estão se desviando do caminho correto. (...) Ao aplicar *standards* amplos, os juízes têm uma discricionariedade ampla."

¹⁷⁸⁴ CARNELLI, Lorenzo, op. cit., p. 119: "A *diligentia* (ou a falta de diligência) responsável deve ser emergente do processo, conformemente aos elementos de juízo regularmente aportados pelas partes. E o juiz aferi-la-á comparando-a com a "*diligentia boni patris familiae*", que é o padrão médio de sua aferição."

¹⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 124: "Em si mesmo representa uma medida e, conseqüentemente, comporta uma restrição. Além disso, está sujeito a duas autolimitações: a que inquire, para julgar, o concerto necessário com a razão jurídica; e a que, no exercício do poder conducente, modula-se confortavelmente ao sentimento de oportunidade."

¹⁷⁸⁶ TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards, op. cit., p. 153: "*Non si tratta, infatti, solo di stabilire il significato di un enunciato normativo, ma di formulare la norma - o almeno una parte di essa - riempiendo il "vuoto" lasciato dal legislatore. Non è dubbio che tale potere esista, poiché è la legge che lo conferisce al giudice e determina i casi in cui egli può e deve servirsene. Al riguardo si pone tuttavia un problema importante, che attiene al modo in cui il giudice esercita questo potere. Il fatto che la legge attribuisca al giudice ampi poteri creativi non significa, infatti, che essi possano essere esercitati in modo arbitrario e che il giudice sia svincolato dal dovere di giudicare secondo criteri razionali e controllabili. In altri termini, l'esercizio del potere di integrazione valutativa della norma per mezzo degli standards deve essere razionale e giustificato: ciò significa che questo potere è esercitato in modo accettabile solo se il giudice dà una giustificazione razionale dell'impiego che ha fatto degli standards nel contesto della decisione.*"

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 156.

As escolhas valorativas das quais a decisão descende, bem como seu aspecto que implica utilização de *standards*, notadamente quando o juiz cerra a fenda do enunciado normativo, hão de ser objeto de um raciocínio justificativo no qual o juiz ministre os argumentos reveladores da correção da solução adotada, já que fundada sobre o direito e a razão¹⁷⁸⁸.

Os *standards* representam critérios para guiar a apreciação das provas e as preferências valorativas do juiz¹⁷⁸⁹. Traduzem modelos de verificação, de orientação, de controle racional e objetivo da livre formação da convicção do juiz. É útil passar em revista alguns *standards* jurídicos ou modelos no campo do direito probatório, que, ao longo do tempo, vicejaram à luz da tradição da *common law*: (i) *evidence beyond a reasonable doubt* (de emprego no campo criminal: a prova acima de toda dúvida razoável, a denotar o valor que a sociedade adjudica à liberdade individual); (ii) *preponderance of evidence* (de utilização no terreno cível: preponderância da prova, mais do que a metade, grande peso da prova, mais provável do que não); (iii) *clear and convincing proof* (credibilidade da prova, alta probabilidade: prova clara e convincente, convincente e satisfatória, clara e inequívoca). Tais *standards* servem de bússola para orientar e verificar se a formação da convicção do juiz atendeu, ou não, a semelhantes requisitos¹⁷⁹⁰.

Há *standards* jurisprudenciais, como o da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de excesso, que reconduzem os poderes públicos a um plano de maior equalização no tocante ao cidadão¹⁷⁹¹. Através da utilização de semelhantes *standards* de controle, de caráter equitativo, o juiz pode verificar, por exemplo, além da administração pública, a legitimidade, a coerência, a adequação, a necessidade dos atos estatais em geral (v. g., determinada medida restritiva de direitos fundamentais, a par de se revelar proporcional ao escopo almejado, não poderá alcançar o cerne essencial do direito).

É digno de nota que, na experiência judiciária brasileira, relativamente ao campo fático-probatório, visualiza-se a dicotomia reexame da prova e reexame da valoração jurídica

¹⁷⁸⁸ TARUFFO, Michele. La giustificazione delle decisioni fondate su standards, op. cit, p. 154.

¹⁷⁸⁹ KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível convencimento, op. cit., p. 15-52, esp. p. 33: “Aplicando-se tal noção ao *princípio*, surgem necessários os “modelos de constatação” ou simplesmente *standards*. Como veremos, eles nada mais serão do que *critérios para orientar a análise da prova, critérios* para efetivamente submeter ao contraditório, a par de um diálogo comum, as opções valorativas do juiz.” (Grifos no original).

¹⁷⁹⁰ Ibidem, p. 33-35.

¹⁷⁹¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 268-269.

da prova, como se deduz do Enunciado n. 279 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal (“Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”) e do Enunciado n. 7 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”). A reavaliação jurídica de provas não se constitui em matéria de fato, mas de direito (v. g., quando a decisão impugnada, recusando qualquer efeito à adequação do resultado da prova, despreza, sem justificção alguma, um elemento probatório)¹⁷⁹². É dizer: a reapreciação de questões probatórias não se confunde com a valoração das provas. No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira prática é vedada em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial, ao passo que a segunda (a valoração) é placitada¹⁷⁹³, a par de permitir, democraticamente, um diálogo do juiz com o material probatório disponível nos autos do processo.

Contudo, semelhante categoria de reavaliação jurídica da prova, malgrado não represente propriamente uma regra de controle, função própria de um *standard* jurisprudencial (v. g., a prova acima de toda dúvida razoável; mais provável do que não), serve de ponte à concreta implementação daquela controlabilidade¹⁷⁹⁴.

A extensão e a profundidade do aludido colóquio, como bem se compreende, implicam o conteúdo da motivação da decisão, não apenas em seus perfis horizontal e vertical, senão também qualitativamente, haja vista a tipologia de razões adotada pelo juiz para justificar os critérios de escolha utilizados na atividade de (re)avaliação jurídica do substrato fático-probatório de conhecimento da causa. Nessa contextura, a diligência

¹⁷⁹² Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE n. 78.036-GO, Relator Ministro Aliomar Baleeiro, sendo profícuo recortar, por sua clareza e concisão, o seguinte fragmento: “Insisti naquele ponto de que o juiz, evidentemente, na apreciação da prova, tem uma latitude muito grande (nunca lhe negamos) mas ele não a tem por arbítrio e sim fundamentando lógica e racionalmente porque se afasta de uma determinada prova.”

¹⁷⁹³ Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE n. 281.012/PI, valendo destacar o seguinte excerto do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes: “No meu entender, no entanto, aplicável ao presente caso uma valoração das provas produzidas nos autos e não seu reexame. Sobre a distinção entre o reexame de provas e a sua valoração, ensinou o Min. Alfredo Buzaid, no julgamento do RE no 99.590, DJ de 6.4.1984: “[...]o exame da prova distingue-se do critério de valorização da prova. O primeiro [o exame da prova] versa sobre mera questão de fato; o segundo [valorização], ao contrário, sobre questão de direito. O juiz desce ao exame da prova, quando tem de considerar os fatos, fundado nos quais declara a vontade da lei, que se concretizou no momento em que ocorreu a incerteza, a ameaça ou a violação do direito. Quando o juiz sobe à verificação da existência ou não da norma abstrata da lei, a questão é de direito.”

¹⁷⁹⁴ KNIJNIK, Danilo, op. cit., p. 49, 52: “Assim sendo, ao lado do juízo de fato e de uma sempre possível renovação como forma de controle, é recomendável e altamente proveitoso que se recorra também a parâmetros lógicos, a partir dos diversos *standards* a esse título enunciados, para que também a apreciação da prova mereça todo um diálogo franco, aberto e possível, plenamente integrado pelo contraditório e pelo pensamento problemático. Bem utilizados, poderão, também, contribuir na solução de importantes questões no plano dos recursos especial e extraordinário.”

argumentativa do juiz, para justificar a racionalidade e a justiça da decisão, é mais intensa e dilatada¹⁷⁹⁵. Há mais. Na prática judiciária brasileira há mecanismos, embora ancilares, de controle da logicidade da motivação *in facta*¹⁷⁹⁶.

8.9.1 O problema dos “casos difíceis”: insuficiência do sistema dedutivo e maximização argumentativa

Em outra latitude, na rotina dos assim chamados casos fáceis (*easy cases*) opera-se quase que automaticamente a subsunção dos fatos à norma jurídica ou consuetudinária. Nessa perspectiva, a justificação pode refletir a silhueta de um *standard* ou o figurino de uma dedução silogística. Em contraposição, irrompem, na tela judiciária, os cognominados casos difíceis (*hard cases*), os quais podem traduzir uma gama de fenômenos diferentes (v. g., impossibilidade de identificação de uma resposta correta preexistente no sistema jurídico; ambiguidade dos enunciados normativos; vagueza dos conceitos expressos em tais enunciados; textura aberta das normas de regência; que o ordenamento jurídico é incompleto ou inconsistente, com lacunas e antinomias; raciocínios e argumentos não dedutivos, a envolver juízos axiológico-morais; profundo dissenso sobre a solução na comunidade de juristas).

Os casos difíceis, como bem se compreende, exigem outro método, pelo qual o juiz faça variadas escolhas discricionárias quer na eleição, na validade e na interpretação da regra aplicável, quer na atividade complexa de acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Nestes casos, o modelo puramente dedutivo-silogístico revela-se, naturalmente, precário e insuficiente.

¹⁷⁹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 244: “31. No procedimento de interpretação, o empenho argumentativo é sensivelmente ampliado - além de apresentar certas características especiais - quando se trata de justificar a integração de regras formuladas com a utilização dos *standards* ou *estereótipos*, pois nesses casos ao intérprete cumpre não só estabelecer o significado, mas também formular a própria norma, preenchendo os espaços deixados pelo legislador.” (Grifos no original).

¹⁷⁹⁶ Sobre a utilização na prática judiciária de *standards* no terreno probatório, vide Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, REsp n. 184.156/SP, Relator Ministro Felix Fischer, julgamento em 01.10.1998, publicação DJ de 09.11.1998, relevando enfatizar o seguinte passo da ementa: “O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada à prova dos autos, não se confunde com o princípio da convicção íntima.”

Em semelhante contexto, o timão do barco do discurso judicial é assumido por uma lógica permeada de valores (v. g., lógica fuzzy)¹⁷⁹⁷, de raciocínio aproximado ou inexato, em que as inferências entre as diversas proposições descansam em conceitos vagos e imprecisos. O juízo de valor pode estar intrinsecamente radicado na máxima de experiência utilizada pelo juiz não apenas como passaporte entre *factum probans* e *factum probandum*, senão também à guisa de valoração do fato, segundo os *standards* valorativos da opinião comum¹⁷⁹⁸.

Nos chamados casos difíceis (pressupondo que existam) o raciocínio judicial é mais sofisticado e burilado. Como é intuitivo, tais características influenciam a elaboração da motivação da decisão pelo juiz, a exigir-lhe maior argumentação justificativa.

8.10 Sentença fulcrada em precedentes judiciais: crítica às escolhas acrílicas ou *stare indecisis*

No âmbito do sistema da *common law*, há nítida preocupação com as repercussões práticas do julgado no círculo social, a implicar raciocínio judicial consequencialista¹⁷⁹⁹. Semelhante modo de enfocar o decisório conformará a *ratio decidendi*, já que, no texto da motivação, constarão apenas os argumentos capazes de embasar o melhor resultado. O sistema da *common law*, ele próprio, se nutre da seiva da estabilidade do precedente, que se individualiza como *leading case*¹⁸⁰⁰.

¹⁷⁹⁷ No tocante aos traços característicos do esquema *fuzzy*, vide GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 123, especialmente nota n. 57.

¹⁷⁹⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 242.

¹⁷⁹⁹ Sobre a teoria do consequencialismo, vide PETIT, Philip. Consequencialismo. Trad. de Paulo Neves. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral** (Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale). São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, v. 1. p. 327-334. Vide, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial, op. cit., p. 255: "É certamente em decorrência desse relevante aspecto, na órbita de um sistema jurídico estribado na observância compulsória dos precedentes, que as razões de decidir devem prever e sopesar a repercussão prática que determinada decisão poderá oferecer para o ordenamento jurídico globalmente considerado. (...) As cortes britânicas, sob tal perspectiva, pautam-se sempre "by a consequentialist reasoning", valorando, na fundamentação, qual solução "faz melhor sentido como um comando legal de abrangência geral"."

¹⁸⁰⁰ BENETTI, Sidnei Agostinho. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 473-487, esp. p. 474.

Na esfera da *common law*, no regime de eficácia do precedente judicial vinculativo (“governo do precedente”), a escolha e aplicação do precedente judicial não prescindem de justificação. A obrigatória vinculação aos precedentes não opera automaticamente, no sentido de que ao juiz do caso sucessivo cumpre selecionar os fatos relevantes do precedente e cambiá-los em um paradigma hipotético e abstrato. O cabelo de Sansão do precedente judicial está em sua *ratio decidendi* (proposição jurídica geral, razão de direito determinante, motivos determinantes, suporte central da decisão judicial). É dizer: a tese jurídica acolhida pelo órgão julgador no caso concreto antecedente¹⁸⁰¹.

Como fonte de “direito vivente” para um caso concreto, o precedente vinculante (fundamento expressado pelo juiz superior em caso anterior idêntico ou, quando menos, similar) contém um mandato que, em caso sucessivo envolvendo fatos e questões jurídicas análogas¹⁸⁰², deve ser inexoravelmente adotado, sob pena de invalidação da decisão que não o fizer. Entretanto, a força obrigatória do precedente judicial não transforma o juiz em um aplicador automatizado do precedente, senão que do juiz se exige um confronto analógico, *v. g.*, entre os fatos do caso anterior, já julgado, e aqueles do caso sucessivo, em julgamento¹⁸⁰³. A utilização do precedente, como se vê, singulariza tanto a estrutura (tópica) da argumentação jurídica, no tocante à regra de direito e à sua aplicação, quanto a interpretação judicial do direito¹⁸⁰⁴. Não seria despropositado, para além dos efeitos internos de ato de vontade e/ou de

¹⁸⁰¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. p. 254: “A *ratio decidendi*, como já observado, constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: (a) a indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); (b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (c) o juízo decisório (*judgement*).”

¹⁸⁰² TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 3, v. 61, p. 709-725, sett. 2007, esp. p. 712.

¹⁸⁰³ Idem. Le funzioni delle corti supreme. Cenni generali. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 341-360, esp. p. 353: “*In particolare, non sempre si presta la dovuta attenzione al fatto che in linea di principio il precedente si fonda sulla analogia che il secondo giudice ravvisa tra i fatti del caso che egli deve decidere e i fatti del caso già deciso, poiché solo a questa condizione si può applicare la regola per cui la stessa ratio decidendi va applicata a fattispecie identiche o almeno simili. Questa essendo la concezione corretta del precedente, sicché il giudice del caso successivo applica la ratio del precedente solo se ravvisa questa analogia tra fatti, ne deriva che si parla impropriamente di “precedente” quando il ragionamento del giudice successivo prescinde da ogni confronto tra i fatti dei due casi.*”

¹⁸⁰⁴ Idem. Precedente e giurisprudenza, *op. cit.*, p. 710: “*I precedenti rappresentano infatti i tòpoi che orientano l’interpretazione della norma nella complessa fase dialettica della Rechtsfindung, e che danno supporto all’interpretazione adottata come valida nell’ambito dell’argomentazione giustificativa (ad esempio, nella motivazione della sentenza).*”

inteligência, pensar a sentença do caso precedente como fato jurídico em sentido estrito¹⁸⁰⁵, com a produção de efeitos jurídicos transbordantes das fronteiras do caso particular julgado e que se constituirá em um precedente judicial obrigatório¹⁸⁰⁶. Comumente se considera que o raciocínio do chamado direito jurisprudencial é indutivo, ao passo que a aplicação das normas jurídicas adota um raciocínio dedutivo¹⁸⁰⁷.

Na órbita da *civil law*, embora, em linha de princípio, os precedentes judiciais sejam desprovidos de eficácia vinculativa, não se pode abonar a praxe judiciária, aqui e alhures, de escolha e de aplicação de decisões jurisdicionais pretéritas a casos sucessivos, de forma absolutamente acrítica e, muitas vezes, irresponsavelmente aleatória, sem pertinência temática alguma com o caso concreto em julgamento. Confundem-se, não raro, alhos com bugalhos. O órgão julgador, com inexcedível inspiração croniana, não sai de sua zona de conforto para sequer identificar os fundamentos determinantes do precedente judicial paradigmático que pretenda aplicar, tampouco evidenciar que o caso sob julgamento se amolda àqueles motivos determinantes. Contam-se às centenas (quicá aos milhares) os casos em que, no cotidiano forense, semelhante “técnica de julgamento” ou critério de formulação da decisão de direito vem sendo especiosamente empregados, ao arrepio da lei e da Constituição, no que concerne ao dever de motivação com plenitude justificativa.

¹⁸⁰⁵ CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 270-278, esp. p. 271: “*Potremo parlare in questi casi della sentenza come fatto giuridico in senso stretto: in quanto, pur essendo la sentenza una dichiarazione di volontà ossia un atto giuridico, qui non vengono in considerazione gli effetti per i quali la sentenza è atto giuridico, cioè gli effetti (che possiamo chiamare interni) di cui appar come causa la volontà dichiarata nella sentenza; ma altri effetti (che possiamo chiamare esterni) che la legge riconnette ad essa considerata dal di fuori, come un fatto materiale, produttivo di per sè di certe conseguenze giuridiche, l'avverarsi delle quali non dipende dalla volontà del dichiarante.*”

¹⁸⁰⁶ CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico, op. cit., p. 275: “*Una tipica varietà del fenomeno studiato si ha in quei casi, specialmente interessanti perchè sembrano costituire deviazioni eccezionali dalla normale struttura dell'atto giurisdizionale, in cui la legge riconnette alla dichiarazione di volontà contenuta nella sentenza effetti di portata generale, eccedenti il singolo caso deciso, di natura apparentemente legislativa. Alludo specialmente al sistema dei precedenti obbligatori del diritto inglese, nel quale la premessa maggiore della sentenza che risolve la quaestio juris costituisce norma obbligatoria per tutti i casi risimili che si presentino nell'avvenire.*”

¹⁸⁰⁷ Em posição contrária, vide LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 45-46: “O conceito parece errôneo mas a distinção não deixa de ter fundamento. Em relação ao direito jurisprudencial, os conceitos podem ser criados partindo-se de exemplos específicos. Embora isto não se constitua em um processo indutivo de fato, a direção do raciocínio parece ir do particular para o geral. Diz-se que o geral encontra seu significado na relação entre os casos particulares. Entretanto, o geral tem uma capacidade sugestiva não somente através das implicações dos casos hipotéticos que traz em si, mas também por sua capacidade de sugerir categorias semelhantes. A expressão “perigo iminente”, por exemplo, sugeria um perigo imediato, intrínseco e de certa magnitude. Nesta medida, a expressão sugere os exemplos a serem associados a ela, ocorrendo um processo semelhante ao raciocínio dedutivo.”

Em boa hora, com o evidente propósito de pôr cobro a esse inconsequencialismo do juízo em invocar *tout court* precedentes judiciais sem acurado confronto entre os casos, o legislador brasileiro, no Projeto de Código de Processo Civil, em dicção categórica estabelece que: “art. 499. São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: 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;”.

Força é convir que, nesse novel contexto normativo, que se augura venha a viger, o órgão julgador, com a responsabilidade que a augusta função exercida lhe impõe e no escopo de (re)valorização dos precedentes judiciais¹⁸⁰⁸ no âmbito do sistema judiciário brasileiro, de ordenamento codificado, a fim de que possa ser considerada motivada a decisão, não mais poderá selecionar e aplicar, acriticamente, um precedente judicial ao caso subsequente sem interpretar o seu conteúdo, ou, mais exatamente, sem esquadriñar a *ratio decidendi* (*holding*), na qual descansa a autoridade do *stare decisis*. Numa linha: o juiz brasileiro deverá ministrar, expressamente, as razões que influíram em sua convicção de levar em conta determinado precedente judicial; há de justificar, jurídica e racionalmente, seus critérios de escolha ou de valoração pertinentemente ao precedente judicial invocado¹⁸⁰⁹. Ademais, cumpre-lhe identificar seus fundamentos determinantes, demonstrando, *quantum satis*, que o caso em julgamento se acopla, perfeitamente, àqueles fundamentos. A decisão judiciária parece autorizar a construção de discursos distintos, quando o ângulo de mirada do observador estiver no sistema da *civil law* ou sua perspectiva radicar na *common law*¹⁸¹⁰.

¹⁸⁰⁸ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho, op. cit., p. 104: “Nos sistemas codificados, a revalorização dos precedentes tende a suprir a defasagem gerada por aquilo que consta da lei e o que ocorre na realidade do mundo exterior em seus incontáveis conflitos, mais rapidamente captada pelos julgamentos realizados pelos juízes, que nortearão os julgamentos futuros.”

¹⁸⁰⁹ Ibidem, p. 200: “Entre nós, ao fazer referência ao precedente judicial, deve o juiz, por meio de um esforço argumentativo, explicar as razões pelas quais, ao julgar aquele caso, levou em consideração determinado precedente, ou melhor, quais aspectos fazem aquele caso ao qual se remete ser considerado um precedente. Caso assim não seja, tem-se por prejudicado o principal objetivo do dever de fundamentação, que é justamente fazer que a decisão venha acompanhada de uma racionalidade – o que aumenta sua chance de correção.”

¹⁸¹⁰ MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 96: “A fim de que os *diferentes discursos* que podem ser construídos a partir da decisão judicial não se sobreponham, nem se confundam, é preciso que os *termos* ligados a cada um deles fiquem claros. Quando se trabalha na *perspectiva do caso*, fala-se em *causa de pedir*, em *fatos essenciais e fatos não essenciais*, *fundamentação*, *dispositivo*, *coisa julgada*. Nenhum desses *termos* tem maior importância para a *perspectiva da unidade do Direito*. Nessa, fala-se em *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *questões relevantes*, *distinções*, *superações*, *transformações*, *reescritas*, *sinalização*. É preciso deixar claro,

Em um sistema, de precedentes judiciais obrigatórios ou não, é de se exigir que a motivação seja dotada de maior qualidade: não se pode coonestar com uma fundamentação que, acriticamente, se limite a transcrever singelas ementas¹⁸¹¹ de acórdãos de tribunais superiores, dispensando-se de fazer o confronto analítico entre o caso em julgamento e o julgado apontado como paradigmático¹⁸¹². Esse modelo irracional de julgamento, a par de iludir o dever constitucional de motivação de todas as decisões judiciárias, frustra, já agora em perspectiva extraprocessual, sua função político-garantística, por inviabilizar o controle racional, democrático e difuso, pela comunidade em geral e pelo cidadão em especial. Ademais, semelhante “técnica” de julgamento não se coaduna com a responsabilidade que se exige da função jurisdicional e contribui intensamente para a desvalorização do precedente judicial como referência segura de conduta para os indivíduos no meio social.

Demais disso, na era da *internet* a disfunção consistente em indiscriminada clonagem de ementas de acórdãos malfez o valor segurança jurídica por subtrair das pessoas, naturais e jurídicas (estas últimas através de suas instâncias corporativas), a possibilidade de calcular e de prever seus atos, empresas e empreendimentos. Que efeito pedagógico de conduta pode transmitir uma decisão judiciária que se restrinja a recortar e colar ementas de acórdãos sem

para boa prática, que fundamentação e precedente são dois temas distintos e que se articulam mediante terminologia própria, nada obstante possam ser reconduzidos unitariamente ao âmbito teórico da decisão judicial.” (Grifos no original).

¹⁸¹¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Art. 563: “Todo acórdão conterá ementa.” (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Projeto de Código de Processo civil brasileiro, em formulação idêntica, Art. 956, § 1º. A ementa é a síntese do acórdão em que normalmente se resumem os seus pontos fundamentais. Na ocorrência de contradição, por exemplo, entre o enunciado da ementa e o corpo do acórdão há de triunfar o que figurar neste último. Confirma-se, ao propósito, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 712-713: “Consiste a ementa no enunciado sintético da tese jurídica (ou das várias teses jurídicas) esposada(s) no julgamento. É útil por mais de um aspecto: permite a rápida identificação do tema versado e da posição adotada a respeito, simplifica a consulta da jurisprudência e favorece a aplicação das técnicas de armazenamento de dados, hoje tão importantes. (...) Abre ensejo a embargos de declaração, repita-se, a falta da ementa, que constitui *omissão* (*supra*, comentário nº 301 ao art. 535), e bem assim a eventual contradição entre aquela e o corpo do acórdão, ou entre duas ou mais proposições constantes da própria ementa (cf., *supra*, o comentário nº 302 ao art. 535 e, aí, a nota 20); subsistindo porventura a contradição, deve entender-se que prevalece sobre a ementa o que constar do corpo do acórdão.” (Grifos no original).

¹⁸¹² DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 447-448: “Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários. É preciso - e *exigível* - que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delinieie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte dispositiva. É também preciso - e igualmente exigível - que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional avalie, de modo explícito, a pertinência de sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali, e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento.” (Grifos no original).

qualquer referibilidade ao caso concreto em julgamento e, por isso mesmo, impotentes para justificar o julgado? Definitivamente, não à motivação meramente formal: é fogo que não aquece, mas é mola propulsora que impele, perigosamente, a jurisdição para o despenhadeiro do descrédito. Diz-se perigosamente porque o Poder Judiciário, como ninguém o ignora, é um dos pilares de sustentação do regime democrático e, portanto, guardião supremo dos direitos fundamentais, dentre os quais a liberdade pública. Sem Poder Judiciário independente, responsável e eficiente pode haver qualquer coisa: menos democracia substancial.

A conceituação de *ratio decidendi* não é unívoca; antes, em torno dela gravita incandescente controvérsia. Na visão wambaughiana, por exemplo, consiste na proposição ou regra sem a qual o caso seria decidido de forma diversa. Já na concepção goodhartiana, o que, na ótica do juiz do precedente, releva são os fatos estimados fundamentais. *Obiter dictum* (literalmente, dito para morrer), por critério de exclusão, representa tudo aquilo que não é crucial para o julgamento do caso concreto. Configura, por dizê-lo assim, tudo o que, no bloco de mármore, não era a Pietà de Michelangelo. O *obiter dictum*, se for suprimido, não tem influência alguma nas razões de decidir.

Inobstante exibir vocação persuasiva, carece de força vinculante para julgamentos futuros¹⁸¹³. É impotente para influir em seu desfecho, seja em que direção for. Entretanto, não se deve iludir, pois encontrar a *ratio decidendi* em um precedente judicial é, não raras vezes, empreitada hercúlea. Empiricamente, no dia a dia forense, deparam-se julgados erráticos em que, na justificação, o juiz adota como *ratio* o que, na realidade, é *dictum*. Confunde vinculação com persuasão, tomando a nuvem por Juno¹⁸¹⁴.

De outra parte, na visão dinâmica do Direito, e em sede da doutrina do *stare decisis*, a aplicação do direito e seu campo gravitacional vinculativo exigem do juiz determinadas técnicas, no escopo de ampliar ou restringir o raio de ação do precedente judicial e mesmo alterá-lo (*distinguishing, overruling, reversal*)¹⁸¹⁵. Tanto o emprego da técnica de divergência

¹⁸¹³ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza, op. cit., p. 715-716.

¹⁸¹⁴ NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 171: “Esta é, portanto, uma questão central para o *stare decisis*, pois como a *ratio decidendi* é a parte do precedente que vincula julgamentos futuros, incorre em erro o juiz que se considera vinculado à *obiter dictum* na falsa suposição de que está diante da *ratio* do precedente. Não que o juiz não possa usar a *obiter dictum* para justificar a decisão que está proferindo, mas a partir do momento que ele considera *ratio* o que é *obiter*, ele fica sem a possibilidade de decidir de forma diferente, já que a parte da decisão que ele achou que o vinculava exercia uma força meramente persuasiva. Assim sendo, se o juiz ou o Tribunal tivessem qualificado adequadamente a parte do precedente como *obiter dictum*, a decisão teria sido a mesma?”.

¹⁸¹⁵ No tocante às bases sobre as quais o tribunal altera precedente, vide BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the supreme court, 1946-1992. New York: Cambridge

do *distinguishing* quanto o do *overruling* devem ser justificados. Quem pretender afastar, abandonar, um precedente - seja porque o caso em julgamento, ante a existência de fatos especiais ou ausência de determinação dos fatos, não coincide em todas as circunstâncias relevantes com outro anteriormente decidido, seja porque a valoração destas circunstâncias experimentou mudança radical - atrairá para si a carga da argumentação justificativa.

Mas não é só. O ônus argumentativo não cabe apenas a quem pretenda refutar ou modificar um precedente, senão também a quem queira mesmo usá-lo, demonstrando, com argumentos dogmáticos, *v. g.*, que o caso em julgamento é igual a outro anteriormente decidido em todas as circunstâncias relevantes. É a exigência da concepção formal de justiça de tratar de maneira igual ao igual, valendo notar que, forte na estabilidade, o precedente conspira a favor da segurança jurídica e fortalece a confiança nos critérios de aplicação do Direito¹⁸¹⁶. A argumentação deve ser justificável¹⁸¹⁷, como também exige motivação¹⁸¹⁸ adequada e completa na hipótese de o juiz deixar de decidir em consonância com decisão já prolatada em caso anterior com os mesmos aspectos relevantes.

Semelhantes ferramentas podem ser, em larga medida, manuseadas também no sistema da *civil law*, no qual se tem a singularidade de a força da jurisprudência derivar do

University Press, 1995. p. 35: “*The Court may alter precedents on the basis of constitutional interpretation, statutory construction, common law, or its supervisory authority over the lower federal courts. Justices have frequently stated that decisions based on the Constitution are always open to reconsideration. In the words of Chief Justice Taney, the Court’s “opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to have been founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported”. (...) The foregoing statements suggest that the Court is more likely to overturn a constitutional precedent. Whether the Court is likely to overrule a common law precedent depends on whether the issue involved concerns the judiciary. Examples of such issues are those concerning comity and its abstention doctrine, and the doctrine of primary jurisdiction as it applied to administrative agency activity. Similarly, the Court is likely to overrule cases involving its supervisory authority over the lower federal courts, for this is an area that tends to be exclusively under the Court’s power.*”

¹⁸¹⁶ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 269.

¹⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 270: “A introdução da carga da argumentação a favor dos precedentes não pode, por outro lado, ser vista como uma contravenção das regras do discurso já que não exclui a possibilidade de não seguir o precedente cuja máxima de decisão seja reconhecida como equivocada. A limitação da margem do discursivamente possível assim efetuada deve ser considerada, por isso, racional. Podem-se formular, pois, como regras mais gerais do uso do precedente as seguintes: (J.13) Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo. (J.14) Quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga da argumentação.” Assim também, na perspectiva de o afastamento de um precedente atrair o ônus argumentativo para aquele que pretender fazê-lo, e inspirado na igualdade, na segurança jurídica, na proteção da confiança e na estabilidade como base de desenvolvimento, vide ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, *op. cit.*, p. 556.

¹⁸¹⁸ MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 525-578, esp. p. 552, nota n. 86.

caráter burocrático-hierárquico, de arquitetura verticalizada, ou, mais especificamente, da relação entre tribunais superiores e juízes inferiores. Nessa moldura, curiosamente, parece ir na contramão da doutrina do *stare decisis* da *common law* que, por meio de diversos mecanismos, tem flexibilizado a rigidez da jurisprudência, nela introduzindo sofisticadas técnicas argumentativas e inúmeras rotas de fuga (*distinguishing, overruling, reversal*)¹⁸¹⁹.

8.11 Motivação alicerçada em enunciado de Súmula Vinculante

No ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, é do Supremo Tribunal Federal a competência privativa para editar Enunciados de Súmula da Jurisprudência Predominante com eficácia *erga omnes* e natureza vinculante¹⁸²⁰. Significa, em uma estrutura burocrática verticalizada, o fortalecimento institucional da Suprema Corte como órgão de cúpula do Poder Judiciário e legítimo guardião da Constituição¹⁸²¹.

Semelhante técnica tem a evidente finalidade de racionalizar o sistema judiciário brasileiro, imprimindo maior eficácia à concreta atuação do Supremo Tribunal Federal, já que,

¹⁸¹⁹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308, esp. p. 283: “Uma das mais graves deformações da justiça civil contemporânea em países da chamada *civil law* é a tendência incontrolável à hipertrofia da jurisprudência dos tribunais superiores, à sua imposição autoritária aos juízes e tribunais inferiores e à criação de obstáculos quase intransponíveis à sua superação: súmulas vinculantes, súmulas impeditivas de recursos, sentença liminar de improcedência. É sempre oportuno relembrar a lição de Damaska de que os países da *civil law* não precisam da força vinculante da jurisprudência, porque essa força já resulta da natureza hierárquica da relação entre os tribunais superiores e os juízes inferiores. A suposta importação do *stare decisis* da *common law* é absolutamente anacrônica, vindo na contramão da tendência dos países desse sistema, que têm relativizado a rigidez da jurisprudência, nela introduzindo inúmeras válvulas de escape, como o *distinguishing*, o abandono do precedente desgastado pelo tempo ou causador de grave injustiça.”

¹⁸²⁰ Constituição Federal brasileira de 1988, com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, art. 103-A: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.”

¹⁸²¹ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 102, *caput*: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:”

em matéria de direito federal constitucional, cabe-lhe a derradeira palavra no tocante à interpretação da Constituição e do direito positivo, como quando nos controles abstratos e concretos de constitucionalidade dos atos normativos. A adoção do sistema de Súmula vinculante é combatida por significativos segmentos da doutrina, que, recorrentemente, se escudam nos seguintes argumentos: (i) vulneração da separação de poderes; (ii) desmoração da independência judicial¹⁸²²; (iii) eventual petrificação do direito; (iv) malferimento do princípio do juiz natural; (v) antagonismo com o sistema da *civil law*. Outra crítica que comumente se faz à Súmula vinculante é a de engessamento da atividade criativa do juiz, embora haja mecanismos constitucionais para sua revisão ou cancelamento¹⁸²³.

Na realidade, bem pesadas as coisas, as vantagens da adoção da Súmula vinculante sobrepujam as eventuais desvantagens, pois é inegável que desempenha o papel de racionalização da administração da justiça, em obséquio à igualdade de tratamento (para hipóteses iguais, resultados iguais), economia de juízo (evita ou minimiza a multiplicação de processos sobre questões idênticas) e celeridade processual. Imprime maior segurança jurídica ao sistema e confere estabilidade às relações sociais, pois que é possível saber, adredemente, a solução que será adotada pelo Poder Judiciário para a específica questão submetida à sua cognição¹⁸²⁴.

Parece escusado insistir em que a sistemática da Súmula de caráter vinculante, no âmbito da *civil law*, feita abstração das críticas que se lhe possam endereçar (algumas até injustas), exhibe a patente virtude de fomentar a igualdade na aplicação da lei, de prestigiar a juridicidade e de patrocinar a economia judicial e processual, a par de incrementar a garantia da tutela jurisdicional efetiva e justa, no viés da duração razoável do processo.

Entretanto, o juízo embasado em Enunciado de Súmula vinculante não se pode considerar adequadamente motivado com a pura e simples alusão ao respectivo verbete¹⁸²⁵.

¹⁸²² MORAES, Denise Maria Rodríguez. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia vinculante de suas decisões. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 303-352, esp. p. 344-349.

¹⁸²³ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 103-A, § 2º: “Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).”

¹⁸²⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 200; CAMBI, Eduardo. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 143-169, fev. 2009, esp. p. 149.

¹⁸²⁵ Anote-se a posição contrária de OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 193-214, esp. p. 209.

Da mesma forma, não se considera fundamentada a sentença ou o acórdão que se limite à indicação ou ao *backup* de determinado dispositivo legal. Em casos tais, a decisão não se revestiria de justificação jurídico-racional adequada e completa. Não haverá demasia em repetir que não basta a singela invocação do Enunciado de Súmula vinculante pelo juiz para que sua decisão se considere plenamente motivada¹⁸²⁶. Não à motivação de rotina, burocrática, conformista e, muito pior, insuficiente e incompleta.

A argumentação justificativa, aqui, salvo por exercício de tautologia, não se adstringe ao jaez vinculante da Súmula, o qual, por isso mesmo, obrigaria o juiz a render-se ao entendimento jurídico-constitucional nela cristalizado. Não basta, remarque-se, a mera transcrição do Enunciado de Súmula vinculante; é preciso que o juiz faça, pelo menos, três operações justificativas: (i) identifique seus fundamentos determinantes; (ii) exprima o motivo concreto de sua incidência no caso particular *sub judice*; e (iii) demonstre que o caso particular se acopla àqueles fundamentos¹⁸²⁷.

Rigor análogo repousa na conjectura diametralmente oposta, vale dizer, quando o juiz deixe de seguir Enunciado de Súmula invocado pela parte, cumpre-lhe demonstrar, às expressas, por exemplo, que há distinção no caso em julgamento ou a alteração do entendimento. Ou seja: inexistente cópula perfeita entre a hipótese particular e o conteúdo abstrato daquele Enunciado. Aliás, a aplicação indevida do Enunciado de Súmula configura, também, hipótese de cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal¹⁸²⁸.

A singela transcrição (ou refutação) do Enunciado de Súmula vinculante, sob o ângulo de visada da obrigatoriedade de motivação pública dos pronunciamentos jurisdicionais, mostra-se insuficiente. Mister se faz, um passo à frente, que o órgão julgador empreenda esforço exegético e desenvolva raciocínio interpretativo destinado a demonstrar que o tema central da demanda em curso se identifica com o preceito sumular, *i. e.*, a conexão perfeita do caso em julgamento à regra abstrata contida no Enunciado de Súmula vinculante. Ou não.

¹⁸²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas, op. cit., p. 398.

¹⁸²⁷ DIDIER JR., Fredie et al., op. cit., p. 327: “parece ser lícito ao magistrado, simplesmente, fazer alusão à súmula, quando da análise da questão de direito, mas deverá, antes, demonstrar *se e de que modo* a situação concreta que lhe é posta para julgamento se encaixa na hipótese sobre a qual versa a referida súmula.” (Grifos no original).

¹⁸²⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 103-A, § 3º: “Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

Todavia, ao órgão julgador não é lícito enredar-se pela via da exegese da exegese, vale dizer, interpretar o conteúdo do Enunciado de Súmula vinculante como se fosse uma norma jurídica, pois que semelhante Enunciado já representa o substrato da interpretação extraída de reiterados julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria jurídico-constitucional¹⁸²⁹. Isso não quer dizer que a aplicação do texto de regência, consubstanciado no Enunciado de Súmula de caráter vinculante, aos fatos conformadores da causa dispense o juiz de interpretar seu conteúdo, no escopo de alcançar a real inteligência do Enunciado e sua extensão, com a finalidade de aferir, por exemplo, sua adequação ao caso particular em julgamento, pelas consequências jurídicas que a recusa imotivada ou aplicação errônea acarretam¹⁸³⁰.

Muito para dizer que o emprego de Enunciado de Súmula vinculante bem como a sua recusa pelo juiz não o demitem do dever de motivar jurídica e racionalmente sua decisão. Vale notar que o preceito insculpido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira de 1988 (“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”) não é perfurado por exceção alguma (“todos”). Com efeito, no contexto ampliado do ordenamento jurídico, em que se insere aquele Enunciado, cumpre ao órgão julgador justificar o decisório, demonstrando, reafirme-se, o acoplamento primoroso do caso concreto à Súmula vinculante¹⁸³¹.

Não por acaso, e sob boa luz, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, inciso II, e § 1º, incisos I, V e VI, estabelece peremptoriamente: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I - se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; V – se limita a invocar precedente

¹⁸²⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. p. 227.

¹⁸³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 392: “Esse trabalho hermenêutico é particularmente relevante, considerando-se que a recusa imotivada ou aplicação equivocada da súmula vinculante levam à cassação do julgado, por efeito de provimento da reclamação interposta no STF.” (Grifos no original).

¹⁸³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, op. cit., p. 393: “4) A utilização da súmula vinculativa não compromete nem dispensa a necessária motivação/fundamentação das decisões judiciais (...). A súmula não é um elemento exógeno ou anômalo assim ao nosso sistema jurídico como em face do conteúdo da função judicial, mas antes integra aquele e esta, operando como enunciado impositivo, abstrato, geral e impessoal. Ao invocar a súmula para decidir o caso concreto, o juiz *fundamentará* tal aplicação: primeiro, buscará alcançar o real sentido do enunciado (sua extensão e compreensão); segundo, demonstrará que o objeto litigioso do processo enquadra-se na indigitada súmula; enfim, cuidará de subsumir o enunciado aos fatos da causa, dirimindo a lide. Análoga motivação caberá quando, invocada a súmula vinculante por qualquer das partes, entender o juiz que ela não se aplica ao caso concreto, pelas singularidades deste em face do conteúdo daquele enunciado.” (Reforços gráficos no original).

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.”

8.11.1 Sentenças de resolução do mérito, sem resolução do mérito ou meramente terminativa, homologatória e motivação concisa

A atividade jurisdicional, no processo de conhecimento ou de cognição, encontra na sentença definitiva (de mérito) o seu momento culminante e apoteótico, precisamente porque, em regra, é o ato mediante o qual o juiz decide a lide¹⁸³². A sentença, a par de conter um ato de inteligência (ato lógico), também encerra um ato de vontade consistente na formulação de uma ordem, um *decisum*, um comando, destinado a operar fora do processo, no plano das relações jurídicas substanciais¹⁸³³. Na visão chiovendiana, a sentença é a afirmação concreta da vontade abstrata da lei e que, na concepção carneluttiana, visa à justa composição da lide. Implica resposta do Estado-juiz ao pedido formulado pelo autor¹⁸³⁴ e, ocasionalmente, também pelo réu (v. g., formulado em sede de reconvenção). A sentença, no tocante à sua inteligibilidade, submete-se aos requisitos de clareza translúcida e precisão¹⁸³⁵, não apenas por uma exigência de cunho literário, senão também por satisfazer uma necessidade de ordem política, posto que sentenças cronianas obscuras, contraditórias, incompletas, afetam, afinal de contas, sua efetiva exequibilidade. Nesse teor de ideias, a motivação também deve ser expressa, clara, precisa, completa, racional.¹⁸³⁶

¹⁸³² SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**, v. 3, op. cit., p. 9.

¹⁸³³ REDENTI, Enrico. **Profili pratici del diritto processuale civile**. 2. ed. Milano: Giuffrè. 1939. p. 442.

¹⁸³⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 1.165: “A sentença definitiva é o ato com o qual o juiz satisfaz a obrigação que lhe decorre da demanda judicial; por meio da sentença, conclui ele sua missão (*functus officio*).”

¹⁸³⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1939, art. 280, *caput*: “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterá:”. No tocante aos requisitos de clareza e de precisão, vide PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v. II. p. 328; BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. **Curso de direito processual civil** – conforme a jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 469-470.

¹⁸³⁶ ESPINOSA CUEVA, Carla, op. cit., p. 62-63: “*Pero la afirmación de la existencia de la discrecionalidad no se traduce en libertinaje judicial, pues toda decisión debe seguir ciertos parámetros de coherencia,*

O curso natural do processo de cognição é desembocar em uma sentença de mérito. O conteúdo da sentença que julgue o mérito da causa¹⁸³⁷ será, intrinsecamente, diverso do teor daqueloutra que, ao revés, por uma anomalia de percurso, não chegue a resolver o *meritum causae*¹⁸³⁸. O arcabouço da fundamentação, como é intuitivo, variará num caso e noutro.

Com efeito, a estrutura formal do ato jurídico-processual consistente na sentença de mérito, v. g., quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor, hospedará, necessariamente, uma sequência de temas que ganham solução justamente no espaço físico da motivação, tais como (i) pressupostos processuais de constituição e de desenvolvimento válido; (ii) condições genéricas e específicas para o exercício regular do direito subjetivo público de ação; (iii) demais questões preliminares e prejudiciais; (iv) questões ou pontos de fato e de direito relevantes; e (v) o mérito da causa. A regra de ouro é que o juiz analise e resolva todas as questões ou pontos fático-jurídicos aduzidos e debatidos pelas partes com vistas à justa composição da lide. Não se podem aceitar como suficientes motivações aparentes, indiretas

independencia y justicia. En este sentido, proponemos que la motivación debe ser: expresa, clara, completa, legítima y lógica.”

¹⁸³⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 269: “Haverá resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) III - quando as partes transigirem; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).” Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 497: “Haverá resolução de mérito quando o órgão jurisdicional: I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.”

¹⁸³⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 267: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - quando o juiz indeferir a petição inicial; II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; VII - pela convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 9.307, de 23.9.1996) VIII - quando o autor desistir da ação; IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal; X - quando ocorrer confusão entre autor e réu; XI - nos demais casos prescritos neste Código.” Projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 495: “O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de um ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, nos termos do art. 348; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código.”

ou implícitas; antes, ao contrário, a argumentação justificativa há de ser explícita; quando menos, a fim de que o juiz possa demonstrar que, efetivamente, teve pleno conhecimento do *thema decidendum*. Por exemplo: do integral acolhimento do pedido do autor não se pode inferir que, implicitamente, o juiz haja rejeitado determinada matéria suscitada em preliminar pelo réu. A famigerada teoria da motivação implícita, aplicada indiscriminadamente, equivale a uma não motivação.

Na fundamentação, simultaneamente, o juiz deverá também resolver e se pronunciar, às expressas, acerca de eventual reconvenção apresentada pelo réu-reconvinte, bem como, se houver, de ação declaratória incidental, de ações conexas e de intervenção de terceiro em suas inúmeras modalidades (v. g., assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide, chamamento ao processo), sob pena invalidade da sentença¹⁸³⁹. O ordenamento jurídico brasileiro desconhece a figura do chamado julgamento implícito. Por exemplo: da rejeição integral do pedido na ação principal não se pode inculcar que o juiz teria julgado implicitamente o pedido reconvenicional. O contraditório como influência, o devido processo legal e o conceito de *completezza* justificativa da motivação impõem que o órgão julgador examine, leve em consideração, as questões trazidas pelas partes, assim ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. Nesse contexto, é útil reafirmar, ao juiz cumpre explicitar as razões que justifiquem não apenas a hipótese vencedora de decisão, senão também aquela derrotada. É a única via para se saber se, de verdade, o juiz levou em conta a atividade dialética e probatória dos litigantes.

A ossatura da motivação será maior ou menor em razão das especificações dos casos legais de prolação de sentença de mérito. Abstraindo-se das hipóteses de acolhimento ou de rejeição do pedido do autor, que naturalmente reclamam fundamentação completa e dotada de intensa carga argumentativa, as coisas se passam (ou podem se passar) de um modo diverso nos demais casos em que a lei processual considera, também, resolvido o *meritum causae* quando: o réu reconhecer a procedência do pedido; as partes transigirem; o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição; o autor renunciar à pretensão sobre que se funda a ação.

Em casos tais, a sentença¹⁸⁴⁰ não está dispensada dos elementos catalogados nos incisos I, II e III do art. 458 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, ou seja, deve explicitar as razões para a homologação. Inobstante, em relação à dosagem da fundamentação,

¹⁸³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 110-112.

¹⁸⁴⁰ Ao propósito da definição desta espécie de pronunciamento jurisdicional, vide BELLINETTI, Luiz Fernando. O conceito de sentença no código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 218-229, abr./jun. 1984, esp. p. 228-230.

poderá elaborá-la de forma concisa, máxime quando pronuncie a decadência ou a prescrição, fenômenos processuais conectados, em regra, a poucos dados objetivos, aferíveis *prima facie*. Entrementes, o dever de motivar não pode ser aceito como devidamente adimplido quando, por exemplo, o juiz pura e simplesmente adira aos argumentos de uma das partes. É indispensável que o juiz justifique, à sociedade, os critérios de escolha ou de valoração empregados em sua decisão. O órgão julgador não está dispensado de examinar as peculiaridades do caso concreto. Dois exemplos bastam para demonstrar a assertiva: (i) quando o réu reconheça a procedência do pedido ou as partes transijam em processo instaurado mediante colusão entre elas, a fim de fraudar a lei; (ii) na ocorrência de transação, autocomposição da lide, o respectivo teor é ditado pelas partes, vale dizer, a composição da lide não se dá propriamente através da sentença homologatória, mas ao juiz cumpre verificar, *v. g.*, se o negócio jurídico formalmente preencheu os requisitos legais indispensáveis¹⁸⁴¹. Tais atos unilaterais e bilaterais, praticados nos autos do processo, vale à pena frisar, agregam-se à fundamentação da sentença homologatória¹⁸⁴².

Sob outro prisma, na sentença que não resolva o mérito (ou meramente terminativa) ao juiz cumpre igualmente exteriorizar as razões de fato e de direito que sirvam para justificá-la. O ordenamento processual vigente¹⁸⁴³ permite que, nessa hipótese de julgamento sem resolução do mérito da causa, o respectivo discurso justificativo seja abreviado. Contudo, a decisão não pode prescindir de substrato suficiente à sua identificação como ato decisório final. Nesse passo, é útil relembrar que motivação sucinta não implica ausência de motivação¹⁸⁴⁴: a concisão não se confunde com a carência. A dosagem de motivação, extensão maior ou menor, depende naturalmente das especificações do caso concreto (*v. g.*, arguição pelo réu de questões relacionadas aos pressupostos processuais e às condições da

¹⁸⁴¹ AMERICANO, Jorge. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1. p. 432: “Diz-se homologatória a sentença que, sem apreciar o direito, sanciona a vontade expressa pelas partes, depois de verificar as formalidades processuais assecuratórias da livre expressão dessa vontade.”; MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 3. p. 53: “Cumprido, portanto, ao juiz examinar a regularidade e admissibilidade da declaração de vontade, para, a seguir, homologá-la, ou não.”

¹⁸⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, *op. cit.*, p. 115.

¹⁸⁴³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 459: “O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.”

¹⁸⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Prueba y motivación de la sentencia*, *op. cit.*, p. 110: “*Sin embargo, concisión no significa omisión: en ninguna hipótesis se le faculta al juez la posibilidad de pasar en silencio total el fundamento de su resolución.*”

ação, ou objeção de litispendência ou de coisa julgada). A motivação deve exteriorizar as razões que justifiquem os critérios de escolha ou de valoração adotados pelo juiz em sua decisão¹⁸⁴⁵.

Nessa moldura, o *quantum* de motivação é diretamente proporcional à seguinte ordem decrescente de hipóteses autorizativas da extinção do procedimento em primeiro grau sem resolução do mérito: (i) ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (ii) acolhimento de alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada; (iii) falta de qualquer das condições da ação; (iv) indeferimento da petição inicial; (v) convenção de arbitragem; (vi) desistência da ação; (vii) confusão entre autor e réu; (viii) quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de trinta dias; (ix) paralisação do processo durante mais de um ano por negligência das partes. De sorte que, a toda evidência, as decisões sobre as últimas hipóteses poderão apresentar (não é impositivo que assim o seja) um coeficiente de concisão maior do que as primeiras. Implica dizer que, sem precisar detalhar todos os atos processuais praticados nos autos do processo, ao juiz basta explicitar os pontos relevantes que justifiquem jurídica e racionalmente a decisão de extinção do procedimento em primeiro grau sem resolução do mérito da causa.

A regra de ouro, em casos tais, é a seguinte: o juiz pode prestar contas sucintamente, mas deve fazê-lo de modo exauriente. Portanto, a sentença meramente terminativa também está jungida à obrigatoriedade de motivação pública, conquanto a justificação possa ser exprimida graficamente de forma abreviada, o que, obviamente, não significa laconismo ou ausência de fundamentação. Seja como for, deve apresentar motivação completa, de arte a permitir, a um relance d'olhos, a identificação do seu cerne, consistente nas razões justificativas do discurso judicial. Em outras palavras: o que se exige é uma justificação racional que demonstre a coerência das premissas entre si e entre as premissas e a decisão¹⁸⁴⁶.

Há outras espécies de sentenças homologatórias, principalmente quando houver aquiescência das partes ou dos interessados (v. g., sentença homologatória de partilha em

¹⁸⁴⁵ MURILLO VILLAR, Alfonso. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. **Teoria e Storia del Diritto Privato** (Rivista internazionale on line – TSDP), n. 5, p. 1-34, 2012, esp. p. 29: “Evidentemente, del texto parece colegirse que se confunde extensión de una sentencia con motivación de una sentencia; ahora bien, si la extensión de la sentencia es tal que viene a ser un resumen del proceso, como dice el rey, eso no es motivar. La motivación no es proporcional a la extensión; ni la decisión judicial se motiva mejor porque la sentencia sea más extensa. Las sentencias tienen que tener la extensión que sea precisa de forma que las razones que movieron al juez a tomar la decisión sean evidentes y convincentes.”

¹⁸⁴⁶ SOUZA, Daniel Adensohn de. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 167, p. 132-168, jan. 2009, esp. p. 147.

inventário *mortis causa*, nos termos do art. 1.026 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973). A motivação, nesta sede, poderá ser vazada em estilo abreviado, mas há de exprimir as razões justificativas da decisão: a própria partilha elaborada pelas partes integra, pela homologação, total ou parcialmente (quando tiver havido impugnação pelos interessados), a fundamentação da sentença homologatória. A rigor, mais concisa ainda do que a sentença meramente terminativa.

Diga-se, outro tanto, em relação ao procedimento especial de divisão e demarcação de terras particulares. O juiz poderá incorporar, sobretudo quando houver concordância das partes ou dos interessados, à estrutura da motivação da sentença homologatória o laudo, planta e memorial descritivo, elaborados pelo agrimensor, ministrando suas próprias razões que justifiquem semelhante incorporação. Contudo, mesmo que todos os interessados estejam de acordo quanto à dispensa de motivação, ainda assim o juiz deverá motivar sua decisão, posto que a obrigatoriedade de motivação pública transcende a esfera de disposição das partes ou dos interessados no caso singular¹⁸⁴⁷. Com efeito, a motivação, a rigor, responde a outros escopos, em relação aos jurisdicionados, à sociedade em geral e à confiança assentada na concreta administração da justiça, incondicionalmente submetida à exigência de transparência, a fim de permitir o controle racional sobre a parcialidade e o arbítrio judiciais.

Nesses casos, quando houver impugnação, os correspondentes argumentos, embora não abonados, hão de ser elencados e apreciados, demonstrando o juiz que não eram merecedores de crédito, *i. e.*, explicitando as razões pelas quais os rejeitou.

Merece menção à parte o problema da homologação de sentença estrangeira, atualmente pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, destituída de motivação. Nesta hipótese, no chamado juízo de delibação, resta evidente que a sentença estrangeira desnuda de motivação põe-se em forte rota de colisão com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, representado não apenas pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, senão também pelo art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil de 1973¹⁸⁴⁸. A motivação é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, constituindo-se, por conseguinte, em componente essencial, estrutural¹⁸⁴⁹, da decisão judiciária. Em semelhante perspectiva, não padece dúvida de que tais preceitos gravitam na

¹⁸⁴⁷ Anote-se a posição contrária de SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 3. p. 249.

¹⁸⁴⁸ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 499, inciso II.

¹⁸⁴⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 4, op. cit., p. 285.

órbita da ordem pública e, por isso mesmo, com eles as sentenças estrangeiras hão, necessariamente, de consonar-se¹⁸⁵⁰.

As chamadas decisões interlocutórias, em que o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente¹⁸⁵¹, também atraem a regra do estilo conciso de fundamentação¹⁸⁵². É a consagração do *Fast-food* processual, o qual, no entanto, não pode prescindir do requisito da plenitude justificativa da motivação (breve, mas exauriente), sob pena de se provocar uma erosão na legitimação do exercício da função jurisdicional. De modo que não se pode confundir motivação lacônica, insuficiente, com motivação abreviada. Nem se olvide que, em linha de princípio, as decisões interlocutórias resolvem questões sumamente relevantes para a vida do processo (v. g., saneamento do procedimento, mediante a resolução de todas as questões obstativas ao regular andamento do feito; resolução de requerimentos de produção de provas, sendo certo, por exemplo, que o indeferimento imotivado de prova pericial importa cerceamento de defesa; concessão ou denegação de antecipação de tutela ou de medida cautelar *initio litis*).

Quer-se dizer que a autorização legal para a adoção de uma forma concisa de motivação não equivale a uma licença para a insuficiência ou a incompletude. Contudo, como bem se compreende, o estilo da motivação, que determina naturalmente seu conteúdo, não pode ser regulado através de normas, pois que deflui, principalmente, da cultura e da

¹⁸⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 119: “Assim, se a nossa Suprema Corte está impedida de reconhecer os efeitos de uma decisão que não teria validade se tivesse sido proferida pela jurisdição brasileira, ‘não é homologável a sentença estrangeira *desmotivada*’.” (Grifos no original). É útil consultar, ao propósito, os seguintes arestos: (i) Supremo Tribunal Federal - SE 3262. Rel. Min. DJACI FALCAO. Tribunal Pleno. Julgamento: 03/09/1986. DJ 24-10-1986, encimado da seguinte ementa: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SUA INVIABILIDADE POR FALTA DE REQUISITO PROCESSUAL BÁSICO, OU SEJA, A CITAÇÃO DA RÉ PARA QUE RESPONDA NA ORIGEM À AÇÃO (ART. 217, INC. II, DO REGIMENTO INTERNO); BEM ASSIM, POR SE APRESENTAR SEM MOTIVAÇÃO A SENTENÇA HOMOLOGANDA (ART. 458, INC. II, DO COD. PROC. CIVIL). INDEFERIMENTO DO PEDIDO.”; (ii) Superior Tribunal de Justiça - SEC 684/US. Rel. Min. CASTRO MEIRA. Corte Especial. Julgamento: 01/07/2010. DJe 16/08/2010, sintetizado na seguinte ementa: “SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. CITAÇÃO. CARTA ROGATÓRIA. NECESSIDADE. 1. A sentença em exame é despida de qualquer rastro de fundamento, apresentando uma nudez de motivação que chega a impressionar e recomenda definitivamente a improcedência do pedido, sob pena de frontal desrespeito à ordem pública nacional que significaria chancelar uma decisão judicial teratológica. Precedente: SEC 880/IT, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 06.11.06. (...) 4. Homologação indeferida.”

¹⁸⁵¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 162, § 2º.

¹⁸⁵² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

formação profissional do juiz: quanto maior a nitidez de ideias do juiz, tanto mais resultará uma motivação clara, sóbria e até sucinta.

8.11.2 Pronunciamentos jurisdicionais no âmbito de Juizado Especial Cível: prática de concisão

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, relativamente às causas de reduzida complexidade jurídica e de menor envergadura financeira¹⁸⁵³, em que o processo é presidido pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, nos julgamentos de segunda instância as decisões, sejam de mérito ou meramente terminativas, podem ser fundamentadas de forma concisa¹⁸⁵⁴, embora todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento do conflito devam, necessariamente, ser levadas em consideração no decisório, inclusive no tocante ao pedido contraposto formulado pelo réu em face do autor na contestação¹⁸⁵⁵.

As sentenças, por obedecerem a ditames de simplicidade e de objetividade, podem refletir motivação sucinta. Em situações que contingencialmente envolvam um pouco mais de complexidade jurídica, ter-se-á uma fundamentação mais pujante. Em ambas as hipóteses, no entanto, a motivação deve contemplar todas as questões e pontos fático-jurídicos importantes

¹⁸⁵³ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 98: “A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

¹⁸⁵⁴ Lei nº 9.099, de 26.09.1995, art. 46: “O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.” Vide, a título de ilustração, o Decreto-lei n. 5.452, de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), Art. 895, inciso IV: “terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.” Incluído pela Lei nº 9.957, de 12.1.2000)

¹⁸⁵⁵ Lei nº 9.099, de 26.09.1995, art. 31: “Não se admitirá a reconvenção. É lícito ao réu, na contestação, formular pedido em seu favor, nos limites do art. 3º desta Lei, desde que fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia.”

da causa. Comumente, veem-se sentenças nas quais o relatório (apêndice) é maior do que a motivação (corpo)¹⁸⁵⁶.

Em casos tais, justifica-se a desformalização do processo. Cabe advertir, no entanto, que motivação *in nuce*, expressa em termos concisos, não pode se degenerar em ausência de motivação¹⁸⁵⁷, dentre outras razões pelo princípio da responsabilidade estatal. Implica dizer que, em grau de recurso, mesmo em estilo abreviado, a motivação das decisões proferidas pelas chamadas turmas recursais há de ser consistente e completa¹⁸⁵⁸ para demonstrar as razões justificativas nas quais a decisão se escora¹⁸⁵⁹.

8.11.3 Sentença em procedimentos da impropriamente denominada jurisdição voluntária: flexibilização do elemento de motivação?

Em sede dos procedimentos da assim denominada jurisdição voluntária, *ex vi* da inexistência de conflito e, assim, de partes, há uma atenuação do rigorismo dos elementos essenciais da estrutura da sentença. Trata-se, em determinada vertente doutrinária, de administração pública ou de fiscalização de interesses privados, sendo útil (e necessária) à tutela da ordem social¹⁸⁶⁰. Dá-se uma interferência do Estado nas relações intersubjetivas, no escopo de abonar validade jurídica aos atos privados, haja vista a elevada importância dos valores em jogo.

¹⁸⁵⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à Lei 9.099/1995. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 275: “em suma, *relata-se muito e fundamenta-se pouco*.” (Grifos no original).

¹⁸⁵⁷ CRETILLA NETO, José, op. cit., p. 120: “Isso significa que existem *diferentes graus de fundamentação*, sem que, com isso, se estabeleça a tolerância à *ausência* de motivação.” (Grifos no original).

¹⁸⁵⁸ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 377.

¹⁸⁵⁹ LEMOS, Jonathan Iovane de. Garantia à motivação das decisões. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62832>>. Acesso em: 9 jun. 2014: “Veja-se, portanto, que as decisões judiciais poderão ser motivadas de maneira sucinta, nos casos em que a lei a autoriza ou naqueles casos em que as circunstâncias dos autos permitem, devendo, entre tanto, estar a resposta jurisdicional de maneira suficiente ao pleito exigido, permitindo que as partes entrevejam as razões pelas quais o magistrado adotou tal solução.”

¹⁸⁶⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 381.

Em sede de jurisdição voluntária, conquanto a atividade do juiz possa se adstringir à verificação dos requisitos legais atinentes à validade do ato, não deixa de haver uma análise da observância da juridicidade e uma decisão em prol da boa administração de interesses privados.

Nesse quadrante, sobrepõem os aspectos de conveniência ou de oportunidade em relação ao juiz, uma vez que não está compelido a observar critério de legalidade estrita, sendo-lhe, pois, facultado abraçar a solução que melhor consulte às peculiaridades do caso particular¹⁸⁶¹. Pode haver um dissenso entre os interessados, distinto do conflito de interesses que, em regra, marca a contenciosidade. Daí a flexibilização de regras procedimentais, como aquelas concernentes à atividade probatória¹⁸⁶².

Entretanto, as decisões proferidas, mesmo que de caráter homologatório, hão de conter seus elementos essenciais e, por isso mesmo, ser fundamentadas: ao juiz cumpre ministrar as razões justificativas pelas quais considerou que o ato é, ou não, válido¹⁸⁶³. Semelhante exigência defluiu, também, da instrumentalidade do processo, concebido como mecanismo a serviço dos valores sensíveis que nele subjazem e da boa administração da justiça. Não se afigura juridicamente admissível, por exemplo, que, em procedimento de tutela e de curatela¹⁸⁶⁴, que acarreta grave invasão na esfera pessoal dos indivíduos, a decisão do juiz seja desnuda de justificação, ou que a motivação do pronunciamento seja insuficiente, incompleta, contraditória.

8.11.4 Julgamento de plano de demandas judiciais repetitivas

A petição inicial da demanda judicial submete-se a requisitos intrínsecos e extrínsecos. O juiz, ao examinar a petição inicial, além de deferir a citação ou de determinar o saneamento

¹⁸⁶¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 1.109: “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.”

¹⁸⁶² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 1.107: “Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.”

¹⁸⁶³ ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, op. cit., p. 207.

¹⁸⁶⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, arts. 1.177-1.198.

de vícios que a contaminem, poderá proferir decisão de seu indeferimento. Neste último caso, o juiz deve ministrar, expressamente, os motivos que o guiaram até semelhante decisão de caráter negativo, sem apreciação do mérito da causa, como quando o autor deixe, no prazo que lhe foi assinado, de sanar as deficiências da peça vestibular.

Noutros casos, no entanto, ao indeferir a petição inicial, o juiz, de logo, prolata, excepcionalmente, decisão de mérito, sob a forma de sentença (v. g., ao pronunciar a decadência¹⁸⁶⁵ do direito material posto em juízo). Também aqui o juiz exibe o dever de justificar sua decisão acerca do decurso do prazo previsto em lei para o exercício do direito.

Contudo, há casos em que o juiz profere, ordinariamente, julgamento imediato do pedido, para rejeitá-lo, *prima facie*, no momento de apreciação da petição inicial, nas chamadas causas seriadas ou repetitivas, concernentes a uma só questão de direito¹⁸⁶⁶. O legislador brasileiro criou uma curiosa espécie de sentença *per relationem*, pois o juiz não elabora uma justificação autônoma e específica, mas se remete a uma justificação pretérita, albergada em outra sentença do próprio juízo, pronunciada em “caso idêntico”, decalcando suas razões. A economia processual e a imaginável maior previsibilidade e segurança na aplicação do direito não podem se sobrepujar às garantias do contraditório, do direito de defesa e do devido processo legal¹⁸⁶⁷. O contraditório, v. g., não pode ser suprido com a

¹⁸⁶⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 295: “A petição inicial será indeferida: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973) IV - quando o juiz verificar, desde logo, a decadência ou a prescrição (art. 219, § 5º); (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 333, § 1º: “O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.”

¹⁸⁶⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 285-A: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).” Convém notar que a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou ação direta para declarar a inconstitucionalidade deste dispositivo (ADIn n. 3.695), perante o Supremo Tribunal Federal. Até o momento de hodierno não houve pronunciamento favorável da Suprema Corte (e parecem ser remotas as probabilidades de que haja, ante o problema de sobrecarga de serviço dos juízes). Vale notar que essa sistemática experimentou formidável ampliação no Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 333: “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo; V – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.”

¹⁸⁶⁷ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. p. 37. Em posição diametralmente oposta, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 363-364; CARDOSO, Oscar Valente. A motivação das sentenças de improcedência inicial de pedidos repetidos: harmonização do art. 285-A do CPC com o art. 93, IX, da Constituição. **Revista Dialética de Direito Processual** (RDDP), São Paulo, n.116, p. 94-104, nov. 2012, esp. p. 99-100.

possibilidade de retratação do juiz e de interposição do recurso de apelação¹⁸⁶⁸, pois que não representa uma garantia unilateral do réu, mas também do autor. Por outras palavras: no atual estágio de civilidade jurídica, a garantia fundamental do contraditório do autor, traduzido, também e sobretudo, no direito de influenciar o juízo, não pode ser sacrificada no altar do binômio celeridade-economia processual. Celeridade e economia processual sim, mas com observância escrupulosa das garantias fundamentais do processo justo. Semelhante sistemática arrosta o grave risco de que prevaleça o comodismo judicial¹⁸⁶⁹.

Seja como for, nessa hipótese o juiz tem o dever de exprimir, em seu discurso, as razões justificativas de sua decisão, *in limine litis*, de improcedência do pedido (jamais de procedência). Com efeito, ao juiz cumpre demonstrar, no espaço físico da motivação, dotada da estrutura lógica de um conjunto ordenado de proposições: (i) a preexistência no juízo de causas idênticas, com sentença já prolatada de improcedência; (ii) que a matéria controvertida é unicamente de direito; (iii) a possibilidade de resolver a causa sucessiva com a reprodução do conteúdo da sentença pronunciada na causa anterior¹⁸⁷⁰.

¹⁸⁶⁸ GRECO, Leonardo, op. cit., p. 38: “O contraditório em grau de recurso é sensivelmente inferior ao do juízo de 1º grau: não há qualquer possibilidade de audiência oral e de diálogo humano. Os tribunais julgam papéis.”

¹⁸⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 27, p. 49-58, jun. 2005, esp. p. 58: “Outro ponto digno de reparo especial é a autorização, que se pretende dar ao juiz, para sentenciar de plano, reproduzindo decisão anterior, quando já houver julgado improcedente o pedido em feito análogo. Aí não é sequer de prestigiar a jurisprudência que se trata: pressuposto bastante é a existência de um único precedente, do mesmo juízo. Dificilmente se concebe incentivo maior à preguiça, ou, em termos menos severos, ao comodismo do julgador, que poderá valer-se da franquia para desvencilhar-se rapidamente do estorvo de novo processo, com a pura e simples baixa de um arquivo do computador. Dir-se-á que o texto projetado restringe a possibilidade às hipóteses em que não haja “qualquer singularidade” na causa agora ajuizada; mas a lei do menor esforço quase fatalmente induzirá o juiz menos consciencioso a enxergar identidade onde talvez não exista mais que vaga semelhança. A tentação da facilidade será forte demais, sobretudo quando grande a carga de trabalho que estiver assoberbando o magistrado. Em não poucos casos, ante a primeira impressão do *déjà vu*, a própria leitura da petição inicial corre o perigo de ver-se truncada, ou reduzida a sumária olhadela, desatenta a argumentos porventura novos que autor suscite. Não se poderá contar muito, por parte do juiz, com o empenho - tão desejável - numa reflexão constantemente renovada sobre as questões de direito que lhe incumbe enfrentar.”

¹⁸⁷⁰ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho, op. cit., p. 175-176: “Logo, a correta aplicação do artigo 285-A impõe ao julgador explicitar as razões pelas quais os casos confrontados são *idênticos*, podendo então valer-se das razões contidas no caso idêntico anterior, deixando claro, na fundamentação por ele trazida, as semelhanças relevantes entre os casos, que tornem justificável o tratamento jurídico paritário.” (Grifos no original).

9 VÍCIOS DE MOTIVAÇÃO E SUA SANÇÃO: CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DOS DEFEITOS DA MOTIVAÇÃO E O PROBLEMA DA COMPLETA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO (GRÁFICA OU IDEOLÓGICA) E DA CONTRADITORIEDADE RADICAL DA SENTENÇA IRRECORRÍVEL

9.1 O “juiz Crono”: autofágico modelo de sentença com vícios de motivação

Motivar, de modo juridicamente válido, uma decisão judiciária é explicitar-lhe as razões, no fito de afastar o autoritarismo e a arbitrariedade. Entrementes, surge o quarto modelo de juiz: Crono. Ele é um desertor que fugiu do *front* da jurisdicionalidade. Nutre profundo desprezo pela fidelidade à lei e, de conseguinte, pelo dever de motivação das decisões judiciárias como condição essencial da jurisdição. O juiz Crono menospreza a segurança jurídica e não se preocupa com a lei nem com a doutrina, tampouco com a jurisprudência, que não corresponderiam a suas opiniões pessoais. Na porta de seu gabinete, o juiz Crono mandou reproduzir a inscrição do portal do inferno alighieriano: “deixai aqui todas as esperanças, ó vós que entraís.”¹⁸⁷¹

Na teoria do juiz Crono, seu papel se adstringe à mera vontade de comando (*Sic volo, sic iubeo*), pois venera a irracionalidade da função jurisdicional: a razão deve ceder o passo à sua irrefragável crença de infalibilidade. De um lado, cultua o subjetivismo e o voluntarismo, sendo campeão na utilização de argumentos apagógicos, de redução ao absurdo; e, de outro, é desidiioso no cumprimento do dever de motivação e, não infrequentemente, demite-se de ministrar razões que justifiquem a racionalidade das premissas nas quais sua conclusão final está assentada. Não há sequer decisão formalmente motivada. Quando fornece motivos geralmente o faz de forma insuficiente e incompleta, sem esgotar a plêiade de argumentos de fato e de direito, deduzidos e debatidos pelas partes em contraditório, suscetíveis de influir na solução do conflito. Quando o juiz Crono integra um órgão colegiado e, inobstante ter ficado vencido no julgamento, redige o texto da motivação, o faz com argumentos inidôneos a justificar o dispositivo; antes, assaz pior, desenvolve argumentos deliberadamente para conspurcá-lo, a fim de que, ante a traição, seja anulado por absoluta incompatibilidade de

¹⁸⁷¹ ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**, op. cit., p. 25.

gênios entre as premissas e a conclusão final¹⁸⁷². Na realidade, a melancólica astúcia dialética do juiz Crono produz uma não motivação da decisão, no preciso escopo de desacreditá-la, insinuando ao juiz superior os argumentos para invalidá-la¹⁸⁷³.

O atemorizante juiz Crono representa o inverno do processo justo. Arrisca-se em equilíbrios argumentativos inúteis, empregando frases empoladas que nada dizem. É sumo especialista em usar as palavras para encobrir as ideias, além de recorrentemente exercitar tautologias, petições de princípio e quejandos. Suas sentenças são calamitosas, infensas às razões justificativas racionais em relação a seus critérios de escolha ou de valoração tanto no acerto da verdade dos fatos, quanto na escolha da norma aplicável e sua opção por determinada interpretação.

Suas sentenças enigmáticas estorvam sobremodo o trabalho das partes concernente à elaboração de suas impugnações, bem como embaraçam a atividade de cognição do juiz revisor. Já agora no plano político, por absoluta falta de racionalidade, não consentem controlabilidade democrática e difusa seja pela opinião pública idealizada em seu complexo, seja como opinião de *quisquis de populo*. Essa vertente croniana não consente sindicatizar os modos pelos quais concretamente administra a “justiça”. Há, porém, mais. As intrincadas e obscuras teias argumentativas emergentes da técnica de julgamento do juiz Crono, articuladas em suas pseudomotivações, alcançam a proeza de inibir até a verificação se, no caso concreto, foram observadas as garantias fundamentais do processo (v. g., a imparcialidade do órgão julgador). Tampouco suas peculiaríssimas “razões justificativas” se prestam a determinar a correta interpretação e alcance da parte dispositiva da sentença.

Ironicamente, o juiz Crono é apresentado como o lídimo campeão das estatísticas quantitativas forenses: mês a mês suplanta seus próprios recordes em quantidade de sentenças prolatadas. Entretanto, não se importa com o fato de que o “modelo” de suas sentenças diste

¹⁸⁷² CALAMANDREI, Piero. Sentenze sintomatiche. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 488: “*Questo vero e proprio “sabotaggio giudiziario” commesso da un giudice nell’esercizio delle sue funzioni (l’ESCOBEDO parla eufemisticamente di “sentenze suicide”, ma l’idea del sabotaggio mi sembra più appropriata di quella del suicidio, perchè qui questo giudice che si adopera a nascondere nella sua sentenza l’ordigno esplosivo che ne produrrà l’annullamento, somiglia come due gocce d’acqua all’operaio che, nel rimontare i pezzi del motore, lascia fuori dolosamente una vite essenziale, la cui mancanza al momento opportuno provocherà la catastrofe...)* è il sintomo di un atteggiamento psicologico che mi sembra soprattutto pericoloso e temibile in un magistrato: il quale, investito di un ufficio in cui il primo dovere è quello della fedeltà alla legge, si stima superiore alla legge fino al punto di servirsi dei poteri che da questa gli derivano allo scopo di farsi beffe di essa.”

¹⁸⁷³ CALAMANDREI, Piero. La crisi della giustizia. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 579-636, esp. p. 594.

anos-luz dos paradigmas de qualidade, de adequação, de efetividade, de justiça da tutela jurisdicional. Idolatra a inépcia funcional no altar da mímica da eficiência utilitarista.

Crono é um juiz que tem aversão pelo Direito. Tem seu próprio Código de processo civil, com procedimentos aleatórios, imprevisíveis, traiçoeiros, cuja marca registrada é o indevido processo ilegal. Seu sadismo rivaliza com o do Barão Vitellio Scarpia¹⁸⁷⁴. É a antítese de toga do juiz Hércules dworkiniano¹⁸⁷⁵. Advirta-se, contudo, que o juiz Crono não é apenas uma invenção teórica, mas (dir-se-á) a apocalíptica doutrina croniana habita com incedível desenvoltura o cotidiano forense. Suas impressões digitais são facilmente perceptíveis *prima facie*. Deve-se supor que seja tão raro quanto um corvo branco divisar alguém que nunca haja tido a desventura de deparar no dia a dia do tribunal com as “aptidões extraordinárias” do juiz Crono. Concebeu uma singular teoria da decisão judicial. Antes e acima de tudo, Crono representa, desde sempre, um arquétipo atemporal, intangível e concreto de administração da (in)justiça mundo afora, e apresenta-se como porta-voz de uma divindade (ou melhor: como a própria divindade viva), *ad instar* da justiça primitiva.

Nessa moldura, o processo do juiz Crono - verdadeiro *shopping center* de violações aos jurisdicionados e à sociedade - come a si mesmo. Alimenta-se da própria carne das garantias fundamentais do processo justo. É autofágico. Ou melhor, para ser mais exato: é, como negação da própria jurisdição, comido pela própria fome erosiva do juiz Crono. Por exemplo: após anos a fio de tramitação kafkiana e labiríntica do processo, Crono reconhece a verdade do fato constitutivo da pretensão do autor, declara a responsabilidade do réu, mas, sem aduzir qualquer razão justificativa, extingue o processo pela prescrição.

O discurso croniano, habitualmente, é destituído de argumentações jurídica e racionalmente válidas e, por isso, inidôneo a justificar a decisão. As vicissitudes da motivação. O juiz Crono, no exercício de sua bizarra criatividade, concebeu um padrão de sentença com variáveis vícios de motivação: ora, omite questão de fato relevante para o julgamento da lide, ora exclui questão de direito crucial, ora interpreta as normas jurídicas em flagrante contraste com os valores e os padrões vigentes na comunidade na qual está inserido, em certo momento histórico, ora expõe motivos insuficientes, anoréxicos e incoerentes, ora

¹⁸⁷⁴ Chefe de polícia de Roma, na celeberrima Ópera Tosca de Giacomo Puccini.

¹⁸⁷⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**, op. cit., p. 165: “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa.”

indica fundamentos estranhos à espécie particular retratada nos autos do processo. Entretanto, emprega, invariavelmente, um procedimento inválido, iníquo e injusto para alcançar sua decisão final.

9.2 Espécies de patologia

O concreto exercício da jurisdição pode, qualitativamente, ser comprometido por duas classes de patologias diferentes no que tange ao dever de motivação: (i) pecado original consistente na ausência de motivação gráfica ou ideológica, como também o contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, representando uma espécie de abismo irracional, que também equivale a uma hipótese de ausência de motivação¹⁸⁷⁶; e (ii) vícios na decisão judiciária (v. g., em regra, omissão, insuficiências, contraditoriedade) derivantes de uma aplicação incorreta daquele dever. Deveras, a falta formal de motivação, além de representar cerceamento de defesa, massacra, por exemplo, o controle extraprocessual sobre a correção lógico-jurídica do *decisum*, pela ausência de imprescindível enunciação expressa dos elementos basais indispensáveis e suficientes, sem os quais não há justificação do julgado. Noutro giro, os vícios emergentes da deformada concreção judicial do dever de fundamentar incluem, por exemplo, insuficiências de motivação, a omissão da análise de um fato relevante, a motivação fictícia, a contradição lógica no corpo dos motivos¹⁸⁷⁷. Há, portanto, clara distinção entre ausência de motivação e motivação viciada.

Pode acontecer, e geralmente acontece, que a decisão judiciária padeça de *error in procedendo*, consubstanciado em vício de atividade que corrói os requisitos formais da decisão, conquanto não incidam sobre a validade do juízo que se expressa no corpo dos motivos que precedem à conclusão final (*scilicet*, o exercício da função jurisdicional visa à formulação pelo juiz da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada

¹⁸⁷⁶ MIMIN, Pierre. **Le style des jugements** (vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques). 3. ed. Paris: Librairies Techniques, 1951. p. 349-364, esp. p. 361.

¹⁸⁷⁷ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones**, op. cit., p. 392; vide, ao propósito, o novo Código de Processo Civil português (Lei n. 41, de 26.06.2013), art. 615: “Causas de nulidade da sentença. 1 - É nula a sentença quando: (...) c) Os fundamentos estejam em oposição com a decisão ou ocorra alguma ambiguidade ou obscuridade que torne a decisão ininteligível;”

situação¹⁸⁷⁸). Diferentemente, o *error in iudicando* consiste em um vício sobre o fundo da demanda judicial que afeta inteiramente a justificação da decisão judicial. Alguns exemplos são oportunos: (i) omissão da análise de ponto capital; pseudomotivação ou motivação fictícia¹⁸⁷⁹; incoerências na anatomia dos motivos; motivação que peque por insuficiências; incorreto acerto da verdade dos fatos (*error facti iudicando*); e (ii) erro em relação à questão de direito, como violação de lei: a) o juiz haja afirmado uma norma jurídica inexistente ou tenha negado uma norma existente; ou falsa aplicação da lei: b) a norma é corretamente escolhida, mas é aplicada a uma relação jurídica por ela não regulada; ou c) a norma é aplicada de modo a alcançar uma consequência contrária àquela prevista em lei¹⁸⁸⁰; d) equivocada escolha da norma jurídica aplicável e/ou e) sua teratológica e inaceitável interpretação (*error iuris in iudicando*).

9.2.1 Falta de motivação: vazio (ou aparência) de um discurso justificativo de razões

Os atos processuais, em regra, não estão sujeitos à configuração determinada¹⁸⁸¹. Todavia, o princípio da liberdade das formas não se coaduna, v. g., com a sentença, pois semelhante ato processual deve observar forma obrigatória traçada em lei, traduzindo exigência de ordem pública, como meio e modo de assegurar a vassalagem ao feixe de garantias fundamentais do processo équo e justo¹⁸⁸². Portanto, em sequência, para maior

¹⁸⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 3.

¹⁸⁷⁹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 551: “*In ipotesi di questo genere, mentre formalmente esiste un’indicazione di ciò che dovrebbe costituire la ragione del decidere, essa non è in realtà enunciata, né vengono indicati i motivi per cui ad es. una certa scelta in diritto dovrebbe ritenersi fondata su di un precedente o su di un principio generale, o per cui un accertamento in fatto dovrebbe ritenersi fondato sulle conoscenze di cui il giudice dispone.*”

¹⁸⁸⁰ COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**. Terza edizione riveduta e aggiornata. Torino: Editrice Torinese, 1966. p. 399, 484.

¹⁸⁸¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 154: “Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 188: “Os atos e os termos processuais não dependem de forma determinada, senão quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

¹⁸⁸² GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2, p. 270.

clareza e coesão, a sentença deve ter os seguintes elementos-âmbito formais e de conteúdo (componentes essenciais, estruturais, necessariamente presentes): relatório, motivação e dispositivo. Este é o modelo de sentença estabelecido em lei¹⁸⁸³: a preordenação dos elementos nucleares do suporte fático (*fattispecie, tatbestand*) do ato jurídico processual, consubstanciado na sentença, concebido, em arquétipo rígido, pela regra jurídica. Aqueles elementos-âmbito exercem intensa influência sobre a existência do ato jurídico em geral e do processual, em particular. De sorte que, ausente um dos elementos-âmbito, os fatos concretizados não têm musculatura de suporte fático suficiente à incidência da regra jurídica¹⁸⁸⁴ (v. g., sentença completamente desnuda de motivação, para sua configuração como ato jurídico processual, e portanto em desconformidade com o modelo jurídico-constitucional de sentença ou *fattispecie legal*). Não há concreção do suporte fático: este não chega a se completar.

O relatório contém uma sinopse das principais ocorrências havidas no curso do procedimento, com a identificação das partes e dos demais componentes individualizadores da demanda judicial, bem como a suma da petição inicial e da defesa. Aqui, ante seu caráter meramente descritivo e neutro, não há espaço para formulação de juízo de valor. O relatório deve evidenciar que o juiz fez a leitura das peças principais dos autos do processo e que tomou conhecimento de seu conteúdo: alegações relevantes das partes, questões fático-jurídicas, provas e contraprovas produzidas. Não é problema meramente acadêmico, longínquo do mundo de carne e osso, que omissões no relatório possam implicar deformidades tanto na motivação quanto no dispositivo da decisão.

Comumente, os vícios intrínsecos que podem inquinare as sentenças traduzem-se na (i) ausência de motivação; (ii) deficiência de motivação; e (iii) ausência de correlação lógica entre as premissas ou entre as premissas da motivação e a conclusão final. A rigor, tais patologias poderiam ser reduzidas à ausência de fundamentação: motivação deficiente, bem pesadas as coisas, não caracteriza motivação, e motivação que não guarde pertinência substancial com a conclusão final também motivação não é¹⁸⁸⁵.

¹⁸⁸³ SATTÀ, Salvatore. **Diritto processuale civile**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1973. p. 209.

¹⁸⁸⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 384, p. 229-241, mar./abr. 2006, esp. p. 230.

¹⁸⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman; 16). p. 335.

A falta formal de motivação da decisão judiciária pode ser total ou parcial. Nalguns casos, tem-se apenas o relatório e, *per saltum*, a parte dispositiva da sentença, sem o mais ténue resquício de um discurso, embora ínfimo, em que o juiz exprima as razões justificativas que o levaram a decidir desta ou daqueloutra maneira. A omissão total de explicitação de motivos representa erro de atividade verificável no juízo de mérito, concernente à inexecução de preceito constitucional e/ou processual no curso da fase decisória, mas não se confunde com defeito sintomático de motivação, que é um problema de raciocínio¹⁸⁸⁶. A *fattispecie* legal da sentença, como resposta do Estado-juiz, incidirá sobre posições jurídicas fundamentais das partes e até de terceiros. A ausência completa de fundamentação¹⁸⁸⁷ (elemento essencial de formação do ato jurídico-processual) mutila o modelo constitucional de sentença, provocando desconformidade com a sua *fattispecie* legal, a impedir, por conseguinte, que a sentença possa ser identificada como sentença ou - o que é o mesmo - a decisão possa ser qualificada como pronunciamento jurisdicional¹⁸⁸⁸.

A falta formal parcial de motivação da decisão pode ocorrer, por exemplo, na hipótese de sentença integrada por vários capítulos que componham *thema decidendum* e apenas falte fundamentação em relação a um ou alguns deles. Será inexistente tão somente o capítulo específico e, em relação a ele, não há formação de coisa julgada.

Por assim ser, insuficiências de motivação infiltram-se nos vícios que inquinam a estrutura lógica do raciocínio do juiz. O resultado será motivação destituída de significado racional. No caso de falta de motivação avultam seus defeitos formais. Contudo, há defeitos substanciais que contaminam a motivação, como incompletude, incongruência e ilocidade,

¹⁸⁸⁶ CALAMANDREI, Piero. Motivi di nullità. In: CAPPELLETII, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, op. cit., p. 161: “*Poichè l’error in iudicando è un difetto di ragionamento che si produce nella mente del giudice durante l’attività intellettuale di cui la sentenza è la conclusiva risultanza, esso errore non può essere rintracciato nel tenore della decisione se non quando questa sia motivata, quando cioè il giudice abbia riferito, a giustificazione del dispositivo, la storia sommaria del cammino che il suo pensiero ha dovuto compiere per giungere sino ad esso: (...)*”

¹⁸⁸⁷ A Corte de Cassação francesa elaborou um catálogo de *standards* capazes de efetuar um amplo controle lógico sobre a motivação no juízo fático: (a) *défaut de motifs* (falta de motivos); (ai) *absence de motifs* (ausência de motivos); (aii) *contradiction de motifs* (contradição de motivos); (aiii) *motif dubitatif ou hypothétique* (motivos dubitativos ou hipotéticos); (aiv) *défaut de réponse à conclusion* (falta de enfrentamento de uma questão); (b) *défaut de base légale* (falta ou insuficiência de base legal); (c) *dénaturation de l’écrit* (descaracterização ou deturpação de um escrito). Sobre o tema ora sintetizado, vide KNIJNIK, Danilo. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível convencimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001, esp. p. 44-47.

¹⁸⁸⁸ SATTA, Salvatore. Sull’inesistenza degli atti processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, v. 10, p. 337-342, 1956, esp. p. 338.

além de casos de (aparente¹⁸⁸⁹) motivação quão genérica, imprecisa e fictícia¹⁸⁹⁰, que, em substância, não oferecem justificção alguma, adversando o princípio segundo o qual deva haver uma motivação específica referenciada à concreta decisão contida na sentença¹⁸⁹¹. O problema tende a recrudescer, na era da informática, ante o fenômeno da “*McDonaldização*” de decisões jurisdicionais, cada vez mais estandardizadas e com colorido de generalidade, com a indiscriminada aplicação a um enorme número de lides semelhantes¹⁸⁹². Em caso tal, a motivação não preenche o requisito da clareza¹⁸⁹³.

No dispositivo o juiz se pronuncia sobre o pedido deduzido na petição inicial, na peça de reconvenção ou na própria contestação nas hipóteses em que se admite a formulação de pedido contraposto. Sentença sem dispositivo não ostenta a identificação de sentença, porquanto, como é intuitivo, o juiz não procedeu a julgamento algum. Portanto, na condição

¹⁸⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto, v. 2, p. 371-372: “*A poco a poco, però, questo motivo di cassazione è stato singolarmente allargato e trasformato dalla pratica giudiziaria: si è cominciato ad osservare che tanto vale la assoluta mancanza di motivazione, quanto una motivazione soltanto apparente, che sia costituita da una serie di frasi insignificanti o contraddittorie, le quali in sostanza non danno giustificazione alcuna del dispositivo; che, siccome in una sentenza il cui dispositivo sia costituito da più capi, a ogni capo deve corrispondere una propria motivazione, così in questo caso alla omissione totale deve equipararsi la incompletezza dei motivi, che può costituire omissione totale dei motivi per uno dei capi della sentenza.*” Assim também, no tocante à “*motivazione apparente.*”; RICCI, Gian Franco. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, v. 63, p. 571-601, 2009, esp. p. 596.

¹⁸⁹⁰ CANZIO, Giovanni. Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale** /Continuacão de/ RIDA, Milano, n. 1, v. 50, p. 135-157, 2007, esp. p. 154 e 155: “*(...) si è andato consolidando un cospicuo orientamento giurisprudenziale che ha ammesso l'impugnazione in cassazione nei casi nei quali la motivazione, pur formalmente presente in senso grafico e strutturale, sia tuttavia inficiata da vizi così macroscopici da oltrepassare i confini della manifesta illogicità e da risolversi in una motivazione meramente fittizia e “aparente”, tanto da presentare fratture ed aporie argomentative così vistose da rendere incomprensibili le ragioni della decisione. In queste ipotesi la mancanza di motivazione si sostanzia nel vizio di “violazione di legge”, (...) Si ritiene, per contro, che in queste ipotesi ben possa essere denunciato il vizio di motivazione inesistente o meramente apparente, qualificabile come inosservanza dell'obbligo di provvedere con decisione motivata, cioè quando essa manchi assolutamente o sia del tutto priva dei requisiti minimi di coerenza e completezza, al punto da risultare inidonea a rendere comprensibile l'iter logico seguito dal giudice di merito, ovvero le linee argomentative del provvedimento siano talmente scoordinate da rendere oscure le ragioni che hanno giustificato il provvedimento.*”

¹⁸⁹¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 495.

¹⁸⁹² CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 65/5, p. 5-12, 1996, esp. p. 8.

¹⁸⁹³ ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**, op. cit., p. 65: “*Así, por ejemplo, la motivación no es clara cuando no contiene en su redacción referencias concretas que permitan singularizar su razonamiento, como específicamente referido al caso, y alude a generalidades y casos hipotéticos no venidos al tema, o es construida con un lenguaje completamente estereotipado.*”

de “não-sentença”, por falta formal deste elemento essencial, é juridicamente inexistente (e não apenas inválida).

Ainda que não se queira colocar os três elementos essenciais da sentença (relatório, fundamentação e dispositivo) no mesmo patamar de igualdade, hierarquizando-se tais componentes numa gradação de essencialidade, colocando-se maior ênfase no dispositivo, o fato é que, pelo menos no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, a motivação não pode deixar de existir numa sentença. O poder público está incondicionalmente jungido ao dever de se justificar, com argumentos jurídicos e racionais válidos. Nessa perspectiva, a essencialidade da motivação está em que funciona como um limite ao poder do juiz, sobre ser um dique de contenção do arbítrio judicial: o incivilizado *sic volo, sic jubeo*¹⁸⁹⁴.

A prática judiciária coleciona casos em que, apesar de haver uma motivação gráfica e formal, não passa de mera aparência ou simulacro, pois o texto tecido pelo juiz não diz nem é capaz de justificar coisa alguma. O documento da motivação é um amontoado de frases vazias de conteúdo e de significado, além de apresentar fórmulas estereotipadas, dotadas de expressões genéricas, que, por sua vagueza, podem servir a toda e qualquer decisão, independentemente da análise dos elementos fático-jurídicos do caso particular posto à decisão jurisdicional. É um carnaval de tautologias, com alegorias de petição de princípio e fantasias de adotar como base precisamente algo que lhe cumpriria demonstrar (por exemplo: quando o juiz limita-se a reproduzir a dicção de determinado dispositivo legal).

Entretanto, baseado nessa aberrante praxe judiciária, o legislador brasileiro, com coragem digna de encômios, em sede do Projeto de Código de Processo Civil, parece sepultar definitivamente semelhante “modelo de motivação anômala” e consagrar arquétipo de fundamentação analítica, permitindo a observância das garantias constitucionais do processo equo e justo. É ler e conferir a dicção peremptória de seu art. 499: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I - se limita à 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

¹⁸⁹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 185: “O primeiro e mais grave deles é, sem dúvida, a *inexistência* de um discurso - mínimo que seja - em que o juiz enuncie as razões do provimento: a própria omissão gráfica de qualquer documento sobre o *iter* do raciocínio decisório constitui a forma mais evidente de violação do dever constitucional, pois revela que a decisão não foi fruto de uma ponderada reflexão sobre os elementos de fato e de direito disponíveis nos autos, mas representa ato de pura vontade pessoal do seu autor.”

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.”

9.2.1.1 Sentença pré-suicida e eutanásia processual: inexistência jurídica, invalidade ou ineficácia?

Na teoria geral do Direito, os atos jurídicos em geral, e os atos processuais em especial, consentem, sob o prisma ontológico, perscrutação em três dimensões distintas: a de sua existência, validade e eficácia. O segundo degrau (da validade) pressupõe, pelo menos, a superação do primeiro degrau (da existência) da sentença. O terceiro degrau (da eficácia) reclama, no mínimo, a superação do primeiro degrau da existência e do segundo degrau da validade da sentença¹⁸⁹⁵.

O ato pode existir no plano meramente material e também no plano jurídico, ou vice-versa¹⁸⁹⁶. No rigor da técnica, o plano de existência de um ato jurídico em geral¹⁸⁹⁷, e de um

¹⁸⁹⁵ GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 60: “A existência é o plano que deve necessariamente anteceder ao estudo dos planos da validade e da eficácia. Para saber se o ato é válido ou eficaz, deve-se ter a certeza, antes de mais nada, de que ele existe. (...) é pressuposto do fato jurídico a suficiência do seu suporte fático, a qual está ligada à entrada do fato no mundo jurídico. Se não houver a concretização dos fatos previstos pela norma jurídica, não existe fato jurídico, uma vez que o suporte fático seria insuficiente.”

¹⁸⁹⁶ DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 13, p. 43-59, abr. 2004, esp. p. 48: “Para além da informação histórica, ao abordar a questão da inexistência é preciso distinguir, primeiramente, a inexistência material da inexistência jurídica. Aquela corresponde à ausência de determinado ato (ou fato) na realidade social, no mundo dos fatos em geral (não jurídicos). Esta, por seu turno, identifica-se na não-correspondência entre determinado ato (ou fato) e o tipo legal que o define, residindo essa não-correspondência na ausência de algum (ou alguns) elemento(s) necessário(s) para a conformação do tipo legal. Em razão desse não-atendimento, dessa insuficiência dos elementos formadores do tipo, este não se perfaz, não ingressa no mundo jurídico e, conseqüentemente, não enseja a produção dos efeitos próprios previstos no tipo.”

¹⁸⁹⁷ A inexistência jurídica da sentença encontra seu paralelo no campo do direito privado, onde se distingue entre inexistência e invalidade (nulidade ou anulabilidade) e gradação das patologias do negócio jurídico. Nesse aspecto, vide PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense,

ato processual do juiz (v. g., sentença) em particular, conclama que, intrinsecamente, estejam presentes os elementos constitutivos definidos em lei, comuns, posto imprescindíveis a qualquer categoria de ato jurídico (v. g., agente, objeto e forma) ou específicos de determinada categoria de atos, como indispensáveis e suficientes ao seu ingresso no mundo jurídico (elementos nucleares do suporte fático)¹⁸⁹⁸. Diferentemente, a ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos substanciais do ato jurídico processual obstam seu nascimento e, ante a falta de seus elementos-âmbito constitutivos, exigidos pelo ordenamento jurídico, será um ato juridicamente inexistente (não-ato)¹⁸⁹⁹. A inexistência jurídica de um ato somente pode ser pensada quando não houver correspondência entre o fato e um dos elementos que constituem a *fattispecie* legal¹⁹⁰⁰. O *punctum pruriens* exprime-se na seguinte fórmula: o ato juridicamente inexistente, cuja formação do suporte fático afigura-se insuficiente e ante a falta de elemento essencial à sua formação não chega a se constituir, não retrata propriamente um ato, senão que mero fato¹⁹⁰¹, despojado de qualquer consequência jurídica¹⁹⁰². O ato

2004. p. 647-650; RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1. p. 171; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. p. 326; GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19 ed. revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 419-422; WALD, Arnold. **Direito civil**: introdução e parte geral com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. 11. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 224; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. p. 457 ss; COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**: parte geral. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. p. 318-319.

¹⁸⁹⁸ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 159: “O ato é inexistente quando lhe falta aquele mínimo de elementos constitutivos, sem o que o ato não configura a sua identidade ou sua fisionomia particular.” Assim também, MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

¹⁸⁹⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 370: “Outras vezes, ao ato jurídico processual faltam elementos essenciais à sua constituição, a ponto de ser ele inexistente perante o direito. É que, à falta desses elementos, o próprio ato, intrinsecamente, não reúne condições para ser eficaz; fala a doutrina, nesses casos, em *não-atos*. (...) Exemplos de atos inexistentes são a sentença que não contenha a parte dispositiva (CPC, art. 458, inc. III; CPP, art. 381, inc. V) ou que condene o réu a uma prestação impossível, ou ainda qualquer ato do processo não assinado pelo seu autor.” (Reforços gráficos no original).

¹⁹⁰⁰ À magnífica, CARNELUTTI, Francesco. Inesistenza dell'atto giuridico. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 10, Parte 1, p. 208-211, 1955, esp. p. 210: “*Pertanto il vizio dell'atto consiste sempre in un difetto di coincidenza tra il fatto reale e il tipo sociale assunto dalla legge come fattispecie. (...) Di inesistenza, in senso giuridico, non si può parlare se non in quanto ci si riferisca a uno dei requisiti che costituiscono la fattispecie; (...) Atto inesistente è, logicamente, una formula contraddittoria. La contraddizione cessa quando si inserisce l'avverbio: atto giuridicamente inesistente; ma che altro è l'inesistenza giuridica se non la improduttività di effetti giuridici, per difetto di uno o più requisiti della fattispecie?*”

¹⁹⁰¹ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. p. 377: “*No es un acto sino un simples hecho.*”

juridicamente inexistente (não-ato¹⁹⁰³) é incapaz de produzir efeitos. Numa locução: o ato inexistente está na antessala do mundo jurídico, razão pela qual não pode ser considerado válido/inválido, tampouco eficaz/ineficaz. Disso resulta que se não afigura correto vincular-se a ideia de vício ou defeito¹⁹⁰⁴, própria da esfera da invalidade, à problemática da inexistência, porquanto o ato inexistente não pode ser havido como ato jurídico, mesmo contaminado por algum vício. Trata-se, como é bem de ver, de dimensões estanques e diversas ou de mundos distintos.

No plano da validade, existindo o ato, cumpre perquirir se estão presentes os atributos e requisitos previstos em lei, tendentes ao seu aperfeiçoamento. Por exemplo: o agente tem que ser capaz ou competente; o objeto há de ser lícito ou possível; a forma deve confinar-se às prescrições legais¹⁹⁰⁵ (verbal ou escrita, pública ou particular). De sorte que se, ao ato

¹⁹⁰² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973, v. 1. p. 214: “*Il concetto è tra i più discussi in tutti i campi del diritto e, oltre che contraddittorio in se stesso, assai poco soddisfacente per l'impossibilità di precisarlo nei suoi contorni. Ma sembra che non se ne possa prescindere del tutto, almeno come mezzo convenzionale per designare la pura e semplice inesistenza dell'atto, quando ci si trovi di fronte ad una specie di fatto puramente illusoria, non pervenuta a dare vita ad un atto qualsiasi e perciò rimasta fuori dall'ambito di valutazione delle categorie della validità ed invalidità. L'atto inesistente dovrebbe perciò indicare una realtà di fatto che non è riuscita a penetrare nel mondo del diritto; si tratta perciò di un concetto meramente negativo, posto a segnare il margine estremo della realtà giuridica, la cui unica ragion d'essere è quella di respingere dal mondo del diritto quegli atteggiamenti della realtà fenomenica che non sono in modo assoluto suscettibili di rilevanza o valutazione giuridica, almeno agli effetti che di volta in volta vengono in considerazione.*”

¹⁹⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 22: “São atos processuais *inexistentes* aqueles aos quais falta, de forma absoluta, algum dos elementos exigidos pela lei; neles, o vício é de tal gravidade que sequer seria possível considerá-los como atos processuais; são, na verdade, *não-atos*, em relação aos quais não se cogita de invalidação, pois a inexistência constitui um problema que antecede a qualquer consideração sobre a validade.” (Grifos no original).

¹⁹⁰⁴ CALMON DE PASSOS, J. J. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 101: “Ato inexistente é um não-ato, pelo que não pode ser tido como ato viciado. Ele não pertence à categoria a que pertenceria o ato que se devia ou queria realizar, nem é nela enquadrável. É um não-ato processual, e não um ato processual defeituoso.”

¹⁹⁰⁵ CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: **Studio in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2. p. 693-772. p. 699-700: “*Inoltre è del pari evidente che, se le leggi in genere sono piani o disegni che s'attuano dall'individuo operante, quelle processuali in specie, come norme di organizzazione e di funzionamento, esplicano tutta la loro efficacia innanzitutto con il costringere i soggetti del processo, e non solo il giudice, a procedere per la via tracciata, in modo che l'apporto di ciascuno, sotto forma di atti, sia coordinato a quello di ogni altro e concorra a porre in essere ciò che, una volta ridotto ad unità, costituisce il singolo e concreto procedimento. Sotto il profilo della relazione che si determina tra chi fa ricorso ad un determinato mezzo e il mezzo stesso, si può pertanto precisare che, se da un lato è la parte che ricorre al processo civile per ottenere la tutela giurisdizionale e attraverso questa il conseguimento dei propri scopi ultra-processuali, dall'altro è il processo il quale a sua volta richiede dalla parte medesima un contributo essenziale e che, per essere idoneo, deve innanzitutto manifestarsi nelle forme proprie al tipo di procedimento prescelto. In questo senso specifico e a questo preciso effetto torna acconcio affermare, conciliando così due estremi su di un altro piano già discussi e contrapposti, che se il processo serve alle parti, alla loro volta le parti servono al processo.*”

existente, houver a agregação de determinados atributos ou requisitos (competência, licitude e possibilidade, adequabilidade formal), o ato também desfrutará de validade (*ad extra* da aceção técnico-jurídica do termo ou de vigência da norma). Inversamente, a imperfeição consistente na falta de algum pressuposto ou na desconformidade com o ordenamento jurídico-constitucional transporta à invalidade do ato¹⁹⁰⁶. A depender da envergadura da imperfeição, desembocará na sanção jurídica de nulidade¹⁹⁰⁷, que se exprime no aforisma *quod nullum est nullum producit effectum*. A nulidade de uma parte do ato não golpeia as outras partes que lhe são independentes (v. g., ato complexo). Pode-se também dizer que a nulidade de um ato não importa a dos atos precedentes nem daqueles sucessivos que lhe são autônomos¹⁹⁰⁸. Por exemplo: a falta de intimação do Ministério Público nas causas em que se afigure obrigatória sua intervenção contamina de nulidade apenas os atos posteriores¹⁹⁰⁹. No caso da sentença, a nulidade recai sobre o conteúdo do comando jurisdicional, não sobre o *iter* de sua formação¹⁹¹⁰, pois o suporte fático é suficiente, conquanto deficiente.

¹⁹⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 62: “Os elementos complementares e os integrativos, diferentemente, não se referem à *suficiência* do suporte fático, mas à *eficiência* de seus elementos. São sempre pressupostos de validade ou eficácia do ato jurídico a que dizem respeito, nunca de existência. Portanto, se os elementos de suficiência se concretizarem, o ato jurídico existe, mas será inválido ou ineficaz se falta elemento complementar ou integrativo, conforme o caso.” (Grifos no original).

¹⁹⁰⁷ MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 1999, v. 2. p. 368-369; GOMES, Danilo Heber, op. cit., p. 130: “Deve-se entender, como a maioria da doutrina, que a decretação de invalidade é uma sanção aplicada pelo órgão jurisdicional ao ato defeituoso.”

¹⁹⁰⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 248: “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequêntes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.” Novo Código de Processo Civil, art. 281: “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.” *Codice di Procedura Civile* italiano, art. 159, §§ 1º e 2º: “*Estensione della nullità. - La nullità di un atto non importa quella degli atti precedenti, né di quelli successivi che ne sono indipendenti. La nullità di una parte dell'atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti. Se il vizio impedisce un determinato effetto, l'atto può tuttavia produrre gli altri effetti ai quali è idoneo.*” Tais normas jurídicas abonam, sob perfis diversos, o princípio *utile per inutile non vitiatur*.

¹⁹⁰⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 84: “Quando a lei considerar obrigatória a intervenção do Ministério Público, a parte promover-lhe-á a intimação sob pena de nulidade do processo.” Assim também, art. 246: “É nulo o processo, quando o Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. Parágrafo único. Se o processo tiver corrido, sem conhecimento do Ministério Público, o juiz o anulará a partir do momento em que o órgão devia ter sido intimado.” Novo Código de Processo Civil, art. 279: “É nulo o processo quando o membro do Ministério Público não for intimado a acompanhar o feito em que deva intervir. § 1º Se o processo tiver tramitado sem conhecimento do membro do Ministério Público, o juiz invalidará os atos praticados a partir do momento em que ele deveria ter sido intimado. § 2º A nulidade só pode ser decretada após a intimação do Ministério Público, que se manifestará sobre a existência ou a inexistência de prejuízo.”

¹⁹¹⁰ TORRENTE, Andrea. Spunti per uno studio sull'inesistenza e nullità della sentenza. In: **Studio in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2. p. 389-401, esp. p. 401.

Já o plano da eficácia releva a aptidão do ato - obviamente, em regra, existente e válido - para a produção de efeitos que lhe são próprios. É a idoneidade do ato para alcançar naturalmente o escopo típico programado pela lei. A ideia de eficácia conexas-se com os conceitos de aplicabilidade, de exigibilidade e de executoriedade. No campo do processo judicial, amostra expressiva de um ato existente, válido, porém ineficaz, é o da sentença sujeita à apelação com efeito suspensivo¹⁹¹¹. No lado diametralmente oposto, tem-se o exemplo de uma sentença, existente, inválida (v. g., pronunciada por juiz absolutamente incompetente), mas, por haver transitado em julgado, eficaz.

A decretação da nulidade do ato processual subsume-se a um conjunto de princípios: (a) da causalidade, segundo o qual a nulidade de um ato do procedimento arrasta os subsequentes que dele são dependentes¹⁹¹², porém razões práticas levam a mitigar tal rigor; (b) da instrumentalidade das formas, consistente no aproveitamento do ato processual que, malgrado imperfeito, tenha atingido seu objetivo precípuo¹⁹¹³, havendo expressa alusão ao prejuízo, como requisito da nulidade (*pas de nullité sans grief*)¹⁹¹⁴; (c) do interesse, o qual interdita a possibilidade de a própria parte que tiver ensejado o vício postular a respectiva invalidação¹⁹¹⁵; consentâneo com semelhante princípio do interesse é o preceito segundo o

¹⁹¹¹ A sentença sujeita a recurso dotado de efeito suspensivo, no tocante à sua eficácia, se considera como um ato submetido à condição suspensiva, até o advento de uma nova decisão na instância superior. Vide, ao propósito, CALAMANDREI, Piero. Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere. In: CAPPELLETTI, Mauro. **Opere giuridiche**, v. 7, op. cit., p. 163-199, esp. p. 193: “*Secondo il mio modesto avviso è dunque da respingere l’opinione che vede nella sentenza soggetta a gravame un atto giurisdizionale perfetto, ma sottoposto a condizione risolutiva (MORTARA) o a revoca (ROCCO U.): la sentenza soggetta a gravame dev’essere invece considerata come un atto giurisdizionale sospensivamente condizionato; cioè come un atto fornito fin da principio dei requisiti essenziali di esistenza, ma imperfetto nella sua efficacia, la quale è sottoposta alla condizione legale sospensiva negativa “se non sarà pronunciata una nuova sentenza.”*”

¹⁹¹² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 248, primeira parte: “Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subsequentes, que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras, que dela sejam independentes.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 281: “Anulado o ato, consideram-se de nenhum efeito todos os subsequentes que dele dependam; todavia, a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes.”

¹⁹¹³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 244: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 277: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.”

¹⁹¹⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 249, § 1º: “O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 282, § 1º: “O ato não se repetirá nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.”

¹⁹¹⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 243: “Quando a lei prescrever determinada forma, sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 276: “Quando a lei prescrever determinada forma sob pena de nulidade, a decretação desta não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa.”

qual não se pronunciará a nulidade quando o julgamento do mérito inclinar-se na direção da parte a ser beneficiada pela invalidação do ato¹⁹¹⁶; (d) da economia processual, que, plasmando todo o direito processual, exibe importante função na teoria das nulidades, proporcionado, a par do diálogo com os princípios já referidos, o aproveitamento de atos do processo¹⁹¹⁷ ou de atos não decisórios do processo que tenha tramitado perante autoridade absolutamente incompetente¹⁹¹⁸. Trata-se de nulidade não extensiva¹⁹¹⁹.

Tem-se, em substância, a seguinte fórmula: a despeito de agasalhar vício determinante de sua nulidade, e ante a impossibilidade de se reconhecer nulidade *ipso iure*, o ato processual considera-se, em linha de princípio, válido e eficaz e somente deixará de sê-lo se e quando um pronunciamento jurisdicional vier a declarar sua nulidade. Implica dizer que, à luz do publicismo do processo e diferentemente do sistema de nulidades do direito privado, a ineficácia do ato deriva sempre de decisão judicial que lhe reconheça o vício. A injustiça do julgado, de si, não tem qualquer reflexo sobre sua validade¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 249, § 2º: “Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 282, § 2º: “Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.”

¹⁹¹⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 250: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 283: “O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários a fim de se observarem as prescrições legais.”

¹⁹¹⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 113, § 2º: “Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 64, § 3º: “Salvo decisão judicial em sentido contrário, conservar-se-ão os efeitos das decisões proferidas pelo juízo incompetente, até que outra seja proferida, se for o caso, pelo juízo competente.”

¹⁹¹⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Istituzioni del processo civile italiano**. 5 edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1956, v. 1. p. 337: “*si direbbe, non contagiosa.*”

¹⁹²⁰ CALAMANDREI, Piero. Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere, op. cit., p. 175-176: “*È regola fondamentale che la ingiustizia della sentenza, cioè la non coincidenza della volontà dichiarata nel dispositivo colla volontà effettiva della legge, non ha influsso sulla validità del giudicato: la ragione di questa regola si desume dal considerare che la funzione sociale della giurisdizione è quella di far cessare in modo definitivo le liti, portando la certezza e la indiscutibilità sui rapporti giuridici nei quali il diritto sia malcerto o controverso. Per raggiungere questo escopo occorre non tanto una decisione giusta, quanto una decisione stabile: ma “questa finalità utilitaria non può raggiungersi senza qualche sacrificio: la cosa giudicata... rinuncia alla utilità che potrebbe derivare dalla correzione degli errori eventualmente incorsi nella sentenza. Ma è ormai pacifico in generale che così si sacrifica un bene minore per un bene maggiore.”*”

Há casos em que a imperfeição¹⁹²¹ do ato processual pode ser contornada com o seu convalidamento, como quando na ocorrência de nulidade relativa, não arguida, por força da preclusão¹⁹²². Porém, o ato juridicamente inexistente não é suscetível de convalidação¹⁹²³, pois que, já em sua origem, sequer chegou a nascer, falecendo-lhe aptidão para produzir efeito algum¹⁹²⁴.

Problema simpático, discutido na Itália, em sede de contencioso tributário, envolve os requisitos atinentes à “legitimação” do órgão judicante para prover com referência ao tempo da deliberação. Contudo, pode ocorrer a perda superveniente da *potestas iudicandi*. Neste caso, afiguram-se irrelevantes os eventos supervenientes ocorridos entre decisão e publicação, os quais não terão influência sobre a existência da decisão. Por exemplo: o julgador pronunciou uma decisão e a entregou em cartório, mas, em momento sucessivo, antes de sua publicação, perde o poder-dever de emaná-la. Em caso tal, não se reputa inexistente juridicamente a decisão¹⁹²⁵.

¹⁹²¹ Além das categorias da inexistência, da nulidade absoluta, da anulabilidade, autorizadas vozes doutrinárias sustentam que há as irregularidades, consistentes em vícios de rala importância, e o juiz pode levá-las em conta *ex officio* (v. g., inexistência material ou erro de cálculo da sentença; falta de numeração das folhas dos autos judiciais). Vide MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154 a 269, 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2. p. 298: “Por fim, há as irregularidades, vícios de mínima importância, que não se incluem em qualquer das categorias precedentemente expostas. Trata-se de infrações que não comprometem o ordenamento jurídico, nem o interesse da parte; tampouco afetam a estrutura do ato a ponto de torna-lo inábil à produção dos efeitos a que é destinado.”

¹⁹²² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 245: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão”. Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 278: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.”

¹⁹²³ COUTURE, Eduardo J., op. cit., p. 377: “*La fórmula que defina esta condición sería, pues, la de que el acto inexistente (hecho) no puede ser convalidado, ni necesita ser invalidado. No resulta necesario a su respecto un acto posterior que le prive de validez, ni es posible que actos posteriores lo confirmen u homologuen, dándole eficacia.*”

¹⁹²⁴ IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. **Tratado de los recursos en el Proceso civil**. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, [19--]. p. 173: “*La sentencia afectada de vicios de nulidad es susceptible de corrección e inclusive el vicio puede ser aún saneado por cosa juzgada como hemos admitido. Pero, como dice Calamandrei, es absurdo hablar de la saneabilidad de la inexistencia: se sana el vivo puesto en peligro por una enfermedad, pero no se sana el muerto o, mejor dicho, no se sana el que no ha nacido.*”

¹⁹²⁵ Entremettes, Corte Suprema di Cassazione italiana, Sez. Un., 21 ottobre 1976, n. 3686: “*Deve ritenersi tamquam non esset per mancanza di potestas iudicandi la decisione di una delle cessate commissioni tributarie, che sia stata depositata in epoca successiva alla data di insediamento delle nuove commissioni, ancorché la relativa deliberazione sia stata adottata in tempo anteriore.*” Com observações críticas específicas a esta decisão, vide COLESANTI, Vittorio. Sentenza inesistente... o inesistenza di logica interpretativa? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, seconda serie, n. 2, p. 299-311, gen./mar. 1977, esp. p. 303: “*(...) si potrà anche ammettere, al massimo, che si sia voluto evitare, con la previsione della ‘data’ e il correlativo ‘dovere’ di rispettarla, l’eventualità del deposito tardivo delle decisioni anteriormente deliberate, ponendo le vecchie commissioni dinanzi all’alternativa di provvedere celermente al deposito*

Comumente, a lei é infensa a falar da categoria dos atos inexistentes¹⁹²⁶. A rigor, seria mesmo supérfluo fazê-lo, haja vista que a prática de um ato jurídico processual de maneira tão discrepante do figurino legal, o qual em si mesmo se revele *prima facie* inidôneo a alcançar a finalidade almejada, não precisaria da lei para recusar-lhe a existência jurídica¹⁹²⁷.

Antes de ingressar no exame do problema de fundo, parece bem dizer que o fenômeno da inexistência jurídica não é propriamente estranho ao mundo do processo judicial. De fato, colhe-se, por exemplo, do direito positivo italiano uma amostra expressiva de inexistência, como aquela ensartada no *Codice di Procedura Civile*, art. 161, § 2º (“*la sentenza manca della sottoscrizione del giudice*”)¹⁹²⁸. Semelhante hipótese, no entanto, é cognominada como nulidade da sentença pelo novo Código de Processo Civil português (Lei n. 41, de 26.06.2013), art. 615: “Causas de nulidade da sentença. 1 - É nula a sentença quando: a) Não contenha a assinatura do juiz.”

A doutrina especializada, embora com divergências abissais e dificuldades teórico-dogmáticas¹⁹²⁹, como eco do direito romano¹⁹³⁰, admite a categoria do ato processual

ovvero di astenersene; e tuttavia, anche in una tale prospettiva manca ogni fondamento non solo normativo, ma pur semplicemente razionale, per argomentarne addirittura l'inesistenza giuridica della decisione deliberata da chi al tempo era certamente dotato della potestas judicandi, e sol perché tardivamente depositata.”

¹⁹²⁶ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 370: “Parte da doutrina nega que haja essa categoria de atos inexistentes, falando, antes, em *nulidade absoluta*. Falam alguns autores em atos *anuláveis* (para o que chamamos de nulidade relativa), atos *relativamente nulos* (para o que chamamos de nulidade absoluta) e atos *absolutamente nulos* (para o que chamamos de inexistência jurídica). A divergência, como se vê, é porém mais terminológica que real. Mas como se poderia chamar de nulidade relativa aquela que o juiz decreta de-ofício e que muitas vezes sobrevive à própria coisa julgada?” (Grifos no original).

¹⁹²⁷ Todavia, Código de Processo Civil brasileiro de 1973, parágrafo único do art. 37: “Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.” No rigor da técnica, esta hipótese não configura, na verdade, inexistência jurídica, mas, sim, nulidade absoluta, inclusive sendo suscetível de ratificação. Contudo, em sentido contrário, vide SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 133, notadamente a nota de rodapé n. 15, parte final.

¹⁹²⁸ O legislador italiano designa com o termo invalidade (nulidade), mas a doutrina chama “inexistência” (jurídica, não de fato), conforme ANDRIOLI, Virgilio. *Inesistenza di sentenza e difetto di giurisdizione*. **Foro Italiano**, Roma, v. 1, p. 342-348, 1949, esp. p. 344; vide, na mesma rota, LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 215. Para uma visão panorâmica do problema da inexistência jurídica no âmbito da *Corte Suprema di Cassazione* italiana, vejamos as seguintes decisões: Cass., sent. n. 8156, de 10.8.1990; Cass., ord. n. 27428, de 28.12.2009; Cass., sent. n. 30067, de 29.12.2011 (rv 620998); Cass., sent. n. 4741, de 27.5.1987; Cass., sent. n. 1965, de 26.2.1994; Cass., sent. n. 586, de 13.1.2005; Cass., sent. n. 2273, de 3.4.1985 (conf. sent. n. 2081, de 5.4.1982); Cass., sent. n. 8694, de 24.11.1987; Cass., sent. n. 12292, de 5.10.2001; Cass., sent. n. 6709, de 14.6.1995. Apud IACOBELLIS, Marcello et al, op. cit., p. 621-622.

¹⁹²⁹ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 340-341: “*Questo tipo di nullità assoluta o insababile, che non è prevista dalla legge, suol chiamarsi inesistenza (giuridica, s'intende, non fisica, dell'atto). Ma il concetto d'inesistenza è uno di quelli, che avendo opposto maggiori difficoltà agli sforzi della scienza, la nuova legge*

inexistente, dentre eles a decisão juridicamente inexistente¹⁹³¹. Alguns exemplos clássicos foram esculpados: (i) sentença pronunciada por órgão carente de qualquer poder jurisdicional¹⁹³², por não ter emanado de sujeito legitimado a pronunciá-la, v. g., sentença proferida pelo escrivão é um nada jurídico¹⁹³³, uma não-sentença¹⁹³⁴, pois, na ótica de prestigiosa corrente doutrinária, a existência da relação processual exige uma demanda e um órgão estatal regularmente investido de jurisdição¹⁹³⁵; (ii) a chamada sentença suicida, como à que falte dispositivo¹⁹³⁶; (iii) sentença proferida contra pessoa que desfrute de

non ha osato formulare. (...) Vi sono pertanto due qualità, anzi due gradi di vizi essenziali, sanabili e non sanabili: i primi riguardano un requisito che, sebbene normalmente indispensabile al raggiungimento dello scopo, tuttavia per eccezione può non risultare tale; i secondi riguardano tali requisiti, la cui assenza non consente neppure per eccezione il raggiungimento dello scopo.”

¹⁹³⁰ O direito romano, por razões políticas, concebia a nulidade da sentença qual uma inexistência jurídica, vide, ao propósito, CALAMANDREI, Piero. Estensione del concetto di nullità alle sentenze “contra ius constitutionis”. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 6, op. cit., p. 35-62, esp. p. 35 e 62: “Più tardi però la validità della sentenza vien posta in relazione anche colla giustizia del suo contenuto, in quanto si nega la esistenza giuridica a una pronuncia viziata da alcuni errori di giudizio, che vengono considerati più gravi. Tale estensione del concetto di nullità avviene, come vedremo, per ragioni politiche, al modo stesso che per ragioni politiche nasce l’istituto dell’appellatio e con esso il concetto di impugnabilità del giudicato; (...) Gli imperatori, invece, che nel processo romano trovavano il concetto di inesistenza giuridica del giudicato, adoperarono al loro scopo politico questo istituto e stabilirono che la sentenza pronunciata contro le loro costituzioni fosse ipso iure inesistente, senza bisogno di alcun ricorso contro di essa.”

¹⁹³¹ DENTI, Vittorio. Inesistenza degli atti processuali civili. **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1962, v. 8. p. 635-638, esp. p. 637: “Il fenomeno dell’inesistenza si restringe così, nel campo degli atti processuali civili, a quei provvedimenti decisori che mancano del minimo necessario perchè si abbia esercizio di potere giurisdizionale: entra in gioco qui la nota casistica, di origine prevalentemente dottrinali, della sentenza resa a non giudice (...)” BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Torino: Giappichelli, 1996. p. 158 e ss.

¹⁹³² Em sentido contrário, entendendo que a espécie configura hipótese de inexistência material e não jurídica, vide TARZIA, Giuseppe. **Profili della sentenza civile impugnabile**: l’individuazione della sentenza. Milano: Giuffrè, 1967. p. 125-126: “laddove l’atto in forma di sentenza provenga da un soggetto, che non sia istituzionalmente investito della funzione giurisdizionale, non sia integrata neppure quella realtà, per la quale deve avere luogo la valutazione giuridica, sicché non di inesistenza “giuridica” bensì di inesistenza “materiale” si debba piuttosto parlare. Rispetto a questa ipotesi, vale certamente il rilievo che il difetto impedisce la identificazione dell’atto e, segnatamente, la sua sottoposizione alla disciplina propria dei provvedimenti giurisdizionali.”

¹⁹³³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 899: “La sentenza inesistente è un nulla, non ha effetto di sorta.”; TORRENTE, Andrea, op. cit., p. 395. Vale notar que, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, cumpre ao juiz leigo que tiver presidido a instrução proferir sentença, mas deverá, de imediato, submetê-la ao juiz togado, que poderá homologá-la ou proferir outra em substituição (Lei n. 9.099, de 26.09.1995, art. 40).

¹⁹³⁴ COLESANTI, Vittorio. Variazioni (in “re minore”) in tema de revocazione e sentenza giuridicamente inesistente. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 67, seconda serie, n. 2, p. 275-287, mar./apr. 2012, esp. p. 277.

¹⁹³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 111.

extraterritorialidade¹⁹³⁷; (iv) sentença que, proferida oralmente, jamais chegou a ser escrita oficialmente (falta de forma)¹⁹³⁸; (v) sentença cabalmente ilegível; (vi) sentença não publicada, enquanto não publicada, pois a publicação, a partir de sua data, dá a luz ao ato na órbita do direito, como expressão do poder público, e se constitui em elemento essencial à existência jurídica da sentença ou ao reconhecimento do ato como sentença no mundo jurídico¹⁹³⁹; (vii) sentença proferida por juiz já aposentado; (viii) sentença prolatada por juiz que, no momento de sua publicação, já havia sido promovido a outro cargo (v. g., desembargador); (ix) a sentença que seja fruto de dolo processual bilateral¹⁹⁴⁰.

A inexistência jurídica do ato processual se distingue de sua nulidade, pois que a inexistência não precisa ser declarada em juízo, ao passo que a nulidade deve ser pronunciada pelo juiz¹⁹⁴¹. Entretanto, na eventual produção de algum efeito prático, as partes não estão naturalmente sujeitas à decisão juridicamente inexistente e poderão resistir por qualquer meio processual adequado, inclusive mediante ação declaratória de inexistência jurídica¹⁹⁴², sem limites temporais e preclusões.

¹⁹³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 241-252, esp. p. 246: “Jamais se pôs em dúvida que sentença sem conclusão, sem dispositivo, a rigor não chega a ser sentença. Se se quiser, empregar-se-á ao propósito a locução “sentença inexistente”: é outra forma de expressar a mesma realidade.” Assim, também, GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**, op. cit., p. 22; ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. 6. edizione aggiornata. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1. p. 443; MONACI, Stefano. L’esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 254.

¹⁹³⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1829-1979. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, t. 4. p. 42: “Na espécie d), dá-se a falta completa de jurisdição e a sentença cai no vácuo: não existe.”

¹⁹³⁸ COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**. Terza edizione riveduta e aggiornata. Torino: Editrice Torinese, 1966. p. 199; Relembrando exemplo de Pontes de Miranda, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 19, p. 161-179, jul./set. 1980, esp. p. 171.

¹⁹³⁹ No que concerne à aplicação analógica da consequência de inexistência jurídica da sentença, diretamente prevista no art. 161, § 2º, do *Codice di Procedura Civile* italiano, a outros casos diversos da ausência de assinatura do juiz na decisão, como, por exemplo, falta de publicação da sentença, vide PESERICO, Annalisa Lorenzetto. Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 32, 2. Serie, n. 1, p. 517-530, 1977.

¹⁹⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. Nullità della sentenza derivata da processo fraudolento. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 11, Parte 2, p. 46-48, 1934, esp. p. 47.

¹⁹⁴¹ ZANZUCCHI, Marco Tullio, op. cit., p. 444.

¹⁹⁴² PINTO, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 192.

Agora bem, nesse contexto, não se pode compartilhar com a opinião dominante, ou mesmo com regra jurídica¹⁹⁴³, que, fazendo tábua rasa da exigência de justiça, funda-se na vindicação de segurança jurídica e na estabilidade dos pronunciamentos jurisdicionais para afirmar que a ausência completa de motivação acarreta a nulidade da sentença¹⁹⁴⁴. E não se pode ter simpatia por semelhante quadrante doutrinário porque, intrinsecamente, a motivação é um elemento-âmbito estrutural indispensável à existência jurídica¹⁹⁴⁵ dos pronunciamentos nos quais, legitimamente, se exercita a jurisdição. Juridicamente inexistente, por deficiência

¹⁹⁴³ Exemplificativamente, Código de Direito Canônico, Canône 1622 - *Sententia vitio sanabilis nullitatis dumtaxat laborat, si: (...) 2º motiva seu rationes decidendi non continet;*”

¹⁹⁴⁴ IACCARINO, Carlo Maria. **Studi sulla motivazione**. Roma: Foro Italiano, 1933. p. 119; SATTA, Salvatore. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano: Vallardi, 1959, v. 1. p. 550; COSTA, Sergio, op. cit., p. 400; LANCELLOTTI, Franco, op. cit., p. 394-395: “*Riaffermerei, pertanto, la mia fede nell’opinione tradizionale (Wach, Chiovenda, Calamandrei, ecc.) che esclude dai casi di nullità della sentenza, non sanabili con la scadenza dei termini per le impugnazioni, il difetto assoluto di motivazione.*”; GRANGE, Adolfo Klitsche de la. Essere e non essere della sentenza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, v. 6, p. 1234-1249, 1952, esp. p. 1245: “*d) La sentenza senza motivazione. Se c’è una decisione, deve esserci stato un processo logico da cui derivò la decisione; per errore, o per indolenza del giudice, tale motivazione non fu trascritta nel documento portatore della sentenza, e perciò la sentenza, per precisa disposizioni di legge, sarà invalida, ma certamente non si può dire che la sentenza sia inesistente senza far divenire inesistente tutte le sentenze di cui, per precisa facoltà di legge, data a certi organi, come per esempio alle Commissioni distrettuali delle imposte, poteva, fino all’emanazione della Costituzione, non essere trascritta la motivazione, posto che le Commissioni per le imposte siano organi giurisdizionali, del che dubitiamo. A nostro avviso, del resto, la sentenza senza motivazione non solo esiste, ma, se non è impugnata, è anche idonea a produrre giudicato, poichè il giudicato verte sull’elemento imperativo, e non su quello logico della sentenza: d’accordo, in ciò, col Torrente (op. cit., p. 394).*”; COSTA, Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3. p. 452-453; SOUSA, Mário Jorge Uchôa. Da sentença: validade e eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 259, p. 320-325, jul./set. 1977, esp. p. 323; TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 223-233, out./dez. 1989, esp. p. 226 e 229: “*A sentença desprovida de total fundamentação, portanto, existe como ato processual, mas resta inválida. (...) Note-se, pois, que a motivação da sentença constitui pressuposto de sua validade, e não de existência ou eficácia.*”; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., 2001. p. 202; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual: oitava série**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, esp. p. 118; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. p. 19: “*a) Conforme doutrina dominante, à qual aderimos (FREDERICO MARQUES, LOPES DA COSTA, GABRIEL DE REZENDE FILHO), a falta de motivação acarreta a nulidade da sentença. A lei impõe a motivação, ou fundamentação, como um dos requisitos essenciais da sentença (Cód. Proc. Civil, art. 458, II) e, pois, a prescreve como forma essencial do ato.*”; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 320.

¹⁹⁴⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 213-214: “*Inesistenza dell’atto. – Di atto e, in special modo, di sentenza inesistente si suole parlare come di figura distinta da quella dell’atto nullo, quando manchi anche quel minimo di requisiti costitutivi che è indispensabile per la sua esistenza giuridica. Il punto di partenza di tale dottrina è dato dall’affermazione che un atto, per poter essere qualificato nullo, deve anzitutto esistere nella sua identità e con la sua peculiare fisionomia. Se invece mancano anche questi connotati minimi ed essenziali, il quid che di fatto esiste deve giuridicamente considerarsi addirittura come un nulla, che non può comunque riconoscersi come qualche cosa di esistente, soggetto perciò alla necessità di essere invalidato o alla possibilità di essere convalidato.*”

de forma, é a sentença completamente tolhida de motivação gráfica¹⁹⁴⁶ ou ideológica¹⁹⁴⁷. Trata-se, pois, de uma fundamental exigência de justiça, aquela que precisamente imponha ao juiz ministrar as razões de sua decisão, justificando explicitamente os critérios de escolha ou de valoração nela empregados. De resto: sem a fundamentação, como componente estrutural do suporte fáctico da sentença, jurisdição não há, uma vez que, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, forte no dever de justificação de toda a atividade estatal, semelhante elemento é essencialmente essencial para caracterizar a espécie normativa sentença.

Uma sentença não motivada é insuscetível de controle sobre a correção, a juridicidade e a racionalidade do julgado e, por conseguinte, inidônea, sob o ponto de vista da justiça. Deveras, a ninguém ocorrerá pôr em dúvida a inidoneidade da sentença completamente desnuda de motivação em ser controlada como ato de concreta administração da justiça. Faltar-lhe-ia, na realidade, o conteúdo mínimo vital¹⁹⁴⁸ ou requisito formal de identificação, v. g., como sentença, a provocar, inexoravelmente, sua inexistência jurídica. Como considerar existente um silogismo jurídico que exiba apenas uma solitária conclusão? Vale dizer: privado de sua premissa maior (sem a indispensável individuação da regra jurídica aplicável, no mundo das normas, além de aceitável interpretação) e de sua premissa menor (sem o acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa). Nesse aspecto, silogismo jurídico não há.

Da mesma forma, quando o juiz não exteriorize os critérios de escolha ou de valoração utilizados (gênese lógica da sentença) que deveriam justificar sua conclusão final, falta um mínimo de motivação da qual se possa extrair a *ratio decidendi*. Não se afigura possível confirmar a exatidão dos critérios valorativos empregados pelo juiz, pois seu silogismo¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁶ MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile**: nozioni introduttive e disposizioni generali. Tredicesima edizione. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1. p. 404-405: “*Nei “motivi in fatto ed in diritto” si sostanzia il requisito della motivazione (o “parte motiva”) la cui essenzialità è posta in risalto dal già richiamato (al termine del § precedente) art. 111, § 1° (ora 6°) comma Cost. Il totale difetto di motivazione rende la sentenza inesistente (Cass. 8 ottobre 1985 n. 4881).*”

¹⁹⁴⁷ ANDRIOLI, Virgilio. Inesistenza della sentenza e difetto della motivazione. **Foro Italiano**, Roma, v. 1, p. 552-556, 1949, esp. p. 554; TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 466; TORNAGHI, Hélio, op. cit., p. 404; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu, op. cit., p. 292: “Outros, porém, não se deixam seduzir por esse singular raciocínio e afirmam a inexistência jurídica da sentença proferida sem fundamentação, ou em processo no qual não houve citação inicial.”

¹⁹⁴⁸ Sobre os contornos conceituais de “conteúdo mínimo essencial” da motivação, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 467.

¹⁹⁴⁹ É útil ressaltar que o silogismo judiciário, por penetrante influência do positivismo jurídico no quadrante da interpretação da lei, e diante de novos métodos de juízo e critérios de decisão, não pode, ontologicamente,

exibe tão somente uma conclusão, sem premissa maior nem premissa menor, da qual logicamente pudesse defluir, embora não se possa perceber a sentença fundamentalmente como um silogismo. Assim como afronta a razão prática que um engenheiro possa projetar uma casa apenas com um telhado, sem alicerces, sem pilares, sem vigas, sem paredes, sem teto de concreto (elementos essenciais e estruturais da edificação), da mesma forma também o ato do juiz traduzido em uma sentença desnuda de motivação, tão somente com seu dispositivo, deve ser considerado juridicamente inexistente. No projeto arquitetônico falta um conteúdo mínimo essencial do qual se possa obter os alicerces, os pilares, as vigas, as paredes, o teto. Não por acaso, a sentença, por exemplo, completamente privada de *ratio decidendi* é, por assim dizer, uma espécie de Saci-pererê processual: não existe¹⁹⁵⁰.

Mesmo no leito da corrente doutrinária que discrepe da concepção de juízo como necessário resultado de um silogismo e que, nessa ótica, não reduza a motivação a mero antecedente lógico do dispositivo, ainda assim não se pode prescindir da motivação, por sua natureza de explicitação de razões que justifiquem o *decisum*. Pode acontecer, e muitas vezes acontece, de o juiz construir um silogismo invertido¹⁹⁵¹: primeiro estabeleça, ditada por

mais ser aceito como exclusivo instrumento do juízo e, assim, tampouco como diagrama de sentença. Até porque sempre pesarão controvérsias acerca da norma aplicável (premissa maior) ou sobre os fatos relevantes (premissa menor) e, pela subsunção dos fatos sob a norma, a conclusão. Abstraindo-se de qualquer exercício de ficção, força é convir que tais elementos litigiosos não são evidentes, nem incontrovertidos, como, de resto, demonstra a existência do próprio processo judicial. Portanto, o silogismo não esgota toda a realidade fenomênica da estrutura da decisão jurisdicional. Vide, ao propósito da crise da doutrina silogística do juízo, TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. op. cit., p. 11-21.

¹⁹⁵⁰ Em sentido contrário, mas descurando que, sem motivação, não se pode cogitar de legítimo exercício da jurisdição, CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 7-20, 1989, esp. p. 15: “Permaneçamos com o exemplo da sentença. A sentença dada por um juiz, mas carecendo de motivação, e oferecida em face de postulação de alguém com capacidade processual, ou dada por juiz incompetente ou incompatível, é sentença inválida, por atipicidade. E é sentença porque ato decisório de um juiz, praticado em face de provocação de outro sujeito que é a parte. Havendo juiz, havendo quem juridicamente reconhecível como parte, que haja provocado a atividade do magistrado, há sentença, por mais defeituosa que ela seja, ou atípica.”

¹⁹⁵¹ CALAMANDREI, Piero. La crisi della motivazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 664-677, esp. p. 667: “La motivazione sembra dare la riprova per tabulas della natura essenzialmente logica della sentenza: si può dire che il sillogismo giudiziale, prima che nelle costruzioni dei teorici, viva nella realtà giudiziaria, dato che la stessa legge esige che ogni sentenza sia accompagnata da quella specie di radiografia logica che ne fa apparire per trasparenza lo scheletro razionale. Quasi si direbbe che la stessa legge, coll’esigire che nel testo definitivo della sentenza il dispositivo sia preceduto dalla motivazione, voglia far apparire alla luce del sole la struttura sillogistica della sentenza e persuadere i giudicabili che in quella concatenazione rigorosa di vertebre logiche nessun varco è lasciato all’arbitrio. Tuttavia qualche dubbio nasce quando ci si accorge che, secondo quanto le stesse leggi processuali ammettono, la parte dispositiva della sentenza, invece di essere cronologicamente un *posterius* della motivazione, è normalmente un *prius*: la sentenza, come atto di volontà, è già nata prima che il giudice abbia chiaramente espresso quali sono le ragioni logiche che lo hanno spinto a volere così; la conclusione del sillogismo è già fissata irrevocabilmente, prima che siano formulate le premesse.”

considerações extrajurídicas, a conclusão final, vindo, ao depois, entregar-se à tarefa de buscar, retroativamente, nos elementos constantes dos autos do processo, razões jurídicas e racionais que possam validamente sustentá-la no sistema de direito vigente¹⁹⁵². Há uma subversão da estrutura da sentença como sequência coerente, regular, condicionada e ordenada de elementos: relatório, fundamentação e dispositivo. O ponto de partida do juiz é a conclusão final e seu porto de chegada são suas premissas (motivação justificativa¹⁹⁵³). Contudo, apesar dessa inversão formal da ordem moral do silogismo, o juiz, ao desenvolver seu raciocínio jurídico para decidir, deve naturalmente levar em conta a argumentação articulada pelas partes e as provas produzidas nos autos do processo, em obséquio à efetividade das garantias fundamentais da igualdade, da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo justo.

Pois bem, seja no conceito de motivação como antecedente da decisão (*prius*), seja na ideia de cronologicamente ser um *posterius*, a motivação se erige em elemento essencial da decisão¹⁹⁵⁴, de sorte que, numa ou noutra concepção de motivação, sem o conteúdo mínimo essencial de fundamentação a decisão é juridicamente inexistente.

Conceitualmente, o ato juridicamente inexistente (*rectius*, fato) não reúne os elementos que consubstanciem sua própria essência, provocando a dissidência com o modelo

¹⁹⁵² FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 92: “Não resta a menor dúvida, entretanto, de que esta concepção simplificada e ingênua da decisão a empobrece muitíssimo e não faz jus a complexidade que ela alberga. Alguns dizem, neste sentido, que, embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por último a conclusão, na verdade o julgador tende a construir o silogismo jurídico à inversa, criando, intuitivamente, a conclusão a que deve chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias.”

¹⁹⁵³ MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 171-183, mar./abr. 2006, esp. p. 179: “A motivação concreta seria aquela existente em toda e qualquer sentença, e a motivação justificativa é aquela surgida, construída pelo juiz após ter tomado a decisão, sem que esta seja decorrência da motivação. Neste sentir, a motivação apenas seria a obediência a um preceito legal, sem que significasse qualquer exercício de lógica quando do processo decisório do juiz. (...) Assim, estaríamos diante de um duplo sentido para o princípio da motivação das decisões judiciais: o *formal* (motivação enquanto mandamento legal, e elemento logicamente prévio à decisão, vale dizer explicação – descrição de um fenômeno); e o *não formal* (motivação enquanto justificação da decisão, não necessariamente descrição de um fenômeno que conduz a uma conclusão).” (Grifos no original).

¹⁹⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, op. cit., p. 217: “Il sillogismo decisivo è quindi non all’inizio ma alla conclusione di un lavoro, il quale chiede alla ragione il collaudo dell’invenzione. Questo non vuol dire cedere alla tentazione dell’irrazionalismo, ma dare a Cesare quello che è di Cesare e a Dio quello che è di Dio; mettere, insomma, la ragione al suo posto, che è alla retroguardia non all’avanguardia della marcia del pensiero. Se non ci fosse la ragione l’uomo non penserebbe; il suo compito non è quello dello slancio, ma del freno. Se il giudice non facesse che ragionare non arriverebbe mai a decidere. Il sillogismo postula il giudizio, non il giudizio postula il sillogismo. Perciò la struttura della sentenza capovolge la storia della decisione. Secondo la struttura la motivazione precede la disposizione; secondo la storia la disposizione precede la motivazione. All’inizio non c’è niente altro che un’ipotesi di lavoro, senza la quale la decisione non sarebbe possibile; il ragionamento, poi, la può collaudare come la può distruggere; allora bisogna trovarne un’altra e il lavoro ricomincia da capo.”

legal¹⁹⁵⁵, e somente pode ser enunciado através de proposições negativas, por encerrar uma ideia de negação: um nada jurídico¹⁹⁵⁶. Sem milho não tem pipoca. A motivação é essencial ao próprio conceito de jurisdição, donde a sentença despojada de motivação é juridicamente inexistente. A motivação, intrinsecamente, é tão vital à sentença que, se completamente privada dela, inexistente será o pronunciamento jurisdicional¹⁹⁵⁷. Se o dispositivo é o coração da sentença¹⁹⁵⁸, a motivação é a sua alma. É dizer: sentença sem o traço mínimo e essencial da motivação, que singularize sua fisionomia, inexiste enquanto tal¹⁹⁵⁹. Paradoxalmente, *e. g.*, uma sentença sem dispositivo (embora pouco provável, mas concebível), do espaço físico da motivação comumente autoriza se possa inferir de que maneira seria a conclusão final. A rigor, porém, de uma sentença apenas com relatório e dispositivo não se pode inculcar o teor da fundamentação, dando azo ao absoluto comprometimento da intelecção do julgado.

Mesmo que, ante a natureza intrínseca da sentença, se tenha em linha de consideração a relação entre o elemento volitivo e o elemento lógico e, em sede de autorizada doutrina¹⁹⁶⁰, feita abstração da vertente oposta¹⁹⁶¹, se entenda que o elemento lógico (fundamentação) não

¹⁹⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**, op. cit., p. 22: “Em alguns casos, a desconformidade com o modelo legal é tão intensa que se chega a falar em *inexistência* do ato;” (Grifos no original).

¹⁹⁵⁶ COUTURE, Eduardo J., op. cit., p. 377: “*El concepto de inexistencia se utiliza, pues, para denotar algo que carece de aquellos elementos que son de la esencia y de la vida misma del acto; un quid incapaz de todo efecto. A su respecto se puede hablar tan sólo mediante proposiciones negativas, ya que el concepto de inexistencia es una idea absolutamente convencional que significa la negación de lo que puede constituir un objeto jurídico.*”

¹⁹⁵⁷ ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: disposizioni generali. 3. edizione riveduta. Napoli: Jovene, 1957, v. 1. p. 423.

¹⁹⁵⁸ A elegante metáfora é de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, esp. p. 123: “a conclusão, o dispositivo, que é o coração da sentença, sem o qual ela não existe.”

¹⁹⁵⁹ Com premissa correta, porém, *d. v.*, conclusão incorreta, por confundir inexistência com invalidade, vide ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 609 e 611: “A circunstância de a lei atual (art. 458, *caput*) aludir a elementos ou *requisitos essenciais* implica que, faltante qualquer um deles, o ato padecerá de vício de *considerável gravidade*. A carência de um elemento definido como essencial, pela lei, significará que inexiste parte da própria essência, e o ato inexistirá com foros de validade, por uma interpretação literal, que, no entanto, como se verá, não deve ser adotada em todos os casos. Assim, haverá nulidade caso a sentença não observe as regras do art. 458 do CPC, nulidade esta decretável de ofício. (...) Ausente absolutamente a fundamentação, por ser a mesma elemento essencial e indispensável, *nula* será a sentença” (Reforços gráficos no original).

¹⁹⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, op. cit., p. 108-109, em especial nota n. 1.

¹⁹⁶¹ Contra a propensão dogmática de supervalorizar a vontade em detrimento da inteligência, vide CALAMANDREI, Piero. Il giudice e lo storico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 393-414.

tem outro valor senão o de preparação do ato de vontade consubstanciado no *decisum*, uma vez que inexistia a motivação (elemento lógico), inexistirá ato jurisdicional formulador da vontade concreta da lei na qual a sentença consistiria. Ausente o antecedente, inexistirá o consequente.

Não colhe obter temperar - em desfavor da tese da inexistência jurídica da sentença cujo dispositivo não é precedido de raciocínio algum ou no caso de falta de motivação ideológica, bem como nas hipóteses de incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e ao dispositivo, que também equivalem à ausência total de motivação¹⁹⁶² - que, por exemplo, se a prevaricação, a concussão, a corrupção, o dolo¹⁹⁶³ do juiz, sendo vícios gravíssimos e flagrantes hipóteses de injustiça, não provocam a inexistência jurídica da decisão, mas sim sua invalidade sanável, sujeita até a prazo peremptório para impugnação (v. g., ajuizamento de ação rescisória)¹⁹⁶⁴, uma deformação “menor”, mesmo sendo lastimável, não poderia provocar a inexistência jurídica da decisão jurisdicional. E não colhe de vez que, ao contrário da prevaricação, da concussão, da corrupção, do dolo do juiz, a motivação, sobre ser elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, é condição necessária da jurisdição, de sorte que, sem motivação, não há exercício legítimo da função jurisdicional¹⁹⁶⁵. Ademais, a motivação é elemento essencial, estrutural, da

¹⁹⁶² CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 2. p. 107-108: “Os motivos da sentença devem justificar a conclusão, já ficou explicado. Por isso mesmo, considera-se não fundamentada a sentença, quando os motivos são equívocos, incertos, confusos ou ambíguos. (...) Ainda resta ver os efeitos da contradição entre os motivos da sentença. Se a contradição for completa, uns motivos destruindo os outros, nada restará da fundamentação (...)”

¹⁹⁶³ No tocante ao argumento em torno do dolo, vide TORRENTE, Andrea, op. cit., p. 394.

¹⁹⁶⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Art. 485: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (...) III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;” e art. 495: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 978: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; (...) III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;” e art. 987: “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.”

¹⁹⁶⁵ FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais & Justiça**: Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, n. 12, p. 272-283, jul./set. 2010, esp. p. 279: “Aqui, a obrigação de motivar as sentenças surge como elemento legitimador do Estado Democrático, vez que é considerado válido o exercício da jurisdição sempre que fundamentado adequadamente, de modo racional, hábil a proporcionar o conhecimento das razões adotadas pelo órgão judicial.”

sentença, cuja falta lhe provoca a inexistência jurídica. Haja segurança jurídica para dar conta de tanta (ir)realidade.

Pode acontecer que, acometido de singulares doenças orgânicas (v. g., prevaricação, concussão, corrupção, dolo), o juiz Crono profira uma sentença completamente destituída de razões justificativas (falta de motivação gráfica) ou dotada de uma motivação que não apresente, absolutamente, qualquer aderência temática à espécie concreta dos autos (falta de motivação ideológica). Em semelhante conjuntura, a motivação e o conteúdo material da relação jurídica controvertida se combatem reciprocamente. O problema não tem fôlego para alcançar o plano da invalidade, pois que se diluiu no plano anterior da inexistência. Neste caso, a sentença não será inválida, mas sim juridicamente inexistente.

Não vale objetar, igualmente, que, sendo a sentença ato imperativo de vontade do Estado, através de sua parte dispositiva o juiz exprimiria o comando concreto contido na lei. É o quanto bastaria, independentemente do conteúdo da motivação ou mesmo de sua ausência total ou parcial. E não vale porque, como já assinalado, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, o juiz deve prestar contas (*reddere rationem*) da correção, da juridicidade e da racionalidade dos critérios de escolha ou de valoração aproveitados em sua decisão, como condição de jurisdicionalidade. Ter-se-ia um não-ato¹⁹⁶⁶, que não poderia sequer criar uma aparência de sentença¹⁹⁶⁷, mas que, na realidade, seria sua própria negação, posto que, sem razões justificativas, não há legitimamente jurisdição, senão deplorável autoritarismo.

Desse modo, na realidade, atento à dignidade constitucional da exigência do dever de motivação, a decisão judiciária com cabal ausência de fundamentação (gráfica ou ideológica,

¹⁹⁶⁶ CORDERO, Franco. L'“inesistenza” della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recente contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema). **Rivista Italiana di Diritto Penale**, Milano, anno 10, p. 602-614, 1957, esp. p.602: “È atto inesistente quello che, per vizi inerenti ad uno dei suoi elementi essenziali, è assolutamente inidoneo a produrre gli effetti che la legge gli assegna” Assim também, em substância, DEMARCHI, Juliana, op. cit., p. 47: “Em síntese: a norma jurídica descreve determinada situação de fato que, uma vez verificada, implica a produção de determinados efeitos. O ato jurídico inexistente é aquele ao qual falta absolutamente um dos elementos constitutivos, formadores do próprio ato e que, por isso, não pode gerar os efeitos (jurídicos) programados para aquele ato por aquela norma jurídica. Está-se, portanto, diante do não-ato, do irrelevante jurídico.”

¹⁹⁶⁷ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1. p. 221: “O inexistente naturalmente não poderá criar uma aparência de direito, até por uma impossibilidade semântica, pois *aparência* outra coisa não é senão o estado daquilo que *aparece*. Não se haverá de pretender, para transpor a fronteira dos “dois mundos” - o mundo aqui de baixo e o mundo dos conceitos, chamado “mundo jurídico” -, que o inexistente seja capaz de aparecer.” (Grifos no original).

não importa) é uma não-decisão, implicando, antes, hipótese de inexistência jurídica¹⁹⁶⁸. Significa dizer que, nessas situações extremas e teratológicas, não se coloca o problema no âmbito de validade/invalidade, que naturalmente pressupõe ato jurídico processual existente, mas, sim, no contexto da existência/inexistência. A sentença completamente destituída de fundamentação está contaminada por anomalia grave em grau máximo, faltando-lhe, pois, objetivamente, elemento nevrálgico para que possa ser levada em conta; não pode ser reconhecida como ato processual, exatamente por sua inexistência jurídica¹⁹⁶⁹.

A falta formal de fundamentação da sentença provoca sua inexistência jurídica; porém, a deficiência não pode ser reputada como simples irregularidade. Afigura-se bastante que falte, substancialmente, o elemento essencial de constituição (os fundamentos de fato e de direito que embasam a conclusão final), circunstância que, na espécie, prepondera sobre o aspecto anímico, de vontade do juiz. Ou seja: para que, no mundo jurídico, a sentença possa ser havida como inexistente - e, portanto, inapta a produzir quaisquer efeitos jurídicos válidos -, basta, sob o prisma objetivo, v. g., a ausência completa de motivação (gráfica ou ideológica), prescindindo-se de qualquer investigação no campo volitivo do juiz. É irrelevante a presença ou não de vontade do juiz em desertar do dever de motivação para que, em relação à decisão proferida, possa se evidenciar o fenômeno de sua inexistência jurídica¹⁹⁷⁰. Mesmo na hipótese rara de submissão do juiz à coação física irresistível, amarrado, em cuja mão é posta uma caneta, forçando-o a rabiscar uma assinatura na sentença, completamente desnuda de motivação, independentemente da ausência de mínimo impulso volitivo do magistrado, a decisão, sob a ótica objetiva, há de se reputar juridicamente inexistente. O aspecto objetivo, v. g., da completa falta de motivação acaba preponderando, ao absorver o componente subjetivo.

¹⁹⁶⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 93-94: “Saliente-se, entretanto, que não há unanimidade de opiniões também quando se trate de caso onde ocorre completa falta de fundamentação. Enquanto alguns processualistas afirmam que igualmente nessa hipótese o ato decisório resulta nulo, outros autores o reputam inexistente, de sorte a jamais adquirir a autoridade de coisa julgada.”

¹⁹⁶⁹ ZANZUCCHI, Marco Tullio, op. cit., p. 442. Vide, no ponto, MONACI, Stefano. L'esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, 1999. p. 253-278, esp. p. 260: “*Se il contraddittorio è il connotato tipico dell'attività giurisdizionale in quanto tale, la motivazione è, a sua volta, il connotato tipico dei provvedimenti giurisdizionali in quanto tali.*”

¹⁹⁷⁰ Em sentido contrário, com tintas de generalidade e arrimado em autorizada doutrina, vide GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. 1, op. cit., p. 329: “Certamente ocorreria essa falta de requisitos mínimos, caracterizadora de inexistência, e não de nulidade absoluta, quando fosse seguramente indiscutível a certeza da ausência de vontade do sujeito que figurou como autor do ato. O ato humano, seja ele jurídico ou não, é sempre necessariamente uma manifestação no mundo exterior de uma volição, de um impulso espontâneo e consciente da mente do sujeito que se apresenta como seu autor. Se da mente do sujeito que figurou como autor do ato não emanou qualquer volição, qualquer impulso gerador de um resultado, de uma manifestação no mundo exterior, não existe o ato. A decisão proferida por quem não é juiz, ainda que dela conste o nome do juiz, a sentença sem dispositivo e a petição inicial sem pedido seriam atos inexistentes”

A trincheira teórica, ora defendida, é a seguinte: as razões justificativas se referem à suficiência do suporte fático do pronunciamento jurisdicional, não sendo, na realidade, a motivação elemento complementar (de validade) ou integrativo (de eficácia). Nessa perspectiva, ausência gráfica ou ideológica, bem ainda o contraste lógico absoluto entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, que também equivalem a uma hipótese de ausência de motivação, e, em regra, omissão, insuficiências, contraditoriedade de motivação podem acarretar consequências díspares a depender do coeficiente da deformação ou do vício. Disso resulta que, por exemplo, a total ausência de motivação gráfica ou ideológica (*in facto* e/ou *in iure*, não importa) tem influência sobre a existência do ato jurídico processual (v. g., decisão interlocutória, sentença, acórdão), por faltar mínimo elemento nuclear necessário à sua configuração ou constituição jurídica¹⁹⁷¹, tendente à produção do efeito de certeza jurídica própria do julgado¹⁹⁷², inviabilizando a controlabilidade racional da decisão. Em visão teleológica, não incidem, aqui, evidentemente, os princípios da instrumentalidade das formas e do prejuízo que pudessem permitir a desconsideração da inexistência jurídica da sentença, pois que irremediavelmente comprometidos os fins do processo justo e efetivo. O problema mostra-se também refratário à ideia de simplificação das formas, como manifestação do princípio da economia judicial e processual, uma vez que, obviamente, a motivação não pode ser dispensada, pois, quaisquer que sejam as necessidades do caso concreto, formalidade inútil não é.

Abstraído-se do cariz garantístico e político da garantia fundamental em tela e da (im)possibilidade de controle externo e racional sobre as razões justificativas do julgado, qualquer das partes não pode, com honestidade intelectual, ser considerada, com justeza e sem afetar a segurança jurídica, como beneficiada pela completa falta de motivação. Portanto, tal

¹⁹⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 62: “Os elementos completantes, junto ao elemento cerne, constituem o próprio suporte fático do fato, de modo que sua integral (completa) concreção no mundo é pressuposto necessário à incidência da norma jurídica: são *elementos de suficiência* do suporte fático. Como consequência, a falta de qualquer deles importa *não haver* fato jurídico.” (Reforços gráficos no original).

¹⁹⁷² Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, que é aquele incondicionalmente submetido ao dever de justificação, não se consegue francamente vislumbrar como de uma sentença, *e. g.*, completamente destituída de motivação gráfica ou ideológica (e portanto juridicamente inexistente), navegando no mar do ilegítimo exercício da função jurisdicional, possa se irradiar alguma coisa, menos ainda certeza (a não ser certeza de arbitrariedade, de autoritarismo, de aniquilamento da igualdade como valor universal e de extermínio das garantias fundamentais do processo justo), no que toca à relação jurídica controvertida. Pura e simplesmente não há justificação atinente à escolha e à interpretação da norma aplicável, como também não há justificação concernente ao accertamento dos fatos relevantes para o julgamento da causa. Averte-se, em sentido contrário, COLESANTI, Vittorio. *Variazioni* (in “re minore”) in tema di revocazione e sentenza giuridicamente inexistente, op. cit., p. 284: “*il bene supremo non può essere rappresentato che dalla certezza.*”

problemática não se confunde, por exemplo, com a incandescente discussão doutrinária (inexistência jurídica para alguns autores e nulidade absoluta para outros¹⁹⁷³) em torno das hipóteses de citação não realizada ou de citação realizada em pessoa diversa daquela indicada pelo autor para ocupar o polo passivo da demanda judicial, na qual se pode falar, em tese, em parte beneficiada pela sentença de mérito, apesar da falta ou da falha do ato citatório inicial¹⁹⁷⁴.

Há prestigiosa doutrina que considera inexistente o ato decisório apenas no caso de anomalia de motivação *in iure*, não de motivação *in facto*. É de se admitir que o controle da decisão sem motivação alguma (mas que apenas no plano fático-material existe, sem, contudo, se encontrar no plano jurídico), e infrutiferamente superados os recursos cabíveis, tendentes à declaração de inexistência jurídica do *decisum*, por força da peculiaríssima circunstância de estar infensa ao trânsito em julgado¹⁹⁷⁵, possa ser feito, no limite, pela via autônoma da ação declaratória de inexistência jurídica. A sentença, *v. g.*, totalmente indigente de fundamentação não passa em julgado e, por isso mesmo, deve ser considerada, aquém do plano da invalidade, inexistente. A motivação, mais que pressuposto de legitimidade, é componente essencial de existência jurídica do pronunciamento jurisdicional.

Contudo, outros vícios substanciais de motivação, de menor estatura (mas igualmente graves), tais como, em regra, omissão, insuficiências, contraditoriedade, podem consubstanciar hipóteses de nulidade absoluta da sentença, com a possibilidade de o juiz, já que se presume o prejuízo, poder decretá-la de ofício¹⁹⁷⁶, e suscetível de impugnação através dos recursos cabíveis (*v. g.*, apelação, recurso ordinário constitucional, recurso extraordinário,

¹⁹⁷³ CORDERO, Franco. Riflessione in tema di nullità assolute. **Rivista Italiana di Diritto Penale**, Milano, nona serie, anno 1, p. 238-256, 1958, esp. 241: “*un semplice travestimento verbale dell’inflazionato concetto d’inesistenza, dunque.*”

¹⁹⁷⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 461: “Mas, se improcedente a pretensão do autor, o vício da citação não constitui empecilho à sentença de mérito. Proferida esta, será válida e eficaz, pois a pessoa prejudicada pela falta de citação, que sequer participou do contraditório em razão dessa falha, foi beneficiada pelo resultado. (...) O Estado estabelece normas para o processo porque pretende oferecer aos que necessitam da tutela jurisdicional instrumento seguro e adequado à solução das controvérsias. Desde que seja possível este resultado sem comprometimento da segurança, não há por que insistir na observância da forma.”

¹⁹⁷⁵ *Ibidem*, p. 495: “Ainda que possa produzir algum efeito prático, as partes não estão sujeitas a ele e poderão resistir por qualquer meio. Também não se pensa no trânsito em julgado daquilo que não existe.”

¹⁹⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro et al (Coords.) **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 403-429, esp. p. 409: “O único efeito prático da distinção entre nulidade absoluta e relativa está na possibilidade ou não de o juiz, porque presumido o prejuízo, poder reconhecer de ofício a irregularidade e decretar a nulidade do ato.”

recurso especial) ou rescindível através de ação autônoma de impugnação, como a ação rescisória¹⁹⁷⁷. Esta última hipótese escuda-se no princípio da segurança jurídica (estabilidade das decisões judiciais). A posição ora sufragada distancia-se daquela sustentada por autorizada doutrina, em que, ante a dificuldade de se apartar, à luz das peculiaridades do caso concreto, a motivação incompleta da motivação insuficiente, ambas são confinadas, então, no arquétipo da ausência de motivação, conducente à invalidade da decisão judicial.

A rigor, o distanciamento está na diferenciação que, nas duas situações, se faz entre as múltiplas deformações e vícios da motivação e na motivação, conforme o grau de gravidade de cada qual: de um lado, (i) omissão total da motivação gráfica; (ii) falta de motivação ideológica, equiparada à hipótese de ausência de motivação gráfica; (iii) antagonismo lógico visceral entre as premissas ou entre as premissas e a ilação final¹⁹⁷⁸, que também equivalem à ausência total de motivação¹⁹⁷⁹; e, de outro, (i) omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica); (ii) insuficiências; (iii) contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses caracterizadoras de contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo), a importar consequências jurídicas diversas (inexistência ou nulidade)¹⁹⁸⁰, ao invés de se reduzirem todas as hipóteses de defeitos de motivação à categoria de ausência de fundamentação. Semelhante distinção, na experiência do processo judicial, exhibe inegável utilidade prática, por critério assente na consequência,

¹⁹⁷⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada, op. cit., p. 230; NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 39). p. 111.

¹⁹⁷⁸ Na segunda hipótese assinalada (de contraditoriedade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final), sob o prisma da tutela da confiança, da proteção da legítima expectativa e da boa-fé, o juiz, retornando sobre os próprios passos, incide na vedação de comportamentos contraditórios: *nemo potest venire contra factum proprium*.

¹⁹⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. Appunti sulla motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 6, parte 2, p. 88-90, 1951, esp. p. 89: “*Che, dunque, una sentenza debba essere motivata vuol dire che il giudizio deve essere verificato; e il mezzo della verificaçione è il sillogismo: uno o più, quasi sempre più sillogismi. (...) Ma un sillogismo, se non risponde al noto schema non è un sillogismo; e senza sillogismo non c'è motivazione. Il che vuol dire che se la fondatezza della premessa o della conclusione pregiudica soltanto la giustizia della motivazione, il difetto di legame logico tra i membri del sillogismo, e così la sua incongruenza esclude che il giudizio sia motivato cioè verificato. In altri termini, a differenza dal vizio storico o giuridico, il vizio logico della motivazione incide sulla sua esistenza.*”

¹⁹⁸⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 469: “*Se l'inesistenza dei requisiti finora elencati significa inesistenza della motivazione, con le conseguenze descritte più sopra sub b), ciò non implica che la loro esistenza significhi senz'altro l'assenza di ogni vizio della motivazione. Accanto alle ipotesi di inesistenza sussistono invece altre ipotesi, meno gravi, di vizi, per i quali risulta applicabile il regime ordinario delle nullità previsto dal primo comma dell'art. 161 cod. proc. civ. In linea di massima, infatti, si collocano in questa categoria i vizi di omissione (eccezion fatta per le ipotesi di vera e propria mancanza indicata appena sopra), di insufficienza e di contraddittorietà (salvo il caso di contrasto radicale tra le premesse o tra esse e la decisione, che pure dà luogo ad un'ipotesi di mancanza) della motivazione, (...).*”

pois, por exemplo, a sentença materialmente existente, mas juridicamente inexistente, é refratária à coisa julgada, a qual, no entanto, exhibe o condão de promover a sanatória geral de todas as invalidades contidas no processo que não foram pronunciadas pelo órgão julgador¹⁹⁸¹.

A decisão judiciária, por exemplo, totalmente desprovida de motivação deve considerar-se *tamquam non esset*. De resto, a demonstração da tese de que a completa ausência de motivação gráfica da sentença (ou ideológica, equiparada à ausência) bem como o contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, que também equivalem a uma hipótese de ausência de motivação, provocam sua inexistência jurídica, sobre alicerçar-se na transcendentalidade da igualdade como valor supremo universal, está alicerçada em 43 argumentos jurídicos e metajurídicos. Parece bem passá-los em revista: 1) a motivação é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito, de sorte a constituir componente constitutivo estrutural, considerado essencial pelo modelo normativo, imprescindível a todos os pronunciamentos decisórios em que concretamente se exercita a jurisdição; 2) a escoreita fundamentação (ou seu conteúdo mínimo essencial) é condição necessária da jurisdição, de modo que, sem motivação, não se pode cogitar de exercício legítimo da função jurisdicional¹⁹⁸²; 3) a natureza constitucional da motivação, concernente à própria definição de jurisdicionalidade: *ad instar* do art. 111, § 6º da Constituição italiana de 1947, a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 93, inciso IX, para além de uma concepção endoprocessual da motivação, consagra, em perspectiva extraprocessual, sob a idônea inspiração de sua função jurídico-política e garantística, norma fundamental de obrigatoriedade de motivação das decisões judiciárias (*coram populo*), atenta a uma concepção democrática de controlabilidade racional, pela

¹⁹⁸¹ SOUZA, Wilson Alves de, op. cit., p. 126. Todavia, em sentido contrário, vide MORTARA, Lodovico. **Commentario del codice e delle leggi di procedura civile**, op. cit., p. 816-817: “*Qui, per incidenza, osservo che le regole concernenti le nullità processuali non consentono di far luogo, nella teorica ad esse relativa, al concetto degli atti inesistenti, come taluni chiamano nel diritto materiale certe forme di nullità assoluta e insanabile. Qualunque nullità è sanabile nella procedura, con una semplice riserva per quelle che devono essere dichiarate d’ufficio, poche e rarissime, come dissi. E anche per queste poche la massima della insanabilità è vinta da quella dell’autorità del giudicato, che le ricopre e le convalida, qualora in onta alle medesime, consapevole o no, il magistrato abbia proceduto all’esame e alla decisione del processo e le parti si siano acquietate senza reclamare nei termini di legge.*”

¹⁹⁸² TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 463-464: “*Da un lato, il rilievo delle funzioni essenziali che la motivazione svolge anche al di fuori del processo rende in linea di principio inadeguate le definizioni di tali vizi che nascono esclusivamente dalla sua funzione endoprocessuale nei confronti delle parti e del giudice dell’impugnazione. Dall’altro, in quanto si ritenga che la motivazione sia, nell’attuale ordinamento in virtù del principio costituzionale fissato nel primo comma dell’art. 111, un connotato strutturale necessario dei provvedimenti in cui si esercita la giurisdizione, si impone la conseguenza che la sentenza mancante di motivazione non integri il “contenuto minimo” indispensabile perché si riconosca in essa l’esercizio legittimo del potere giurisdizionale.*”

sociedade, expressada na opinião pública em geral, e pelos cidadãos em especial, sobre o concreto exercício da jurisdição, no fito de avaliar, positiva ou negativamente, a justiça, a correção e a qualidade da prestação jurisdicional; e, mais, a Constituição brasileira, ao exigir que todas as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas, como princípio-garantia, cunhou, em verdade, um único modelo jurídico de decisão judiciária, que é a decisão fundamentada¹⁹⁸³, como uma das condições mínimas de seu DNA identificador, dêis que esta é a forma processualmente reconhecível; 4) além das partes (controle privatístico, ao consentir ao contendor vencido a demonstração das eventuais injustiças e injuridicidades ensartadas na decisão judiciária) e do juiz da impugnação (controle burocrático), avultam, como destinatários da motivação, fruto de evolução histórica, em sua magna função extraprocessual, também a sociedade e cada cidadão, aos quais são adjudicados o direito de controle sobre a maneira pela qual o poder jurisdicional é concretamente exercitado (controle democrático e difuso aberto ao povo, como titular do poder político, em cujo nome a sentença vem pronunciada pelo juiz); 5) a essencialidade da motivação desempenha a elevada finalidade de justificação do *quomodo* do exercício do poder pelo juiz, para além da razoabilidade de sua decisão; 6) no Brasil¹⁹⁸⁴ e, v. g., na Itália¹⁹⁸⁵, a motivação é componente vital na estrutura da sentença e, como tal, representa elemento essencial de constituição deste ato jurídico processual, como decisão racionalmente controlável; 7) se faltar intrinsecamente a motivação, como elemento essencial, estrutural, de constituição da sentença, no rigor da técnica, tal decisão é juridicamente inexistente; 8) a motivação, como *garantia do garantismo processual*, se constitui em condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo justo, no campo da concreta administração da justiça, de sorte que

¹⁹⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 242: “22. Ao dizer que serão fundamentadas “todas” as decisões, a Constituição brasileira não expressa apenas a extensão do dever de motivar; mais do que isso, prescreve um único *modelo* de decisão judicial - a *decisão fundamentada* -, em que tal exigência deve condicionar o próprio raciocínio decisório.” (Grifos no original).

¹⁹⁸⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 458: “São requisitos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”. O vocábulo ‘requisito’, usado neste dispositivo, assinala algo que, como seu antecedente, deve existir antes da sentença. Porém, o preceito relaciona os múltiplos componentes da sentença, aquilo que nela se integra, *i. e.*, seus elementos. A motivação, pois, não é requisito da sentença, mas seu elemento. Tal imprecisão terminológica, convém assinalar, foi expressamente corrigida no texto do novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, (...)” e art. 499: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”.

¹⁹⁸⁵ No tocante ao conteúdo da sentença, vide *Codice di procedura civile* de 1940, art. 132, § 1º: “*La sentenza è pronunciata “in nome del popolo italiano” e reca l’instestazione: “Repubblica italiana”*”. § 2º: *Essa deve contener: (...).n. 4: “la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decione.”* (Redação ditada pelo art. 45 da Lei n. 69, de 18.06.2009).

o garantismo processual precisa, ele próprio, ser garantido pela motivação (por exemplo: a motivação da decisão jurisdicional é fonte de elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz; a constatação pelas partes de que, sob o influxo do contraditório como influência, efetivamente foram ouvidas e que suas alegações e provas produzidas foram, de verdade, consideradas pelo órgão julgador¹⁹⁸⁶; consente sindicá-la a correção, a juridicidade e a racionalidade do decisório¹⁹⁸⁷); 9) a decisão sem motivação vulnera princípio constitucional de garantia, de sua obrigatoriedade (Constituição Federal brasileira, art. 93, inciso IX), como traço característico da jurisdição contemporânea, máxime quando insuficiente o suporte fático, além de impedir a justa composição da lide, fazendo com que o processo deixe de atingir o seu escopo magno; 10) se a motivação traduz componente estruturante da sentença, v. g., a sua falta formal coloca o problema no plano da existência jurídica do ato, vale dizer, se é elemento essencial do ato, a sua ausência não transporta o problema para o plano de validade do ato, pela impossibilidade de se transporem as primeiras fronteiras de sua existência jurídica; 11) ante a inexistência jurídica do ato, não se pode resolver o problema da sobrevivência à coisa julgada com a solução cômoda da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais, em dano ao valor justiça¹⁹⁸⁸, pois o controle mediante irrealidades nem de longe é satisfatório; 12) da decisão jurisdicional com ausência absoluta de motivação gráfica ou ideológica não se pode desumir justiça, seja ao ângulo procedimental, seja material; 13) afigura-se impossível controlar racionalmente a juridicidade, a adequação, a efetividade, a justeza de um procedimento se o seu ato mais importante (a sentença) não exprime as razões que justifiquem a conclusão final; a tocha da estátua da liberdade não pode,

¹⁹⁸⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 335: “3. por fim, a motivação garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes.”

¹⁹⁸⁷ Sobre o conceito de racionalidade do juízo, em seu viés operacional, vide TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 259: “*Si tratta di un concetto di razionalità indubbiamente accettabile, che pone l'accento sui caratteri peculiari dell'attività decisoria; peraltro, in quanto il prodotto di tale attività è costituito da un contesto di enunciati, si può parlare di razionalità anche a proposito della struttura interna di siffatto contesto. Sotto questo profilo, la razionalità del giudizio è una funzione della razionalità dei nessi intercorrenti tra gli enunciati che lo compongono. Essa sussiste in quanto si verificano tre condizioni: 1) mancanza di contraddittorietà fra i diversi enunciati e tra i loro presupposti; 2) presenza di alcuni nessi di implicazione (ad. es. tra “norma” e qualificazione dei fatti, tra qualificazione e dichiarazione dell'effetto giuridico), necessari in base alla sequenza norma/fatto/conseguenza giuridica; 3) rispetto dell'ordine di pregiudizialità fra le diverse questioni comprese nel thema decidendum.*”

¹⁹⁸⁸ Em sentido contrário, vide TORRENTE, Andrea, op. cit., p. 394: “*Ora, se la motivazione è la documentazione dello sforzo intellettuale compiuto dal giudice, il difetto assoluto di motivazione, nella sua più cruda espressione (dispositivo non preceduto da alcun ragionamento) rivela l'inerzia mentale del giudice, il quale, per non affaticare il suo cervello, ha scelto a caso la soluzione. Malignità a parte, questo non esclude che intrinsecamente la decisione sia giusta. Ora, nel nostro sistema processuale, alla fine, le esigenze della giustizia sono sacrificate alla necessità della certezza dei rapporti giuridici.*”

solitariamente, pairar no ar, senão que deve estar amalgamada ao restante da estátua, que é a sua base de sustentação, e assim também é a relação visceral entre dispositivo (a tocha) e motivação (o corpo da estátua); 14) não se pode desprezar a íntima relação entre motivação e dispositivo, como “*il mezzo*” que condiciona “*il fine*”¹⁹⁸⁹; 15) sentença, v. g., sem motivação ilude os jurisdicionados e o próprio povo, em cujo nome ela é pronunciada; 16) repugna a consciência civilizatória que se possa sacrificar o supremo valor justiça material da decisão, que deve ser evidenciado pelas razões justificativas do julgado, no altar da segurança jurídica, a não ser que se venha a coonestar com o simulacro de jurisdição e o arremedo judiciário; 17) a poltrona confortável da segurança jurídica não pode, por comodidade, justificar o rechaço à tese da sentença juridicamente inexistente, v. g., por deformação intrínseca consubstanciada na falta de elemento essencial (motivação) de constituição; 18) a decisão, v. g., privada de motivação não reúne, intrinsecamente, aptidão para desfrutar de eficácia, sobre ser inadmissível subtrair a efetividade do processo, conexas naturalmente à qualidade da resposta do Estado-juiz¹⁹⁹⁰, reduzindo-se a garantia do acesso à justiça à pura ilusão, algo entre o romantismo formal e a ingenuidade protocolar; 19) não é crível transformar o direito de defesa e o contraditório em mera quimera e o devido processo legal em indevido retrocesso ilegal; 20) a decisão, v. g., desnuda de motivação é um convite (dispensado *R. S. V. P.*) à parcialidade, ao autoritarismo e à arbitrariedade judiciais, aliás a forma mais deletéria de arbítrio, porquanto à jurisdição cumpre justamente controlar o arbítrio do legislador e do administrador público; 21) a coisa julgada é impotente para fazer a sanatória geral de sentença juridicamente inexistente, até porque, em relação a semelhante decisão, a coisa julgada material não se forma.

Às considerações erigidas em favor da tese da inexistência jurídica da sentença com ausência absoluta de motivação (gráfica ou ideológica) ou corrompida por contraste lógico absoluto entre as premissas ou entre as premissas e a parte dispositiva, que também equivalem a uma hipótese de ausência completa de motivação, somam-se outros argumentos já agora de

¹⁹⁸⁹ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: [s.n.], 1963. p. 48: “pode-se notar facilmente que existe entre a motivação e o dispositivo a mesma relação existente entre as razões das partes e a lide. Com efeito, assim como as razões dão nascimento à lide, assim também a decisão pronunciada sobre estas razões dá nascimento, condiciona, a decisão da lide; sem uma não pode existir a outra. De causa e efeito, pois, é relação que une ao dispositivo a motivação da sentença.”

¹⁹⁹⁰ ZOCO ZABALA, Cristina. **Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias** (artículos 14 y 24.1 CE). Barcelona: J. M. Sosch Editor, 2003. p. 109: “Si la finalidad de la motivación judicial de la decisión, garantía de tutela judicial efectiva, reside en que el justiciable pueda conocer las razones de la decisión judicial, difícilmente es posible llegar a tal conclusión cuando se omite una respuesta a alguna de ellas.”

juez fundamentalmente político: 1) a motivação das decisões jurisdicionais traduz exigência formal estabelecida em prol da ordem pública; 2) o valor justiça material da sentença, como um dos vetores máximos de uma ordem jurídica justa, deve prevalecer, neste caso, sobre uma suposta segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais; 3) deve-se recusar legitimidade às decisões jurisdicionais, *v. g.*, com total falta de motivação, que se dispensem de justificar-se; 4) não se pode aceitar, resignadamente, o triunfo de concepção puramente formal de justiça procedimental, representada, *v. g.*, por uma sentença privada de motivação gráfica ou ideológica, porquanto a ausência de um discurso justificativo e, donde, a falta de *ratio decidendi* eclipsam a verificação de sua justiça material; 5) em visão consequencialista¹⁹⁹¹, não há como se possa aferir as implicações sociais de uma sentença sem motivação (gráfica ou ideológica) ou viciadas por determinadas omissões, insuficiências, contradições, posto evanescer o efeito pedagógico do julgado no meio social; 6) sem a *ratio decidendi* da decisão judiciária (onde se encontram os motivos determinantes) seria completamente inexecutável a doutrina do *stare decisis* - do precedente judicial vinculativo - no âmbito do sistema da *common law*, ou, em concepção atenuada, mesmo a finalidade norteadora das decisões proferidas pelo Tribunais Superiores na órbita da *civil law*; 7) utilidade alguma se poderia extrair de um sistema jurídico de proclamação abstrata de direitos e garantias, fundamentais ou não, individuais ou coletivas, em visão subjetiva da jurisdição, não se conseguindo atentar como uma sentença sem motivação (gráfica ou ideológica), ou com embate lógico irremediável entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, possa ser tida, concretamente, como adequada, efetiva e justa; 8) em uma ótica objetiva da jurisdição, não se concebe, em sã consciência, como possa, concretamente, uma sentença sem motivação assegurar a integralidade da ordem jurídica; 9) os valores concretizados na motivação (*e. g.*, igualdade, liberdade, justiça, segurança) não podem ser desdenhados pelo juiz; 10) a jurisdição é coisa séria: uma decisão desnuda de razões justificativas, ou com divórcio lógico absoluto entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final, conspira contra a credibilidade da tutela jurisdicional efetiva e justa, além de solapar a confiança da comunidade nos Tribunais; 11) decisão sem motivação gráfica ou ideológica como também o antagonismo lógico irreprimível entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final expõem as entranhas da irracionalidade da atividade jurisdicional; 12) como interpretar

¹⁹⁹¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. (Biblioteca Jurídica WMF). p. 148: “Não há dúvida de que os juízes devem levar em consideração as consequências de suas decisões, mas eles só podem fazê-lo na medida em que forem guiados por princípios inseridos no direito como um todo, princípios que ajudem a decidir quais consequências são pertinentes e como se deve avaliá-las, e não por suas preferências pessoais ou políticas.”

corretamente a parte dispositiva da decisão sem o contexto da motivação? 13) como definir os limites objetivos da coisa julgada material? 14) onde a razão prática de uma decisão judicial sem motivação? 15) como evitar o voluntarismo, o autoritarismo e a arbitrariedade judiciais? 16) a decisão sem motivação contribui, sobretudo, para subtrair a efetividade do processo, posto que conexas necessariamente à qualidade da resposta do Estado-juiz; 17) como aferir as consequências sociais de uma sentença sem motivação? 18) a motivação não é apenas elemento essencial da estrutura da sentença, senão também fator de legitimação do concreto exercício da jurisdição e de respeitabilidade do Poder Judiciário, além se constituir em um dos pilares da ordem social e democrática de uma nação; 19) não é sentença o decisório que represente ato de mero arbítrio do juiz¹⁹⁹², tampouco seu papel não mais se adstringe à mera vontade de comando (*Sic volo, sic iubeo*); 20) a motivação cumpre a necessidade de se preservar a seriedade da jurisdição; 21) a motivação dotada de argumentos jurídicos e racionais das decisões judiciais é a maior conquista civilizatória do processo civil; 22) a sentença sem motivação gráfica ou ideológica, com antagonismo lógico absoluto entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo bem como sem congruência temática com a espécie concreta posta à decisão é uma emboscada ao Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse quadrante, o silogismo é inevitável.

Premissa maior: a) a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 93, inciso IX, preceitua que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”; b) o art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 estabelece como requisito (*rectius*, elemento) essencial da sentença¹⁹⁹³: “II

¹⁹⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, op. cit., p. 178, nota n. 2: “Sem fundamentação é, no sentido do texto, a decisão que o juiz tomasse, para encerrar a lide, sem qualquer justificativa de fato e de direito: ‘Mando que se faça assim simplesmente porque quero ou entendo que deva ser assim’. Tal arbítrio a lei não dá, nem jamais poderia dar ao magistrado, na sistemática do direito moderno. Razão por que entendo que não seria sentença o decisório que assim se proferisse para pôr fim a um litígio regularmente deduzido em juízo.”

¹⁹⁹³ Também sufragando a tese da nulidade da sentença destituída de motivação, embora tenha-se fundado em premissa teórica que bem poderia justificar a vertente teórica de sua inexistência jurídica, inclusive com expressa referência a tal plano, vide FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. p. 637-638: “Como ato processual, a sentença reclama uma forma que lhe dá realidade jurídica (*forma dat esse rei*), confere-lhe existência, validade e eficácia. Nesse sentido, dispõe o art. 458 do CPC que são elementos essenciais da sentença: o relatório, a motivação e a decisão. (...) Ultrapassado o relatório, o juiz inicia a fundamentação de sua sentença, imprimindo ao ato o timbre de sua inteligência acerca dos fatos e do direito aplicável. Trata-se de garantia constitucional que impõe ao magistrado motivar a sua decisão, explicitando o itinerário lógico do seu raciocínio de maneira a permitir à parte vencida a demonstração das eventuais injustiças e ilegalidades encartadas no ato. A falta de motivação acarreta, também, a nulidade da sentença, posto não se admitir esse *salto* do relatório à decisão.” (Grifos no original).

- os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Na mesma direção, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 499: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”.

Premissa menor: na ausência completa de fundamentos da sentença - bem ainda incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo-, como elemento essencial de constituição do ato jurídico-processual, o julgado não chega a se formar, aperfeiçoar. Faltante um elemento constitutivo, estrutural, a integridade da sentença não existe.

Conclusão: logo, a sentença com ausência completa de motivação, como também contraste lógico absoluto entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final, encerra hipóteses de inexistência jurídica da decisão jurisdicional, pela falta de elemento vital de constituição.

Na metáfora da vida, a concepção do ser humano, através do milagre da fecundação, reclama, ao menos no atual estágio evolutivo, como elementos essenciais o óvulo e o espermatozoide. Sem a junção de tais elementos, vida inexistente. Mal se compreenderia que possa faltar um elemento essencial e estrutural da sentença (a motivação) e, aberrantemente, o ato existir.

No que toca à tese da inexistência jurídica da decisão judiciária, nesse passo reafirmada, releva classificar as deformações e os vícios e, a partir daí, alocá-los em diferentes planos de acordo com sua gravidade, determinando-lhes as consequências jurídicas. Por conseguinte, mister se faz separar, em um primeiro grupo, as anomalias (i) da completa ausência de motivação (gráfica ou ideológica, esta equiparada à cabal falta de fundamentação, pois os motivos dizem respeito a outra situação que não aquela concretamente posta à decisão), e (ii) das hipóteses de contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e a parte dispositiva; daqueles outros, em um segundo grupo, vícios (i) de omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica); (ii) insuficiências, ou (iii) contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses caracterizadoras daquela incompatibilidade lógica absoluta). Geralmente, os vícios *de* motivação (*errores in procedendo* ou erros de atividade) traduzem incompatibilidade direta com a lei processual e representam as hipóteses acolhidas no primeiro grupo.

Sobreleva remarcar que, para os fins da posição adotada, há dois regimes distintos e autônomos. Agora bem, a deformidade consistente na completa ausência de motivação da decisão judicial (gráfica ou ideológica, bem como a contraditoriedade absoluta entre as

premissas ou entre as premissas e o dispositivo), com contaminação em grau máximo, provoca a inexistência jurídica da decisão, quer se tenha como parâmetro a função endoprocessual quer a função extraprocessual da motivação. Conducente dizer que semelhante consequência de inexistência jurídica da decisão não está vinculada à condição de impossibilitar, ou não, o êxito do controle político-garantístico, democrático e difuso, jurídico e racional, em sede extraprocessual, pela sociedade em geral, expressada pela opinião pública, ou pelo cidadão em especial¹⁹⁹⁴.

Insista-se no ponto: será juridicamente inexistente a decisão que for completamente privada de motivação gráfica ou ideológica, e bem ainda nas hipóteses de embate radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo. Para tanto, é despidendo que a inexistência acarrete o aniquilamento, ou não, da possibilidade de controle (interno ou externo) sobre a correção e a validade dos critérios de escolha ou de valoração que justificariam a decisão. O problema da inexistência jurídica da sentença exhibe ainda, como bem se compreende, importância endoprocessual, seja para os litigantes, seja para os juízes revisores da instância superior. A rigor, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, notadamente no que toca ao legítimo exercício da função jurisdicional, para fins de caracterização da inexistência jurídica da decisão, não há como se possa fazer distinção entre a possibilidade de satisfação, ou não, das exigências atinentes às funções endo ou extraprocessual da motivação. Ambas estão no mesmo pé de igualdade.

A inexistência de motivação provoca inexistência da própria decisão, pois a *ratio decidendi* constitui elemento estrutural indispensável nas decisões em que se opera a jurisdição. De resto, a decisão sem formal motivação gráfica ou ideológica, ou com incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e a ilação final, não integra o conceito de conteúdo mínimo essencial sem o qual não se pode afiançar o exercício legítimo da jurisdição. Como controlar, racionalmente, decisões judiciárias dotadas apenas de relatório e de dispositivo ou tão somente de parte dispositiva, mas, de qualquer maneira, completamente desnudas de fundamentação ou com flagrante guerrilha lógica? Sem justificação não há como se possa controlar racionalmente a validade e a correção do

¹⁹⁹⁴ Contudo, nesse ponto teórico-prático de superlativa importância é de se averbar a opinião parcialmente divergente de TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 470, inclusive nota n. 314. Para o insigne Professore Ordinario dell'Università di Pavia as hipóteses de inexistência jurídica da decisão, em casos tais, caracterizam-se pelo fato de impedirem a consecução da função extraprocessual da motivação, ao passo que as hipóteses de nulidade assinalam-se por exhibir relevo apenas endoprocessual.

*decisum*¹⁹⁹⁵. O controle extraprocessual (função eminentemente política do dever de motivação) em casos tais é de difícil visualização prática, mas, ainda que possível, não tem o condão de indulgenciar um ato processual juridicamente inexistente, insuscetível de convalidação ou convalidação¹⁹⁹⁶, pois que, já *ab ovo*, não tem idoneidade para produzir qualquer efeito¹⁹⁹⁷.

À tese da inexistência jurídica da decisão judiciária completamente privada de motivação (gráfica ou ideológica), ou com incompatibilidade lógica violenta entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, poder-se-ia objetar com a terminologia utilizada no texto da Constituição Federal brasileira de 1988, cujo art. 93, inciso IX, exhibe o seguinte teor literal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, *sob pena de nulidade*, (...)”. É incomum a inserção de norma sancionatória no texto constitucional, tanto é que não acontece no tocante a qualquer outra garantia fundamental do processo acolhida em seu ventre. Uma leitura apressada daquela expressão poderia levar o intérprete a supor que, *v. g.*, o problema da decisão judicial sem motivação se situaria não no plano da inexistência jurídica, mas, sim, no da invalidade (“*sob pena de nulidade*”). Entretanto, a tese placitada da inexistência jurídica não é infirmada por semelhante espécie normativa.

Há, pelo menos, quatro argumentos que, em ordem sucessiva, justificam a assertiva: (i) bem vistas as coisas, o preceito do art. 93, inciso IX, apenas alude a um determinado vício grave, que, só por isso, não exclui as demais deformidades como a configuração da inexistência jurídica da sentença integralmente despida de motivação, com divórcio lógico incomensurável entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, equiparadas à ausência de motivação, por falta de elemento essencial de constituição deste ato jurídico-processual. É dizer: o texto constitucional, ao aludir tão somente a um vício grave (nulidade),

¹⁹⁹⁵ WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études, op. cit., p. 111-134, esp. p. 134: “*Pour contrôler la rationalité de la décision judiciaire on doit la justifier. La présentation de la motivation légale concrète sert à contrôler cette rationalité dans les situations où, selon la loi, on doit justifier cette décision.*”

¹⁹⁹⁶ KOMATSU, Roque, op. cit., p. 164: “Quando faltam ao ato elementos constitutivos ou mínimos, o que de fato existe que deve juridicamente ser considerados de modo absoluto é um nada, que não pode ser de maneira alguma reconhecido como algo existente, sujeito assim à necessidade de ser invalidado ou à possibilidade de ser convalidado.”

¹⁹⁹⁷ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 372: “Os atos inexistentes não podem convalidar, pelo simples motivo de que não têm absolutamente, eles próprios, condições de produzir efeito algum: não tendo sido a lei quem lhes negou eficácia, não tem a lei meios para lhes devolver eficácia em situação alguma.”

não afasta, só por isso, a inexistência jurídica da decisão em casos tais, por carecer de elemento essencial de constituição; (ii) na realidade, a Constituição utiliza a expressão “sob pena de nulidade”, em sentido amplo, no âmbito da teoria geral do ato defeituoso, não se envolvendo, obrigatoriamente, com formulações específicas¹⁹⁹⁸; (iii) no texto constitucional nem sempre as palavras são empregadas em acepção rigorosamente técnica ou no sentido que exibem na legislação infraconstitucional; (iv) no limite, esta regra constitucional reclama exegese ampliativa, isto é, o legislador constituinte disse menos do que queria dizer.

Sob outro *prima*, em sede de plenitude justificativa da motivação dos pronunciamentos jurisdicionais, desponta o problema da identificação de seu conteúdo mínimo essencial, assente na explicitação dos critérios de escolha ou de valoração do juiz para identificar e interpretar as normas aplicáveis, acertar a verdade dos fatos relevantes, atribuir qualificação jurídica à *fattispecie* e, daí, extrair as consequências jurídicas, abrangendo o conjunto dos nexos de implicação e coerência entre esses enunciados e a justificação de cada enunciado, em que os discernimentos do juiz apareçam como racionalmente corretos. No fito de se estabelecer uma distinção entre os dois fenômenos (inexistência do ato e sua invalidade), pode-se pensar que, em escala de gradação¹⁹⁹⁹, existem deformidades menores e vícios menos graves do que a completa ausência de motivação gráfica ou ideológica, ou contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, como, em regra, certas omissões, insuficiências, contradições e incongruências, não abrangidas por aquela noção de conteúdo mínimo essencial da motivação da sentença. Tais vícios, por adversarem formalmente às exigências esculpidas pelas normas constitucionais e infraconstitucionais consagradoras do cânone da fundamentação das decisões judiciais, caracterizam hipótese de nulidade do julgado, e não de sua inexistência jurídica. Tais deformações da motivação pressupõem mesmo que a decisão judiciária exista. Essas patologias, com força

¹⁹⁹⁸ Celso Ribeiro Bastos. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 92 a 126. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, t. 3. p. 52-53: “Ao que nos parece, levando em conta preceito de interpretação constitucional, os termos técnicos utilizados pela Constituição não devem ser interpretados com o mesmo rigorismo que eles possuem na legislação infraconstitucional. Destarte, a Constituição está utilizando a expressão nulidade dentro do contexto de uma teoria geral do ato inválido, do ato viciado, não se comprometendo, necessariamente, com uma ou outra formulação específica.”

¹⁹⁹⁹ Em sentido contrário, embora tenha extremado a inexistência jurídica (“*mananza di uno degli elementi costitutivi dell’atto*”) da nulidade absoluta, fornecendo, inclusive, vários exemplos de ato juridicamente inexistente, SATTA, Salvatore, op. cit., p. 208-209: “(...) *in quanto la validità dell’atto è sempre in funzione della sua conformità alla fattispecie legale, e pertanto qualunque difformità rende l’atto inesistente o nullo che dir si voglia, senza possibilità di distinguere tra gradi o piccole difformità.*”

invalidante²⁰⁰⁰, não obstam a controlabilidade externa sobre o *decisum*, porém limitam-se à seara endoprocessual, no escopo de racionalização do sistema recursal. Tal realidade fenomênica ocorre porque, substancialmente, a resposta do Estado-juiz ao caso concreto posto à decisão revela-se insatisfatória, precária e anfibológica. Portanto, embora haja autores que não façam distinção entre atos processuais nulos e inexistentes²⁰⁰¹, dependendo da intensidade as deformações e os vícios podem provocar a inexistência jurídica ou a nulidade do pronunciamento jurisdicional.

Cumprе notar-se que a decisão judiciária corrompida, já na origem, pelo vírus da inexistência jurídica - por total ausência de razões justificativas (gráfica), ou com fundamentação que não guarde a mais tênue pertinência temática com o caso particular submetido à cognição judicial (ideológica)²⁰⁰², bem ainda contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, que também equivale a uma hipótese de ausência completa de motivação - atravessa a coisa julgada material. Diversamente, o pronunciamento jurisdicional contaminado pelo vício da nulidade, com omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica), insuficiências ou contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses configuradoras daquele contraste lógico radical) submete-se à autoridade da *res iudicata*.

²⁰⁰⁰ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 393-394: “*Las resoluciones dictadas con vicios de motivación responden, sin embargo, a otras dos categorías de sanciones distintas a la inexistencia y también previstas por el ordenamiento jurídico procesal: la nulidad y la anulabilidad. En la sentencia nula por defecto de motivación se presupone el control del deber de motivar porque existiendo motivación, la misma infringe alguno de los preceptos legales que establecen el deber de motivar, bien por encontrarnos ante supuestos de motivación ficticia, en los que no se respetan las exigencias formales - error in procedendo - y sustanciales - error in iudicando -, que la legislación señala respecto a la garantía de motivación, bien por omisión de fundamentar algún punto o extremo decisivo - error in iudicando -, o bien por las contradicciones que, de acuerdo a la lógica, puedan inferirse entre los fundamentos de la resolución, nuevamente supuesto de error in iudicando. El resto de vicios de la motivación responden a la insuficiencia de los fundamentos de la resolución y determinan también su ineficacia sancionándose con la categoría de anulabilidad. Los vicios relativos a la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales pueden ser motivados por errores, al igual que en los supuestos de motivación ficticia, omisión de extremo decisivo, o contradicciones lógicas. Así, puede hablarse de motivación insuficiente cuando se detecten errores formales en la motivación, vicios in procedendo, y errores materiales en la fundamentación, vicios in iudicando, abarcando, en este último caso, todos los supuestos de error de hecho, error facti in iudicando, y algunos supuestos de error de derecho, error iuris in iudicando, pero no la abierta contradicción con el mismo, que da lugar, como hemos visto a la nulidad. Es decir, los vicios derivados de la insuficiencia de la motivación se refieren, básicamente, a errores de subsunción o, más en general, de mal razonamiento de cualesquiera tipos de inferencias que conducen a la decisión. Estamos ante resoluciones válidas, aun cuando se sepa que son erróneas.*”

²⁰⁰¹ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**, op. cit., p. 123.

²⁰⁰² MIMIN, Pierre, op. cit., p. 350: “*Nous devons borner à rappeler ici les règles fondamentales avec référence aux d’espèce les plus caractéristiques ou les plus récentes: 1° Chaque chef jugement doit être motivé; 2° Les motifs doivent être clairs et sérieux; 3° La contradiction entre les motifs équivaut à l’absence de motifs; 4° Les motifs doivent être applicables à la cause.*”

Problema simpático é o seguinte: suponha-se o caso de um processo no qual o juiz tenha pronunciado uma sentença com motivação adequada e, depois de ter exaurido a sua jurisdição, inadvertidamente, venha a proferir uma segunda sentença desprovida de motivação gráfica, sem que as partes hajam interposto recurso algum e com o decurso *in albis* do prazo para ajuizamento de ação rescisória. Nesse caso, não se pode entender que a segunda sentença, por ser juridicamente inexistente, por absoluta ausência de razões justificativas, tenha substituído a primeira: uma sentença jamais poderá ceder o passo a uma não-sentença.

Como corolário lógico da sentença juridicamente inexistente, o processo, caso tenha havido, não produziu, a rigor, resultado algum. Significa dizer que, observados os prazos de prescrição ou de decadência, o autor pode deduzir novamente em juízo a mesma pretensão repropoando a demanda que a sentença juridicamente inexistente almejava rejeitar²⁰⁰³.

Tradicionalmente, a sentença suicida²⁰⁰⁴ é aquela cujo dispositivo apresenta contradição com as razões exteriorizadas no corpo da motivação. A fundamentação colide frontalmente com a parte dispositiva, a configurar *error in iudicando* em sentido estrito²⁰⁰⁵. Sob a ótica substancial, fundamentar uma decisão judiciária é justificar, com argumentos jurídicos e racionais válidos, as valorações e os critérios de escolha empregados pelo juiz na decisão, tendo em conta a atividade processual das partes. Ou seja: explicitar as razões que presidiram à eleição daquela hipótese de decisão, por força do exame analítico das alegações, provas e contraprovas produzidas pelas partes, em contraditório, relativamente às questões e pontos fático-jurídicos que compõem o *thema decidendum*.

O que se propugna é a inclusão também da classe de sentença juridicamente inexistente na categoria de sentença pré-suicida. É, por dizê-lo assim, uma espécie de eutanásia processual que, a partir da falta de motivação, ou de sua degradação deformante, consiste na morte provocada pelo juiz Crono do conjunto de garantias fundamentais do processo justo.

²⁰⁰³ BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**, Seconda edizione, corredata della recente giurisprudenza. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1936. p. 636; PINTO, Teresa Arruda Alvim, op. cit., 186: “A omissão do exame de um dos itens do pedido não gera, em relação a este item, sentença nula, mas sentença inexistente. O que não foi decidido pode ser pleiteado novamente.”

²⁰⁰⁴ CALAMANDREI, Piero. *Sentenze sintomatiche*, op. cit., p. 486.

²⁰⁰⁵ Idem. *Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere*. p. 167: “D) nel ragionamento: a) mancanza di nesso di causalità tra premesse e conclusione (inconciliabilità tra motivazione e dispositivo: cosiddetto “difetto di motivazione”);”

9.2.2 Omissões: motivação incompleta ou escolhas relegadas ao relento justificativo

A motivação tem implicação substancial e não simplesmente formal, donde, sob o influxo das garantias fundamentais de defesa, do contraditório e do devido processo legal, o juiz deve levar em consideração o sistema defensivo dos litigantes, bem como o conjunto de provas produzidas nos autos do processo. Há evidente atrelamento entre a atividade defensiva das partes e o conteúdo da exigência de motivação. O dever judicial materializa-se, portanto, no exame analítico da integralidade das questões de fato e de direito discutidas pelos litigantes e que se revelem importantes à justa composição da lide, *v. g.*, em relação às questões prejudiciais condicionadoras das soluções oferecidas às questões principais, sendo de rigor motivação específica e expressa. A ser diferente, o dever de motivação estará sendo iludido e justificação não há. Tudo aquilo que, eventualmente, o juiz repete irrelevante deve também ser, em termos expressos, justificado, ainda que em fórmula concisa. A ausência de apreciação analítica dos argumentos, das questões e dos pontos discutidos pelas partes em contraditório, fruto do princípio político da participação democrática, dá azo à motivação incompleta, insatisfatória, por insuficiência cognitiva dos perfis fático-jurídicos e, por conseguinte, das respectivas razões justificativas do *decisum*²⁰⁰⁶ (por exemplo: o juiz deixe de apreciar uma questão preliminar ou prejudicial oportunamente suscitada pelas partes ou mesmo cognoscível de ofício).

Nessa perspectiva, o juiz deverá justificar, com argumentos jurídicos e racionais válidos, sua opção por determinada hipótese fática. Porém, como imperativo de legitimidade da decisão, não se pode descurar de fornecer razões que justifiquem, mediante linha de argumentação hígida e escoreita, a hipótese fática rejeitada. Por exemplo: indicar os motivos pelos quais, prevalentemente, considerou os depoimentos das testemunhas do autor mais aceitáveis do que os depoimentos das testemunhas do réu, ou porque interpretou a cláusula *x* do contrato de determinada maneira e não de outra igualmente admissível.

²⁰⁰⁶ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões judiciais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 574: “(...) porque decisão mal fundamentada, isto é, fundamentada de modo deficiente, é decisão sem fundamentação, já que a deficiência decorre, exatamente, da falta de apreciação analítica dos argumentos e das questões discutidos pelas partes, no processo, em contraditório. Além disso, ao se entender que a decisão está fundamentada, mesmo que a fundamentação se revele incorreta, parece-nos que assim se está aceitando como válida qualquer fundamentação, ainda que distanciada dos argumentos deduzidos e das questões individualizadas no processo pelas partes (...).”

A omissão pode ser parcial e render motivação insuficiente, encerrando erro material que desfigure a justificação dos pronunciamentos judiciais e insira-se igualmente nos conceitos de *error in iudicando facti* ou *error in iudicando iuris*. Com efeito, nada obstante haver uma motivação formal e material, a insuficiência argumentativa, resultante de uma apreciação míope e de uma análise inacabada dos perfis fático-jurídicos do caso concreto²⁰⁰⁷, não consente possibilidade de controle adequado, jurídico e racional, por força da deformidade da incompletude da própria fundamentação. Ademais, a motivação insuficiente impede discernir as razões que justificam a eleição pelo juiz de determinada hipótese de decisão e não de outra legitimamente possível e aceitável²⁰⁰⁸. Não há um critério geral preestabelecido que permita apreçar a suficiência ou insuficiência da justificação desenvolvida. Semelhante avaliação de suficiência das razões justificativas articuladas somente pode ser operada através do exame das especificações de cada caso concreto²⁰⁰⁹. Nada obstante, através de um critério negativo, duas pistas denunciam uma motivação insuficiente: (i) não individualização das premissas de fato e/ou de direito que condicionam o dispositivo; e (ii) ausência de aceitável justificação das premissas fático-jurídicas enunciadas. Nessa conjuntura, em prol da “*completezza*” do discurso documentado, o juiz deve justificar, com argumentos jurídicos e racionais válidos, todos os critérios de escolha ou de valoração concernentes à identificação da regra jurídica, sua interpretação, a qualificação do substrato fático, com a finalidade de acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da contenda.

Nesse teor de ideias, todos os elementos nevrálgicos para o julgamento da controvérsia devem ser adequadamente justificados. A motivação do juízo de fato, por exemplo, impõe que o acertamento dos fatos proeminentes para o julgamento da causa deva ser justificado pelo juiz com referência expressa e específica ao material probatório carreado para os autos do processo. Ao juiz cumpre igualmente fornecer, explicitamente, as razões pelas quais avaliou os elementos de prova de certa maneira. Na motivação do juízo de direito, inobstante o realce do princípio *iura novit curia*, a escolha, a interpretação e a aplicação da regra jurídica utilizada na decisão não de ser escoltadas por motivos idôneos que justifiquem os critérios de escolha ou de valoração do juiz.

²⁰⁰⁷ Novo Código de Processo Civil português (Lei n. 41, de 26.06.2013), art. 615: “Causas de nulidade da sentença. 1 - É nula a sentença quando: (...) d) O juiz deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento;”

²⁰⁰⁸ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 560.

²⁰⁰⁹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 399.

O juízo de valor formulado pelo órgão julgador, por exemplo, não é uma verdade absoluta em si mesma ou uma petição de princípio e, bem por isso, deve ser justificado, com a indicação dos fundamentos da decisão. A não ser assim, sem que o juiz explicita, em termos adequados, as razões de suas avaliações, a motivação do juízo de fato e de direito revelar-se-á incompleta. Como expressão magna do direito fundamental de defesa, a par de se constituir em um dos elementos do cerne do contraditório, o direito à prova e o direito à valoração pelo juiz da prova produzida nos autos do processo, ante a incompletude da motivação, restam adversados, notadamente quando se tem em mira obter do Estado-juiz um apreçamento das provas dos fatos históricos ensartadas nos autos do processo.

Há, porém, mais. Deflui da garantia do devido processo justo que, sob os prismas horizontal e vertical, a motivação, enquanto garantia fundamental de corte constitucional, tenha densidade compatível com a necessidade de justificação jurídica e racional da resposta do órgão julgador. O ponto nodal é o seguinte: cumpre ao juiz exprimir, no texto da motivação, os *standards* e as eleições valorativas, como também justificar, com argumentos jurídicos e racionais válidos, as valorações que conformaram sua decisão, de sorte a torná-la compreensível e, assim, possível o controle extraprocessual (função eminentemente política da obrigatoriedade de motivação pública) sobre a validade de tais escolhas e seleções, para além de uma concepção tecnicista e puramente dogmática dos fenômenos processuais. A bondade de uma decisão judiciária anda de mãos dadas com o esforço justificativo afeiçoado às boas razões²⁰¹⁰, em cumprimento ao dever de motivação, como imperativo de interesse público, de maneira especial em sua perspectiva externa ou extraprocessual. Significa dizer que o direito à tutela jurisdicional efetiva compreende a garantia constitucional e o dever legal de motivação das decisões judiciárias.

Definitivamente, ao juiz está interdita a possibilidade de omitir questões ou pontos fático-jurídicos cuja solução pudesse guiá-lo a uma conclusão final diversa. Não por acaso, a motivação, submetida à exigência de integridade, deve primar pela inteireza (*completezza*), a fim de que se possa verificar a ponderação do juiz relativamente aos componentes de fato e de direito relevantes, bem como ao *decisum*. A motivação tende menos a descrever a formação da decisão e muito mais a justificá-la mediante a exteriorização de argumentação juridicamente válida. A racionalidade, igualmente, também deve presidir o discurso justificativo judicial, mais do que a reconstrução do *iter* lógico-intelectivo do juiz, no fito de

²⁰¹⁰ IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 15.

torná-lo controlável interna e externamente. A motivação há de se concretizar na plena justificação do decisório. O atributo da plenitude em determinado pronunciamento jurisdicional, referenciado à dosagem de justificação, somente pode ser medido, é útil remarcar, levando-se em conta as especificações do caso concreto²⁰¹¹. No tocante à relação entre juízo e motivação, o raciocínio decisório não pode ser visualizado como o sentido do discurso que consubstancia a motivação. Na realidade, a motivação provê a justificação da decisão, enquanto resultado do procedimento decisório.

Sob boa luz, o Projeto de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, procura fechar a porta às omissões no discurso justificativo judicial, ao preceituar: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. O legislador pátrio, por assim dizer, injetou, terapeuticamente, toxina botulínica nas cavidades de expressão da motivação incompleta. O juiz deverá manifestar-se, com clareza, precisão e coerência, sobre todos os argumentos de fato e de direito idôneos para alterar o conteúdo da conclusão final formulada.

9.2.3 Motivação abstraída de dialeticidade: simulacro do contraditório como influência

No âmbito do princípio político da participação democrática, a bilateralidade da audiência das partes (*audiatur et altera pars*) assenta que se proporcionem às partes as mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa (“*parità delle armi*”). Há um contínuo fluxo de diálogo entre partes, partes e juiz, e juiz e partes. Donde avulta o caráter essencialmente dialético do processo judicial.

No teatro do processo équo e justo, irrompem o direito à informação (*Recht auf Benachrichtigung*) e à reação (*Recht auf Äusserung*), traduzidos no binômio “ciência e

²⁰¹¹ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 450: “Anzitutto, la completezza della motivazione non va commisurata a qualcosa di estraneo alla giustificazione della decisione, come ad es. alle “ragioni reali” del decidere o all’iter logico-psicologico di cui la decisione è la tappa finale, dal momento che, come si è sottolineato più volte, la funzione specifica della motivazione non è quella di riprodurre tali “ragioni” o di descrivere l’articolarsi del procedimento decisorio. Il parametro in base al quale deve essere valutata la completezza della motivazione è invece costituito dalle esigenze di giustificazione che sorgono a proposito della decisione, ed è quindi un parametro il cui significato varia sensibilmente nei singoli casi concreti, rendendo di conseguenza poco pertinenti eventuali criteri formulati in modo generale ed astratto.”

resistência”. Como elementos da garantia fundamental do contraditório insinuam-se: (i) o direito à prova e à contraprova, como uma das pujantes expressões do direito de ação e de defesa; (ii) flexibilização e congruência dos prazos; (iii) igualdade material das partes, condicionadora do dever de imparcialidade do juiz; (iv) contraditório prévio também sobre questões de direito e de fato cognoscíveis de ofício pelo juiz, com a finalidade de se impedir “sentença a surpresa”; (v) princípio da colaboração entre partes e juiz e vice-versa, a traduzir a nova concepção do processo: *Iudicium est actus trium personarum: iudicis, actoris et rei* - Búlgaro.

O contraditório como influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) abriga em seu núcleo essencial o direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, destarte, no conteúdo das decisões judiciais. A nova configuração teórica do contraditório idealiza-o também como duplo dever: para o juiz, de instauração e participação de amplo diálogo com as partes; para estas, de colaboração e de cooperação éticas na formação da decisão, tudo no desígnio de aperfeiçoar a qualidade técnica, a justeza e a efetividade da prestação jurisdicional. A estrutura dialética do processo, refletida na atividade das partes, deve permear o julgamento, de modo que a legitimidade da decisão judiciária é diretamente proporcional ao coeficiente de possibilidades de participação influenciadora das partes.

Nessa ordem de ideias, o juiz deve levar em consideração as alegações das partes, oportunamente acendidas, relevantes para o julgamento da causa. Não lhe é facultado deixá-las à mingua de razões justificativas que sirvam de base à conclusão final. As partes, em contraditório (tese e antítese), participam, em larga medida, da própria formulação da hipótese de decisão (síntese). Resulta daí, necessariamente, que o juiz deva levar em conta a atividade processual por elas desenvolvida. A democrática participação, consentida pelo instrumento operativo do contraditório, anabolizada pela obrigatoriedade de motivação pública, se coaduna com a garantia do correto exercício do poder, a par de representar inestimável fator legitimação da função jurisdicional²⁰¹².

Quando o juiz Crono faz abstração da dialeticidade e ignora o princípio político da participação democrática das partes, transforma, *sic et simpliciter*, o contraditório como influência em menos que uma paródia garantística. Não por acaso, se diz recorrentemente que a motivação não serve para justificar a própria decisão, sob pena de trasmudar-se numa garantia meramente formal e puramente ilusória; antes, ao contrário, ao juiz cumpre apreciar o

²⁰¹² O tema é objeto do Capítulo Décimo Segundo *infra*.

material produzido dialeticamente pelas partes, seja para acolhê-lo, seja para rejeitá-lo, ministrando, em qualquer caso, explicitamente, as razões justificativas de seus critérios de seleção ou de apreçamento, tanto da hipótese de solução vencedora quanto daqueloutra perdedora²⁰¹³. A densificação do diálogo desenvolvido pelas partes no procedimento há de implicar o conteúdo da sentença. Daí resulta o caráter dialógico da motivação²⁰¹⁴, através da real consideração, pelo órgão julgador, de todos os elementos fático-jurídicos carreados para os autos quer pelo labor das partes quer de ofício.

Na motivação o juiz deve demonstrar que levou em consideração, e em que medida interferiu em sua convicção, o material forjado no alto forno do contraditório entre as partes - alegações, somadas às provas produzidas nos autos do processo. A análise da motivação da decisão, sob a ótica de sua justificação política, é o único meio para que se possa verificar se, em que medida, ocorreu semelhante influência na conformação da convicção do órgão julgador. A não ser assim, sentido prático algum haveria em assegurar às partes o direito de ação e de defesa se ao juiz fosse aberta a possibilidade de ignorar solenemente o material fático-jurídico emergente da atividade processual das partes²⁰¹⁵.

²⁰¹³ BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). p. 367: “O silogismo continua então a ser o suporte geral do raciocínio, mas a escolha das premissas supõe todas as vezes uma controvérsia. Nenhuma premissa pode ser aceita sem aceitar no mesmo momento a premissa contrária, de modo que nenhuma conclusão pode ser admitida sem ter considerado a conclusão contrária e sem ter operado uma escolha entre as duas conclusões possíveis.”

²⁰¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 188.

²⁰¹⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**, Milano, anno 60, n. 2, p. 449-463, 2005, esp. p. 457: “*Infatti, se il principio del contraddittorio fosse ristretto al diritto di espressione e non rappresentasse anche il diritto d'influenzare le decisioni, non ci sarebbe un dovere di attenzione del giudice che fosse vincolato al contraddittorio. Il giudice rispetterebbe il contraddittorio semplicemente permettendo la manifestazione e motivando la decisione, senza violarlo nel caso in cui omettesse qualsiasi riferimento alle discussioni ed alle tesi svolte e le rifiutasse reputandole infondate. La motivazione delle decisioni vista solo dal punto di vista della razionalità logica – e non sotto il prisma della sua giustificazione politica – obbliga soltanto ad esprimere gli argomenti e le basi legali da cui deriva logicamente il decisum. Cioè: quello che non giustifica giuridicamente o logicamente la decisione non dovrebbe essere espresso dal magistrato, e nei casi in cui il giudice decidesse contrariamente ad una parte potrebbe ignorare solennemente i suoi argomenti. Tuttavia i motivi del decidere, quando si riferiscono alle manifestazioni dei soggetti del processo e anche a quelle che non sono alla base della decisione, esprimono il rispetto del diritto d'influenza, poiché, sia per accoglierle che per rifiutarle, gli organi statali avranno dimostrato che comunque la decisione è stata condizionata dal discorso.*”

9.2.4 Incorreção: incongruência com os pontos relevantes de fato e de direito ensartados nos autos do processo

No domínio da teoria da decisão judicial, iluminada pelo direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, fundada no Direito, e sob o influxo do princípio da correlação entre o pedido e a sentença²⁰¹⁶, sua formulação, em regra, deve ser congruente com a demanda judicial concretamente submetida à cognição do órgão julgador²⁰¹⁷ (*thema decidedum*): não pode ir além (*ultra petita*), nem ficar fora (*extra petita*), tampouco aquém (*citra petita*) do pedido²⁰¹⁸. Precisa, igualmente, com laço de referibilidade, ser congruente no que concerne aos sujeitos alcançados pelo *decisum*. Ademais, é indispensável que seja cônica em si mesma. Não por acaso se fala, em doutrina, notadamente no campo da motivação, em congruência externa (objetiva e subjetiva) e interna²⁰¹⁹.

²⁰¹⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 18.08.1981, art. 63: “*La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: (...) 6) La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.*”

²⁰¹⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973: (i) art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” (ii) art. 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” Novo Código de Processo Civil brasileiro: (i) art. 141: “O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” (ii) art. 502: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.”

²⁰¹⁸ ZOCO ZABALA, Cristina, op. cit., p. 105-106: “*Pero, desde el punto de vista constitucional, el artículo 24.1 CE se entiende vulnerado no sólo cuando el órgano judicial motiva insuficientemente el fallo, sino también cuando omite responder a alguna de las pretensiones que se le hayan planteado. La exigencia fundamental de tutela judicial efectiva se conecta con el principio de congruencia y exige que el órgano judicial responda a todas las pretensiones que se le hayan planteado, por lo que el silencio sobre alguna de ellas constituye una falta de fundamentación vulneradora de la exigencia fundamental de tutela judicial efectiva, (...) La ausencia de respuesta a lo que constituye la principal causa de pedir entraña incongruencia por omisión y tiene relieve constitucional en tanto produce indefensión en la situación concreta a la que se circunscribe cuando no se obtiene una resolución en Derecho relativa a las pretensiones formuladas.*”

²⁰¹⁹ DIDIER JR., Fredie, BRAGA; Paula Sarno, OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. 2. p. 341: “*A congruência externa da decisão diz respeito à necessidade de que ela seja correlacionada, em regra, com os sujeitos envolvidos no processo (congruência subjetiva) e com os elementos objetivos da demanda que lhe deu ensejo e da resposta do demandado (congruência objetiva). A congruência interna diz respeito aos requisitos para a sua inteligência como ato processual. Nesse sentido, a decisão precisa revestir-se dos atributos da clareza, certeza e liquidez.*”

O aspecto que, nesse passo, suscita maior interesse descansa na chamada congruência externa objetiva. Com efeito, a decisão judiciária deve conexionar-se com os elementos objetivos informadores da demanda judicial, instrumentalizada na petição inicial, e aqueles aduzidos na resposta do réu ou em sua reconvenção, bem como, ainda, na peça vestibular de intervenção de terceiro.

O acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva, o contraditório entre as partes, em condições de igualdade, o direito de defesa, perante juiz independente e imparcial, o devido processo legal reclamam que o órgão julgador mantenha amplo e contínuo fluxo de diálogo com aqueles sujeitos parciais: todo o *iter* procedimental há de reverenciar a dialeticidade. A rigor, na motivação, cumpre ao juiz demonstrar, *quantum satis*, que efetivamente levou em consideração as alegações fáctico-jurídicas, as provas e contraprovas representadas nos autos do processo. Disso resulta que o órgão judicante exhibe o dever de pronunciar decisões congruamente motivadas²⁰²⁰, a partir dos parâmetros introduzidos pela atividade processual das partes.

É justamente a esse ângulo que o problema assume singular importância prática. As razões lógico-jurídicas justificativas do juízo não de guardar pertinência temática com todas as questões ou pontos de fato e/ou de direito (sejam prejudiciais, sejam preliminares) debatidos pelas partes, em contraditório, nos autos do processo.²⁰²¹ Os componentes eleitos como base do decisório, ensartados no texto da motivação, atentando-se no requisito de correção, não de guardar, na cognição judicial, correspondência com os dados derivantes da atividade probatória e as alegações das partes realmente existentes nos autos do processo. O juiz não pode empregar como baldrame de sua decisão informações inexistentes nos autos do processo²⁰²² ou que, se existentes, jamais poderiam ter sido considerados (v. g., uma prova

²⁰²⁰ No tocante à indispensabilidade de a motivação ser coerente com a causa, vide MIMIN, Pierre, op. cit., p. 362 ss.

²⁰²¹ Ley de Enjuiciamiento Civil espanhol (Ley nº 1/2000, de 7 de enero), Artículo 218, 1, 2 e 3: “*Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. (...) 2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón. 3. Cuando los puntos objeto del litigio hayan sido varios, el tribunal hará con la debida separación el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos.*”

²⁰²² CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1965. p. 896: “*L’ingiustizia nella questione di fatto può derivare: (...) b) o dalla presenza di elementi di decisione oggettivamente falsi;*”

ilicitamente adquirida). Tampouco deixar de valorar o resultado de uma prova existente nos autos, ou, inversamente, acolher em seu raciocínio uma prova fantasmática. Seria supérfluo enfatizar que, a ser diferente, o juiz exerceria o poder jurisdicional sem limitação alguma. Ademais, colocar-se-ia em xeque se o juiz efetivamente adotou a melhor solução para o conflito. A livre convicção judicial, em sua evolução histórica, tem seu contraponto de equilíbrio no dever de motivação.

Nessa moldura, a chamada motivação fictícia representa uma simples capa de fundamentação, *i. e.*, há uma omissão substancial de motivos escondida por uma motivação puramente formal. Por exemplo: (i) a justificação dos fatos que se avaliem provados mediante fórmula meramente assertiva dos mesmos, sem análise específica nem expressão de valoração probatória que consinta controlar as razões que justifiquem aquela afirmação; (ii) quando aquela fórmula se justifique com base em critério estereotipado e oco de conteúdo concreto, como os ossos de um pássaro; (iii) o *thema decidendum* reclama exclusiva resposta de questão de direito e a motivação se refere apenas a uma desimportante questão de fato. O cotidiano forense fornece uma miríade de hipóteses de motivação fictícia, iludindo a garantia fundamental de motivação e anabolizando o arbítrio judicial. Essa verdadeira epidemia de um lado impede a formulação de um *standard* geral de controle e, de outro, recomenda, à luz de cada caso particular, o exame específico do *error in iudicando* em tela²⁰²³.

Dito de outra maneira, a preferência do juiz por determinada versão dos fatos, a implicar escolha de certa hipótese de julgamento (vitoriosa), deve ser adequada e congruamente justificada, através de razões discursivas articuladas no documento da motivação, tanto quanto os fundamentos de sua contraversão ou hipótese inversa de decisão (sobrepujada)²⁰²⁴. Numa locução: o discurso judicial deve produzir razões justificativas do *decisum* cômguas com a espécie concreta posta em juízo ou - o que é o mesmo - o raciocínio judicial cumpre estar embasado em premissas que tenham eco na realidade dos autos, com dados efetivamente existentes e escorreitos.

²⁰²³ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 555.

²⁰²⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 355-356: “Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese *derrotada*, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por contrariar a garantia do contraditório, vista sob perspectiva substancial, e por não observar a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração.” (Grifos no original).

Entretanto, na prática judiciária, deparam-se incorreções na motivação consistentes na incongruência com os pontos relevantes de fato²⁰²⁵ e/ou de direito contidos nos autos do processo, quando, ao contrário, a decisão deve guardar intrínseca relação com os elementos fático-jurídicos da demanda judicial e com os fundamentos de defesa aduzidos pelo réu. Nessa perspectiva, a exigência de congruidade da motivação²⁰²⁶ encarna uma forte limitação ao exercício da função jurisdicional, porquanto se impõe ao órgão julgador levar em conta os pedidos, as alegações, os fatos, as provas e contraprovas, enfim, a integralidade do material forjado na usina do contraditório. Não por acaso, decisão dotada de motivação ideologicamente corrompida, vale dizer, fundamentação totalmente dissociada dos perfis fático-jurídicos da demanda judicial e, portanto, sem relação com o decisório é considerada juridicamente inexistente. A não ser assim, por exemplo, a par da depressão do acesso à tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva e da violação ao devido processo legal, o contraditório como direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, assim, no conteúdo da decisão seria reduzido à inutilidade de um míope pretender fitar o sol durante a noite.

Reafirme-se que o imperativo de congruidade objetiva também resta vulnerado nas hipóteses de julgamento *ultra petita* (por exemplo: concede ao demandante mais do que ele pediu; examina fatos principais/jurídicos não alegados pelas partes); *extra petita* (por exemplo: o autor formula pedido de natureza condenatória e o juiz profere sentença meramente declaratória; leva em conta fatos não alegados pelas partes, ao invés daqueles oportunamente deduzidos; concede ao autor um bem da vida diverso daquele que, como objeto mediato, foi almejado na petição inicial); *citra petita* (por exemplo: em sede de cumulação própria sucessiva de pedidos, a decisão deixa de examinar o pedido subsequente, na hipótese de acolhimento do precedente; a decisão se omite totalmente da apreciação de fundamento fático-jurídico alegado pela parte). Todas essas hipóteses, configuradoras de

²⁰²⁵ CANZIO, Giovanni, op. cit., p. 157: “*A definire la quale s’invoca, appunto, la categoria della mancanza di motivazione, che si ha non solo se difettano assolutamente i motivi sotto l’aspetto materiale e grafico, ma anche quando “l’esposizione dei motivi non sia idonea a rivelare la ratio decidendi anche sotto l’aspetto del fatto: si tratta dei casi di motivazione apparente, di contrasto irriducibile fra affermazioni inconciliabili, di motivazione perplessa e obiettivamente incomprensibile”, di un vizio logico della motivazione che, distinto dalla mera insufficienza o dall’omesso esame di un fatto decisivo, si assume inficiarla “sino al punto di renderne apparente il supporto argomentativo”.*”

²⁰²⁶ BOSCHI, Marco. Controllo di legittimità sui vizi di motivazioni. **Il Foro Italiano**, 113(111), p. 473-480, 1988, esp. p. 474: “*La sentenza è da ritenersi mancante di motivazione non solo nel caso in cui sia assolutamente impossibile individuare le ragioni della decisione, ma anche quando sia mancata una congrua disanima delle emergenze processuali tale da fornire idonea giustificazione della soluzione adottata.*”

errores in procedendo ou *in iudicando*, repercutem, intrinsecamente, no conteúdo da motivação, deformando-a e viciando-a.

Dois outros exemplos de violação da congruência externa objetiva são oportunos: (i) o juiz considera, em seu discurso justificativo, como inexistente um fato existente e provado nos autos do processo, ou, inversamente, como existente um fato inexistente; (ii) quando o juiz não examina alegação, prova ou contraprova capaz, por si só, de implicar o julgamento do pedido²⁰²⁷. De outra banda, os chamados pedidos implícitos²⁰²⁸, quando acolhidos pelo juiz no decisório, não caracterizam malferimento à congruidade. Assim também, em relação a um leque de possibilidades, tais como: apreciação de fatos secundários/simples, mesmo que não alegados pelas partes e não supervenientes; consideração *ex officio* de superveniente fato constitutivo, modificativo ou extintivo da pretensão a condicionar o julgamento da lide no momento de proferir a sentença²⁰²⁹. Em casos tais não se cogita de pronunciamento jurisdicional *ultra petita*.

²⁰²⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 352: “Nesse caso, há decisão, com um defeito, que compromete a sua validade, em razão da ofensa ao aspecto substancial da garantia do contraditório (foi possível alegar a questão, mas, em razão da omissão judicial, a alegação mostrou-se inútil), ao direito fundamental de acesso aos tribunais (o órgão judicial deixou de examinar uma questão que foi suscitada, conduta que caracteriza denegação de justiça) e à exigência de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88).”

²⁰²⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, (i) art. 20: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.” (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976); (ii) art. 290: “Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.”; (iii) art. 293: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, (i) art. 82, §2º: “A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.”; (ii) art. 85: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.”; (iii) art. 326: “Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, estas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação.”; (iv) art. 329: “Os pedidos são interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal, os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência.”

²⁰²⁹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, (i) 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. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973; (ii) 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”. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, (i) art. 378: “O juiz apreciará livremente a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”; (ii) art. 504: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento do mérito, caberá ao órgão jurisdicional tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a decisão.”

Por outro lado, em tema de incorreção lógica material da motivação, a contradição pode se manifestar na constelação de argumentos (no interior de cada enunciado ou entre enunciados fático-jurídicos) que justifiquem o céu da conclusão final (*error in iudicando*). Por exemplo: fratura-se a conexão de inferência indispensável entre as premissas que formam o universo dos motivos e a conclusão obtida que se expressa no dispositivo da decisão, de modo que do corpo de motivos se infere a ilação lógica *x*, mas, ao revés, no dispositivo se afirma *y*²⁰³⁰. É dizer: a simples leitura do documento da motivação, no tocante ao mérito da causa, revela a aberta contradição entre a fundamentação ampla, correta e razoável em abono da tese do autor da demanda judicial e o dispositivo de improcedência do pedido deduzido na petição inicial. O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, em seus multifários conteúdos, abraça o de uma decisão fundada no Direito e, releve-se o truísmo, não se pode considerar como tal um pronunciamento jurisdicional cuja motivação caminha em uma direção oposta àquela do dispositivo. Nesta hipótese, ante a cizânia entre fundamentação e dispositivo, o órgão *ad quem* deverá anular a decisão impugnada e, como não sabe se a incorreção repousa na fundamentação ou na conclusão final, devolver os autos ao órgão *a quo*, a fim de que profira outra decisão.

Merece menção à parte o problema da ausência de motivação ideológica da decisão judiciária. Graficamente há um documento com razões justificativas. Todavia, no texto da motivação, os enunciados de fato e de direito articulados como fundamentos da conclusão final tratam rigorosamente de outro caso que não a espécie concreta representada nos autos do processo. Por exemplo: num procedimento possessório, todos os fundamentos de fato e de direito ministrados pelo juiz gravitam na órbita do domínio e dizem naturalmente respeito a uma demanda reivindicatória. Os elementos objetivos individualizadores da demanda judicial ostentam bigode, rabo, miam e gostam de peixe, mas, em desvio de perspectiva e curto-circuito cognitivo, foram apreciados pelo juiz como crocodilos. É o agrupamento de todos os desencontros. A falta de motivação ideológica, equiparada à ausência gráfica daquela, ocasiona a inexistência jurídica da decisão.

A categoria conceptual do *error in iudicando*, na dimensão da deficiente justificação da decisão judiciária, subdivide-se em dois grupos, com consequências diferenciadas: *error in iudicando facti* ou *error in iudicando iuris*. O primeiro incide sobre (i) a veracidade dos enunciados linguísticos fáticos, no tocante à afirmação ou à negação da existência histórica dos fatos que integram o *thema decidendum*; e (ii) as inferências probatórias, as quais foram

²⁰³⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 561.

incorretamente edificadas, a partir do que foi observado e percebido pelo juiz da seleção do material probatório, divorciadas da existência (ou não na realidade) dos enunciados factuais provados e afirmados como verdadeiros. Dois exemplos são suficientes: (i) a motivação do juízo de fato contenha erro intrínseco consistente na incorreta valoração probatória feita pelo juiz, como fundamentação que se apoie na admissão de prova ilegitimamente adquirida ou quando não se admita prova que haveria de ser admitida, frustrando uma adequada análise valorativa do material fático-probatório²⁰³¹; e (ii) corrompida qualificação jurídica dos fatos. O erro de juízo atinente ao conjunto fático-probatório não pressupõe a invalidade da decisão, mas sua ineficácia, a qual deverá ser perseguida através dos meios impugnativos pertinentes.

O segundo (*error in iudicando iuris*), ao contrário, autoriza, em linha de princípio, a declaração de invalidade *ex tunc* do pronunciamento jurisdicional corrompido pelo vício insanável²⁰³². Esta deformação da motivação no juízo de direito pode tanto afetar a operação de seleção (v. g., incorreta sistematização do Direito) e interpretação da norma jurídica (v. g., que se funde em critérios interpretativos inaceitáveis, arbitrários e até vedados, como o uso da analogia *iuris* no campo criminal em detrimento do acusado), como comprometer a correção de sua aplicação no caso particular (v. g., aplicação de regra jurídica já derogada ou quando o juiz deixe de aplicar a norma correta por não a conhecer). A distinção entre um grupo e outro também é relevante sob a ótica do acesso ao sistema recursal brasileiro: existem recursos (v. g., agravo, apelação, recurso ordinário constitucional) nos quais podem ser agitadas tanto questões de fato quanto de direito, ao passo que há recursos de fundamentação vinculada (v. g., recurso extraordinário, recurso especial), cujo âmbito adstringe-se à matéria de direito debatida expressamente nos autos do processo.

²⁰³¹ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier, op. cit., p. 403: “Finalmente, dentro de los errores producidos por incorrección en la observación y percepción de los hechos, tenemos los errores de valoración fruto del sesgo en las valoraciones introducido por la consciencia de cada juez. El error que puede darse cuando se procede a valorar el material probatorio es de naturaleza distinta a los errores que surgen de la observación o percepción. En materia de valoración probatoria el error radica en la incorrección de las inferencias construidas, error inferencial respecto al material probatorio bien haya sido éste analíticamente analizado o bien valorado en conjunto.”

²⁰³² Contudo, em sede de “nulidade sanável”, vide a dicção do art. 515, § 4., do Código de Processo Civil brasileiro: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. (...) § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.” (Incluído pela Lei nº 11.276, de 2006).

9.2.5 Antinomias internas ou lógicas. Presunções e anatomia de falsas questões prejudiciais

A parte dispositiva da decisão judiciária pode ficar exposta a qualquer perigo de uma antinomia²⁰³³ com os argumentos integrantes da própria justificação com independência em relação àquela conclusão final. Nesse aspecto, o discurso justificativo judicial alberga uma fratura do requisito da racionalidade interna, consistente na incompatibilidade lógica entre suas variegadas asserções. Disso promana um conflito dialético entre premissas e conclusões parciais e final, que desafia a razão. Por conseguinte, a impropriedade lógica material da sentença designa *error in iudicando* e pode revelar-se em contradições lógicas internas apresentadas no mesmo contexto de justificação (ante uma construção estruturalmente ambígua devido à estrutura interna dos constituintes implicados, produzindo uma perturbação comunicativa²⁰³⁴), dizendo-se sim e não ao mesmo tempo, em concomitante asserção-negação de uma proposição²⁰³⁵. De sorte que dos enunciados antinômicos descende qualquer conclusão. Qualquer decisão estaria justificada à vista de asserções inconciliáveis e, assim, de premissas colidentes ou - o que é o mesmo - pronunciamento jurisdicional algum poder-se-ia considerar justificado se as premissas em que se embasa fossem incoerentes entre si²⁰³⁶. A incompatibilidade lógica radical entre os enunciados fático-jurídicos do corpo da motivação, por embaraçá-la completamente, impede sindicar qual a *ratio decidendi* que implica a justificação. Dá-se a fratura do referencial lógico do raciocínio jurídico, e, então, fica-se sem

²⁰³³ KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 254: “Acontece então que estas duas espécies de máxima não podem bem subsistir conjuntamente e por conseguinte parecem provocar uma dialética que engana a faculdade do juízo no princípio da sua reflexão. (...) Nesta última qualidade, enquanto princípios objetivos para a faculdade de juízo determinante, eles entrariam em contradição entre si e por conseguinte uma das duas máximas seria necessariamente falsa, mas então tal seria na verdade uma antinomia, não da faculdade do juízo, mas sim um conflito na legislação da razão.”

²⁰³⁴ MARTINEZ LINARES, M^a Antonia. Sobre la coordinación y la ambigüedad estructural en las sentencias. **Estudios de Lingüística**, Alicante, n. 20, p. 259-286, 2006, esp. p. 273.

²⁰³⁵ PERELMAN, Chaïm. **Tratado da argumentação**: a nova retórica (Traité de l’argumentation). Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Revisão da tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 221-222: “A asserção, dentro de um mesmo sistema, de uma proposição e de sua negação, ao tornar manifesta uma contradição que ele contém torna o sistema incoerente e, com isso, inutilizável. Trazer a lume a incoerência de um conjunto de proposições é expô-lo a uma condenação inapelável, é obrigar quem não quer ser qualificado de absurdo a renunciar pelo menos a certos elementos do sistema. (...) Normalmente, quando alguém sustenta simultaneamente uma proposição e sua negação, pensamos que não deseja dizer algo absurdo e nos perguntamos como se deve interpretar o que diz para evitar a incoerência.”

²⁰³⁶ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 563 ss.

saber, no altar da ambiguidade, as razões justificativas dos critérios de escolha ou de valoração do juiz, o que também equivale a uma hipótese de ausência total de motivação, acarretando, como questão de ordem pública, a inexistência jurídica da decisão judiciária.

A decisão contaminada por paradoxo de fundamentos, interna ou externamente, atravessa o trânsito em julgado, não havendo como prevalecer o dispositivo, como, em regra, a única parte que, em condições normais de temperatura e pressão, revestir-se-ia da autoridade da coisa julgada material, não fora a problemática da inexistência jurídica do julgado. Problema simpático é quando, nas hipóteses legais, a coisa julgada abranja também as chamadas questões prejudiciais, e em cuja solução repouse justamente a antinomia. Ainda assim, nesse exemplo prático, a inexistência jurídica da totalidade da decisão naturalmente afasta a primazia, em termos de observância, da conclusão final.

Há, pelo menos, dois tipos de contradição que podem afetar a validade lógica da justificação da decisão jurisdicional: internamente, entre o relatório e a fundamentação, entre os enunciados fático-jurídicos em si que integram o corpo da motivação, entre as premissas assentadas e a parte dispositiva, provocando, pois, o esfacelamento lógico da sentença. Assim, a sentença é contraditória²⁰³⁷ tanto por fazer, em sua fundamentação, assertivas radicalmente conflitantes, como por a *ratio decidendi* explicitada ser inidônea para guiar logicamente ao dispositivo. Nessa latitude, uma vez impugnada a sentença, é de rigor a declaração de inexistência jurídica da decisão pelo órgão *ad quem* e, ante a impossibilidade de convalidação, não poderá corrigir a deformação, sob pena de incorrer em supressão de instância, mas deverá devolver os autos ao órgão *a quo*, para que corretamente outra sentença venha a ser pronunciada. São requisitos de toda e qualquer decisão judicial a precisão, a clareza, a coerência e a certeza de ideias. Outra espécie de contradição capaz de corromper o julgado: externamente, quando o órgão julgador aplica determinada regra jurídica, abonando uma solução inconciliável com a norma aplicada. Tal fenômeno ocorre quando, em casos análogos, o juiz formula soluções dissidentes. Todavia, ante vício de menor espectro (mas igualmente grave) configura-se aqui hipótese de nulidade do decisório, suscetível de declaração pelas vias impugnativas próprias.

²⁰³⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1959, v. 2. p. 256: “*Cuando una cuestión está resuelta, la motivación acerca de ella es insuficiente si la demostración de la solución está lógicamente viciada; Puesto que la demostración tiene la forma del silogismo, y el vicio de éste consiste en la incoherencia, la motivación insuficiente se resuelve en la motivación incoherente; por eso la fórmula de la motivación “insuficiente o contradictoria”, adoptada por la ley, más que redundante, es errônea, toda vez que deja suponer que pueda haber insuficiencia sin incoherencia de la motivación, o vice versa, y peor, que a la suficiencia le sea necesaria la fundamentación de las razones, saltando así del vicio lógico al vicio jurídico, es decir, del motivo de orden al motivo de fondo del recurso.*”

Um dos critérios que há de presidir o processo justo é o acertamento esperável dos fatos relevantes da causa, como fator imprescindível à busca da verdade. Todavia, o resultado da atividade instrutória nem sempre fornece ao juiz a exata reconstrução dos fatos históricos que conformam a lide. Nalguns casos, a instrução probatória não se revela necessária àquele acertamento dos fatos, dê-se que, por razões de ordem pública ou inspiradas em experiência comum, o legislador considera determinados fatos como verdadeiros, independentemente de prova²⁰³⁸. O efeito jurídico-prático das presunções é o de dispensar a prova de certos fatos (por exemplo: ao possuidor se presume a boa-fé)²⁰³⁹, sem critério de correção idôneo no tocante à efetiva ocorrência do fato desconhecido²⁰⁴⁰. Tem-se, pois, o assentamento de presunções *iuris et de iuris*, dotadas de valor absoluto²⁰⁴¹, e *iuris tantum*, de valor relativo²⁰⁴². Há também as cognominadas presunções *pro hominis*, a partir das quais de um fato conhecido se pode extrair o fato desconhecido²⁰⁴³. Tais presunções funcionam como antecedentes

²⁰³⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 334: “Não dependem de prova os fatos: IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.” Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 381: “Não dependem de prova os fatos: IV – em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.”

²⁰³⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione, op. cit., p. 781.

²⁰⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541, esp. p. 539: “O mesmo se dá com as presunções legais. Toda presunção legal obedece ao seguinte esquema lógico-jurídico: há uma norma (aqui denominada norma presuntiva NP), a qual determina que, uma vez estabelecida a ocorrência do fato F1, *deve ser* considerado como ocorrido o fato F2. Ora, sempre que, como costuma ocorrer - e é próprio do instituto da presunção legal que ocorra -, não há um critério de correção que autorize a afirmação de ocorrência de F2, afirmá-lo existente *com base* apenas em uma norma presuntiva é uma violação à norma que comanda a fundamentação das decisões judiciais. Por aqui se vê que, mesmo considerando a norma veiculada pelo art. 93, IX, da CF, em sua versão mais limitada, e também mais precisa, consistente no comando de *não proferir decisões incorretas*, as normas que estabelecem presunções legais são tendencialmente antinômicas a ela.” (Grifos no original).

²⁰⁴¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 659, § 4º: “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, cabendo ao exequente, sem prejuízo da imediata intimação do executado (art. 652, § 4º), providenciar, para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, a respectiva averbação no ofício imobiliário, mediante a apresentação de certidão de inteiro teor do ato, independentemente de mandado judicial.” (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006). Novo Código de Processo Civil brasileiro, art. 860: “Para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante a apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.”

²⁰⁴² É digno de nota que, na seara do processo penal, como garantia fundamental, milita em favor do acusado a presunção de inocência, nos termos da Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

²⁰⁴³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 335: “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.” Novo Código de

lógicos da decisão: é a possibilidade de reconstrução dos fatos através de deduções lógicas, inferindo-se os fatos desconhecidos de fatos conhecidos²⁰⁴⁴.

Um dos problemas que gravitam na órbita de decisão fundamentada em presunção²⁰⁴⁵, ante a dispensa da necessidade de prova, decorre do imperativo segundo o qual o juiz deve necessariamente julgar segundo as alegações das partes e com base na prova representada nos autos do processo, e não de acordo com a sua própria consciência. Sob a ótica dos elementos fáticos, o âmbito cognoscitivo que há de presidir à formação da convicção do juiz é tudo o quanto foi alegado e, ulteriormente, restou provado pelas partes ou por iniciativa de ofício do órgão julgador (*Iudex secundum allegata et probata partium, non autem secundum propriam conscientiam, iudicare debet*).

A crise na motivação e a presunção injurídica²⁰⁴⁶ podem resultar de um encurtamento do itinerário mental do juiz, por ingresso em estrada vicinal, como solução que de imediato venha a delinear-se em sua consciência, dispensando-o de examinar o conjunto probatório em sua totalidade. O juiz pode supor a existência de um fato hipotético ou provavelmente verdadeiro de um fato que, ao contrário da ficção, deve existir tal qual o juiz afirmar. Comumente, no entanto, o cotidiano forense é povoado por recorrente utilização pelo órgão julgador de presunções *hominis*, não autorizadas expressamente em lei, seja como leitura dos fatos presumidos, seja sob a camuflagem artificial de inidôneas questões prejudiciais²⁰⁴⁷.

Processo Civil brasileiro, art. 382: “O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

²⁰⁴⁴ COUTURE, Eduardo J., op. cit., p. 266: “*La presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros.*”

²⁰⁴⁵ Sobre a definição de presunção, vide MATTIROLO, Luigi. **Trattato di diritto giudiziario civile**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902, v. 3. p. 357-358: “*le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire ad un fatto ignoto. (...) La differenza essenziale, che esiste fra le prove e le presunzioni, sta nel diverso rapporto, che le une e le altre hanno col fatto ignoto che si vuole provare: tale rapporto è diretto e immediato nelle prove propriamente dette, è invece solo indiretto e conghietturale nelle presunzioni. (...) Quindi la presunzione può meglio definirsi “la supposizione della verità di un fatto ignoto, che la legge o il giudice deduce per conseguenza indiretta da un altro fatto noto.”*”

²⁰⁴⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 18.08.1981, art. 163: “*La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener: 5) Los fundamentos y la aplicación de la Ley. Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeren convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica.*”

²⁰⁴⁷ FERNANDES, José Henrique Lara. **A fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 73-74: “Não obstante, é frequente o uso das presunções *hominis* nos julgamentos, ora como manifestação explícita da visão particular do julgador acerca dos fatos presumidos, ora sob o disfarce de falsas questões prejudiciais, que encurtam a operação mental do prolator da decisão, sem que os fatos da causa guardem uma seqüência lógica entre si. Nesta última hipótese, de forma híbrida, o magistrado elimina

Com efeito, o juiz adota uma presunção comum como (falsa) questão prejudicial aos demais fatos concorrentes que plasmam a lide, a implicar cerceamento evidente de defesa. Por assim ser, por enredar-se em atalho mental, resta comprometido o conteúdo da motivação, ante a incompletude da resposta do Estado-juiz.

Uma lídima questão prejudicial exhibe os seguintes elementos atinentes à prejudicialidade: (i) anterioridade lógica e jurídica; (ii) necessidade/essencialidade/interdependência; (iii) autonomia: a verdadeira questão prejudicial pode ser objeto de processo autônomo. Na estrutura do raciocínio, o prejuízo representa juízo logicamente subordinante (prejulgamentos). O julgamento final está lógica e juridicamente determinado pela solução adotada para a questão prejudicial. Motivar uma decisão é explicitar-lhe as razões. Também aqui ao juiz cumpre exteriorizar as razões, completas e específicas, pelas quais justifica a existência de prejudicialidade, a fim de que, por exemplo, se possa sindicá-la eventual *error in iudicando* e viabilizar o controle de correção jurídica e racional acerca dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz.

As presunções do órgão judicante repercutem negativamente no conteúdo substancial da motivação, viciando-a²⁰⁴⁸, uma vez que em seu iter lógico-psicológico o juiz, por força do atalho mental, se afasta da cognição de fatos relevantes para o julgamento da causa. Semelhante procedimento, a par de abstrair da natureza da motivação como argumentação justificativa e de exteriorização de razões, sob cuja luz a decisão possa ser considerada como racional e juridicamente válida²⁰⁴⁹, viola o devido processo justo e adversa o princípio político da participação democrática das partes no procedimento, máxime ao ângulo do contraditório

a partir de determinado fato conhecido, outros fatos desconhecidos considerados incompatíveis com o primeiro, quando na realidade os fatos são concorrentes e não sucessivos. Para haver prejudicialidade, é necessário que o fato antecedente, devidamente provado, represente a negação do fato conseqüente, cuja prova tornar-se-á, por conseguinte, *despicienda*.” (Grifos no original).

²⁰⁴⁸ FERNANDES, José Henrique Lara, op. cit., p. 92, nota de rodapé n. 16: “Tanto as presunções *hominis* como as ficções são criações ou artifícios utilizados pelo julgador, que não cumpre corretamente o dever constitucional de fundamentar suas decisões, objurgando assim o direito ao justo processo, com todas as garantias constitucionais inerentes à clausula do devido processo de lei. Porém, tais vícios não configuram ausência, e sim erro de fundamentação, sujeito ao controle endoprocessual.”

²⁰⁴⁹ TARUFFO, Michele. Ricostituzione parziale della sentenza e vizio di motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno 32, serie I, p. 134-143, 1977, esp. p. 139: “L'apparente consequenzialità di siffatto argomento entra però in crisi se si osserva che la richiamata *communis opinio* circa la natura della motivazione è tanto diffusa quanto poco attendibile. In realtà la funzione della motivazione non è di descrivere l'iter logico o psicologico mediante il quale il giudice è pervenuto alla decisione, e in concreto la motivazione non esprime le c. d. “ragioni reali” di questa. La motivazione non può dunque essere intesa come descrizione del procedimento formativo della decisione, bensì soltanto come argomentazione giustificativa, ossia diretta ad esprimere ragioni in base alle quali la decisione può essere considerata come razionalmente e giuridicamente valida.” Confirma-se, ao propósito da natureza e da específica função da motivação, do mesmo autor, **La motivazione della sentenza civile**. p. 118 ss.

como direito à prova, à valoração da prova e de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, *ipso facto*, na decisão.

9.3 Malabarismo de ficção jurídica e o problema da motivação implícita: falsa realidade fático-jurídica verificada nos autos do processo e superação de omissões do discurso judicial

A experiência do processo pode ser distorcida através do emprego de ficção consistente em afeiçoar a motivação a uma conclusão final aprioristicamente formulada pelo órgão julgador²⁰⁵⁰. Dá-se, por assim dizer, uma inversão na ordem moral do silogismo judicial: primeiro, o juiz define a conclusão (a parte dispositiva da sentença) e, ao depois, afastando-se da *realitas* de sentido comum, garimpa uma fundamentação que possa suportá-la, mas sem base no ordenamento jurídico²⁰⁵¹ ou na realidade fática hospedada nos autos do processo²⁰⁵². O juiz Crono, em seu pródigo repertório, cria fatos inexistentes e arreda-se da real dimensão jurídica contida nos autos do processo. No âmbito da ficção jurídica, o juiz supõe a existência de um fato que, em verdade, não existe com o figurino afirmado. O fato, na

²⁰⁵⁰ FERNANDES, José Henrique Lara, op. cit., p. 77: “Mas, por vezes, ao decidir um litígio, o julgador parte de um juízo predeterminado que se lhe impõe por qualquer motivo, incompatível com a norma conjugada aos fatos demonstrados no processo. O recurso último utilizado é usualmente o da ficção, ajustando-se a motivação ao dispositivo previamente elaborado.”

²⁰⁵¹ Como exemplo de ficção jurídica, vide Código Civil brasileiro de 1916, art. 20, *caput*: “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.” Inversamente, vide Código Civil brasileiro de 2002, art. 50: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 474: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 519: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

²⁰⁵² PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**: nova retórica. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 243: “Há casos, se bem que excepcionais, em que o juiz só poderá manter a decisão que lhe parece impor-se recorrendo à ficção, seja na qualificação dos fatos, seja na motivação da sentença. Mas o recurso à ficção cria sempre um mal-estar, revelando que a realidade jurídica, bem como as regras de direito em vigor, dão provas de uma inadaptação às exigências sociais e que se faz necessária uma modificação, se possível por via legislativa.”

realidade jurídica, não é o que o juiz diz que é²⁰⁵³. O discurso justificativo judicial, no contexto da ficção criada pelo juiz, é fulcrado em falsa realidade jurídica, donde se diferencia da omissão material, em que, sobre existir formalmente uma motivação, faltam razões justificativas da decisão.

Na problemática da ficção existe graficamente uma motivação. Entrementes, a ficção, bem pesadas as coisas, é um tipo de falta de motivação ideológica (a qual se equipara à ausência completa de motivação gráfica), no tocante à consequência de inexistência jurídica da decisão jurisdicional. A rigor, no fenômeno da ficção, não se pode afirmar que, substancialmente, haja justificação, uma vez que baseada, por exemplo, na criação de fatos inexistentes, sem eco na realidade fática extraída dos autos do processo. Ideologicamente, a motivação discrepa de semelhante realidade, de sorte que, nessa específica perspectiva, não pode existir justificação jurídica onde, coerentemente com a tese placitada no presente trabalho, o próprio decisório inexistia juridicamente²⁰⁵⁴.

O Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 499, busca abolir (ou minimizar) a possibilidade de uso das ficções, ao estabelecer: “São elementos essenciais da sentença: II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: I - se limita à 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.”

²⁰⁵³ Ibidem, p. 86: “A ficção jurídica, diferentemente da presunção irrefragável, é uma qualificação dos fatos sempre contrária à realidade jurídica. Se esta realidade é determinada pelo legislador, sua decisão, qualquer que seja, jamais constitui uma ficção jurídica, mesmo que se afaste da realidade de sentido comum.”

²⁰⁵⁴ Em sentido contrário, entendendo que na ficção “existe justificação, embora defeituosa”, vide FERNANDES, José Henrique Lara, op. cit., p. 77.

Sob outro ângulo de mirada, a teoria da motivação implícita²⁰⁵⁵, uma espécie de motivação através do silêncio judicial, preconiza que o juiz não está obrigado a examinar, analiticamente, uns após outros, todos os argumentos aduzidos pelas partes²⁰⁵⁶, notadamente aqueles deduzidos pelo contendor que se quedar vencido. Nessa ótica, a ausência de análise de suas alegações faz com que sua atividade defensiva seja vilipendiada (v. g., direito à prova ou à contraprova e direito à valoração da prova e da contraprova). Esse distorcido modo de “motivar” é inadmissível, por atrair vícios ao discurso justificativo judicial, dès que a fundamentação do julgamento carece de um raciocínio lógico e direto²⁰⁵⁷. Ademais, outro problema que corrói a chamada motivação implícita é o de desprezar a circunstância segundo a qual, muitas vezes, descortinam-se para o juiz diversas hipóteses de decisão, e não apenas duas soluções possíveis.

Quando houverem sido suscitadas pelo réu questões preliminares (por exemplo: ilegitimidade ativa *ad causam*, incompetência absoluta do juízo, coisa julgada) e o juiz profira diretamente decisão sobre o mérito da demanda judicial, denota-se que semelhante preliminar foi implicitamente rejeitada. Entretanto, sem exteriorizar razões específicas e expressas para justificar semelhante rejeição. Depara-se na praxe forense com casos de motivação implícita que, na realidade, camuflam a ausência de motivação atinente às alegações, provas e contraprovas das partes²⁰⁵⁸.

No quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, e na esteira das garantias constitucionais que presidem ao processo justo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva,

²⁰⁵⁵ PALLARES, Eduardo. Motivación implícita. In: **Diccionario de derecho procesal civil**. México: Porrúa, 1960.

²⁰⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**, v. 2, op. cit., p. 256: “*El silencio de la motivación acerca de una de tales cuestiones, no constituye, sin embargo, omisión de la motivación cuando la motivación deba considerarse implícita en el sentido de que la solución dada a una cuestión implica lógicamente la solución de otra en un cierto modo: por ejemplo, si el juez demuestra que el negocio concluido por el padre en representación de hijo menor ha sido autorizado por el juez tutelar, ello presupone que él ha creído necesaria la autorización, razón por la cual la sentencia no podría ser impugnada por no haber motivado sobre ese tema, salvo su impugnación por error de derecho acerca de la necesidad de esa misma autorización.*”

²⁰⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 196.

²⁰⁵⁸ Com inspiração carneluttiana, vide BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 122-141, abr./jun. 2002, esp. p. 134: “É necessário distinguir, portanto, a ausência de motivação da motivação implícita. Na ausência de motivação uma determinada tese não integrou o juízo realizado pelo julgador. Já na motivação implícita, a lacuna não está no juízo realizado para o julgamento, mas só na expressão desse juízo, em termos explícitos, ao se redigir a motivação. Na motivação implícita o juiz não disse, mas pensou; na ausência de motivação o juiz não pensou.”

igualdade, imparcialidade do órgão julgador, contraditório, ampla defesa, devido processo legal), não se pode, a bem dizer, abonar a motivação implícita, mesmo quando haja relação lógica entre os motivos implícitos e explícitos, por implicar, na realidade, refutação ao próprio dever de motivação. Com efeito, o órgão *ad quem*, em obséquio ao direito de defesa e à efetividade do contraditório em seu viés de influência sobre a decisão judiciária (v. g., direito à prova e direito à sua valoração específica e expressa), deve enfrentar todos os argumentos fático-jurídicos relevantes, oportunamente suscitados pelas partes, no âmbito da impugnação, com explicitação de motivos específicos atinentes a tais temas, que possam autonomamente guiar ao provimento ou desprovimento do recurso.

Não seria crível exigir que todos os detalhes da decisão sejam enfrentados com argumentação analítica, mas o que se entende é que todos os perfis cruciais para o julgamento do conflito devam ser adequadamente justificados, mediante o fornecimento de razões específicas. Ao juiz cumpre justificar, às expressas, suas eleições valorativas e revelar individualizadamente seu raciocínio. O discurso justificativo judicial deve explicitar o implícito em relação ao decisório. A pedra de toque é a seguinte: o juiz deve enfrentar todos os argumentos relevantes das partes, inclusive e sobretudo os fundamentos da hipótese de decisão derrotada, seja ela invocada pelo autor ou pelo réu. Esquemáticamente: (i) o acertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa há de ser necessariamente justificado com referibilidade específica aos elementos de prova e aos motivos por que o juiz os apreçou de determinada maneira, porquanto sua livre convicção é de rigor motivado; (ii) razões justificativas idôneas hão de embasar os critérios do juiz atinentes à escolha, à interpretação e à aplicação da norma utilizada no decisório. A não ser assim, sem que o juiz explicitamente as razões que justifiquem suas valorações, a motivação do juízo de fato e de direito padecerá da aberração (in)jurídica de incompletude-insuficiência.

Significa afirmar, então, que nem os tribunais de origem tampouco os juízes de primeiro grau de jurisdição têm a discricionariedade de selecionar apenas os elementos *in facto* e *in iure* que entendam pertinentes para o julgamento da controvérsia, sob pena de se abrir a porta da arbitrariedade, com a negação do próprio dever de motivação. O juiz não se pode eximir de justificar, sob a ótica substancial, a decisão pronunciada: a apreciação insuficiente das alegações, provas e contraprovas das partes gera simetricamente uma resposta escassa do Estado-juiz. Mostra-se imperioso igualmente que as alegações fático-jurídicas, provas e contraprovas que, aos olhos do juiz, pareçam ser de reduzida monta, de rala

importância ou mesmo desinfluentes para o julgamento da causa sejam assim etiquetadas, mas rejeitadas com explicitação dos porquês, justificando-se²⁰⁵⁹. Esse padrão de decisão, que prestigia a atividade das partes em contraditório e consente controlabilidade racional, endo e extraprocessual, do *decisum*, por dizê-lo assim, aumenta a octanagem da legitimidade democrática e argumentativa dos pronunciamentos jurisdicionais.

Por assim ser, em visão crítica, não se pode sufragar o entendimento dos Tribunais de que o órgão julgador não está compelido a responder a todas as questões oportunamente deduzidas pelos litigantes, que, de si, são capazes de transportar a uma solução diversa da lide, mas apenas àqueles questionamentos que, ao seu exclusivo alvedrio, avalie pertinentes e relevantes, quando houver encontrado razões jurídica e logicamente suficientes para justificar a solução adotada para o litígio. E não se pode porque, máxime nas hipóteses de rejeição da demanda judicial, fundada sobre diversas *causae petendi*, ou de pluralidade de demandas cumulativas ou mesmo de incompatibilidade entre as mesmas²⁰⁶⁰, a exigência não é apenas de suficiência, mas de plenitude justificativa da motivação (*completezza*)²⁰⁶¹, mormente no terreno de critérios de escolha ou de valoração, no tocante aos argumentos rechaçados, formulados pela parte vencida²⁰⁶². Ter-se-iam, pois, no quadrante da motivação adequada e completa, dois métodos justificativos diversos, a depender das variáveis soluções de acolhimento ou de rejeição das demandas judiciais: (i) nas hipóteses de a demanda se fundar em mais de uma causa de pedir ou de pluralidade de demandas cumulativas, em caso de

²⁰⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: procedimento comum, ordinário e sumário. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1. p. 353: “Caso contrário, não há como verificar em que condições o juiz encontrou os fundamentos *suficientes* para o julgamento da causa, isto é, para alcançar a parte dispositiva da sentença.” (Grifos no original).

²⁰⁶⁰ ACIERNO, Maria. La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, n. 2, v. 66, p. 437-473, 2012, esp. p. 457: “*Nella motivazione alternativa della sentenza di rigetto, come già osservato, si rende necessario l’esame di tutte le ragioni a sostegno della domanda. In caso di accoglimento, la motivazione può limitarsi alla ratio decidendi più evidente in applicazione del principio della ragione più liquida quando ciò determini una rilevante economia processuale. (...) Si è appena accennato alla tecnica della “ragione più liquida” e all’esigenza che nel contesto della redazione della motivazione venga esplicitata l’adozione di questo metodo selettivo di giustificazione delle ragioni della decisione.*”

²⁰⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. p. 249: “Exige-se também que a motivação seja *completa*, sem omitir pontos cuja solução pudesse conduzir o juiz a concluir diferentemente.” (Grifos no original).

²⁰⁶² GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 350: “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. Mas se não é aceita a argumentação adversa, deverá o prolator, por ética pelo menos, responder a cada uma das objeções que repeliu.”

acolhimento, o juiz poderá selecionar o argumento do autor que julgar mais forte (“*ragione più liquida*”), mas, em contrapartida, deve examinar e se pronunciar expressamente sobre todos os argumentos aduzidos pelo réu; e, inversamente, (ii) na hipótese de rejeição da demanda o juiz poderá eleger o argumento mais palmar do réu, mas, em compensação, cumpre-lhe apreciar e dizer expressamente acerca de todos os argumentos deduzidos pelo autor. O mesmo método, como bem se compreende, se aplica quando houver acolhimento ou rejeição parcial. É claro que a cognição do órgão julgador sobre um espectro maior ou menor de matérias ditará a bitola da motivação do julgado.

Vale notar, entretanto, que o novo Código de Processo Civil sepultará definitivamente essa disputa doutrinária e pretoriana, ao estabelecer, sob boa inspiração, que a decisão judiciária não se reputa fundamentada quando “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (art. 499, § 1º, inciso IV). A esta norma cogente os órgãos julgadores deverão amoldar quer seus arquétipos de decisão, quer sua novel orientação jurisprudencial. O modelo garantístico de processo agradece.

Almeja-se, com esse subterfúgio, a superação de lacunas existentes no discurso justificativo judicial²⁰⁶³, que arrostam graves riscos à motivação, enquanto *garantia do garantismo processual*. Importa frisar, no entanto, que, no ordenamento jurídico brasileiro, não se admite decisão implícita, cumprindo ao juiz, em sua conclusão final, se pronunciar expressamente acerca de cada um dos pedidos formulados pelo autor (v. g., em cumulação sucessiva)²⁰⁶⁴ ou pelo réu reconvinente em sede de reconvenção. A omissão do órgão julgante em se pronunciar sobre o pedido (decidir) não implica, evidentemente, sua declaração de improcedência. Força é reconhecer que, não raro, semelhante eclipse judicial no tocante à apreciação de um dos pedidos pode implicar o conteúdo da motivação, como quando houver

²⁰⁶³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 197: “Na denominada motivação *implícita*, a superação das lacunas torna-se possível em virtude da relação lógica existente entre aquilo que ficou expresso no discurso judicial e aquilo que também deveria ter sido objeto de justificação, mas não o foi. Em outros termos, os motivos que justificam a solução de uma questão servem, implicitamente, para atender à mesma finalidade em relação a outro ponto em que não foram explicitadas as razões do convencimento judicial.” (Grifos no original).

²⁰⁶⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutro processo, op. cit., p. 246: “Algo existe, porém, cuja falta não se admite em hipótese alguma: a decisão propriamente dita. É sempre indispensável que o juiz, na conclusão (ou no dispositivo, consoante prefere dizer o art. 458, n.º III, do atual Código), se pronuncie em termos explícitos sobre cada um dos pedidos, ou sobre cada um dos itens de que o pedido se compõe. Não pode haver decisão implícita. Ainda que se configure relação de dependência lógica entre um tópico e outro, se o juiz não decidiu explicitamente qualquer deles, a omissão não deixa de ser tal pela mera circunstância de que se torne possível inferir do pronunciamento emitido sobre x o teor do pronunciamento que sobre y se emitiria.”

questões específicas a ele atreladas, que, no espaço físico da fundamentação, ficaram à mingua de solução. Em outras palavras, questões concernentes ao pedido não decidido que deixaram também de ser resolvidas e, por isso mesmo, não se inserem entre os fundamentos da decisão: as premissas de que o juiz retirará a conclusão final. Portanto, três hipóteses são concebíveis: (i) pode haver motivação adequada atinente ao equacionamento das questões, mas não existir pronunciamento, em termos expressos, sobre o pedido; (ii) pode ocorrer que a motivação seja omissa em relação à solução das questões, porém o juiz tenha decidido o pedido; (iii) pode acontecer a ausência de ambos - de motivação e de pronunciamento sobre o pedido.

Merece menção à parte o problema da impossibilidade absoluta de se adotar a motivação implícita quando o *thema decidendum* envolver dois direitos fundamentais ou dois valores constitucionalmente protegidos (v. g., intimidade e liberdade de expressão); antes, ao revés, impõe-se que não apenas a motivação da decisão seja expressa, senão também a argumentação reforçada²⁰⁶⁵.

Contudo, é de se ter em mente que, em determinadas situações excepcionais, a justificação explícita quer de acolhimento quer de rejeição de certos fundamentos pode ser legitimamente havida como motivação implícita, como quando se tratar de alegações principais e acessórias, sucursais, em reforço, atinentes à mesma situação fático-jurídica²⁰⁶⁶.

9.4 As motivações *per relationem e aliunde*: contraste necessário e preenchimento das cavidades do discurso judicial

Pode acontecer - e frequentemente acontece na experiência judiciária - que a motivação do tribunal se reporte pura e simplesmente às razões da sentença recorrida, ou a fundamentação do acórdão do Tribunal Superior se remeta aos motivos explicitados no

²⁰⁶⁵ ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 233 e 234: “*En tales supuestos no cabe motivación por formularios ni tampoco acudir al expediente de la fundamentación implícita. (...) Se trata, por tanto, de un canon más riguroso en la motivación cuando el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con outro derecho fundamental.*”

²⁰⁶⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 19: “Com efeito, a adoção ou repulsa de certas razões pode encontrar-se motivada de um modo implícito: havendo argumentos principais e subsidiários estribados no mesmo fato, os argumentos explícitos para o acolhimento, ou não, dos primeiros prestam-se a justificar, implicitamente, idêntica solução dada aos segundos.”

acórdão recorrido do tribunal de origem, mantendo-os, num e noutro caso, “por seus próprios e jurídicos fundamentos”, sem sequer relatar tais argumentações. Trata-se da assim chamada motivação *per relationem*, cuja remissão é feita a outra decisão, cronologicamente anterior, pronunciada no mesmo processo (fundamentação por mera referência - endoprocessual), sendo a *relatio* claramente individuada e conhecível. A singularidade está em que a “motivação” já existia antes de o decisório em si ser prolatado. Não equivale à verdadeira motivação por justamente deixar de exprimir suas próprias razões, em apoio ao *decisum*, pelas quais o tribunal entenda que sua decisão esteja justificada²⁰⁶⁷. Numa locução: o juiz da impugnação não pode se omitir no que toca à valoração crítica dos argumentos fático-jurídicos por ele adotados. Impõe-se-lhe viabilizar a dialeticidade inerente ao processo judicial, como expressão das garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal.

Não é incomum que a referência seja feita à argumentação contida até mesmo em parecer do Ministério Público²⁰⁶⁸. Neste caso, o problema que se pode descortinar é quando o Ministério Público atue como parte interessada e, em tal processo, houver intervenção deste órgão como *custos legis*. Na prática, pode ocorrer que não haja uma posição imparcial do fiscal da lei. Por outras palavras: frequentemente o parecer do fiscal da lei é no sentido do acolhimento da pretensão deduzida na petição inicial, sem maiores minúcias justificativas. Em caso tal, não parece despropositado o ponto de vista no sentido de interditar-se a possibilidade de utilização da motivação *per relationem* baseada em parecer do Ministério Público²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁷ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 377-386, esp. p. 386: “*In ogni caso, e contrariamente a quello che ammette la giurisprudenza, è lecito ritenere che la c. d. motivazione per relationem non sia affatto una vera motivazione, se si muove dalla premessa che la motivazione debba esprimere le ragioni per cui il giudice ritiene che la sua decisione sia giustificata. Rinviare alle ragioni con cui un altro giudice ha ritenuto di giustificare un'altra decisione non equivale ad addurre le proprie ragioni a sostegno di una propria decisione.*”

²⁰⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O que deve e o que não deve figurar na sentença**, op. cit., p. 121: “*Às vezes o juiz invoca outra peça dos autos como sustentáculo de sua decisão; por exemplo: “Nos termos do parecer do Ministério Público...”. É a chamada motivação per relationem, ou seja, motivação por meio de referência a outra peça. Ela pode ser admitida, por amor à economia processual, em hipóteses de rotina, quando haja realmente nos autos peça bem elaborada, que abranja todos os pontos relevantes. Mas deve constituir exceção, jamais regra.*”

²⁰⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 137. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal brasileiro reconhece a legitimidade jurídico-constitucional da motivação *per relationem* por incorporação, ao acórdão impugnado, das razões expostas em parecer do Ministério Público. Confirma-se, dentre muitos outros, o acórdão proferido pela Segunda Turma, no julgamento do ARE 753481 AgR / RS, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento de 24.09.2013, publicação DJe 28.10.2013.

Essa técnica merece ser obstinadamente combatida, aqui e alhures, pois, assim delineada a problemática²⁰⁷⁰, nada acrescentando o tribunal aos fundamentos invocados na instância inferior, deixa, v. g., sem resposta as críticas formuladas à sentença em sede de apelação²⁰⁷¹ ou ao acórdão na esfera de recurso ordinário constitucional, recurso extraordinário e recurso especial²⁰⁷². Ao juiz do recurso cumpre especificamente examinar as singulares censuras aduzidas pelo recorrente. Semelhante estado de coisas implica renúncia do juiz ao dever de motivar. A motivação por remissão, a par do vício de insuficiência, não satisfaz às exigências que descendem do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, que inclui a obtenção de uma decisão fundada no direito, *i. e.*, a solução adotada pelo juiz deve necessariamente estar motivada. A regra de ouro é que a motivação tem implicação material e não meramente formal. Daí não se compreende como possa o juiz do recurso descansar em fundamentação outra, embora constante do mesmo processo, violando a garantia da efetiva e adequada cognição judicial no que toca ao *decisum*, por não se fazer uma apreciação crítica acerca dos argumentos referenciados em outra decisão.

Dito de outra maneira, se a lei exige que o recorrente apresente as razões por que pretende a reforma da sentença, a isso corresponde o indefectível dever de o tribunal esclarecer os motivos que o levam a confirmá-la, mas procedendo à análise crítica das questões de fato e de direito ventiladas no bojo do recurso. Os juizes do órgão *ad quem* devem

²⁰⁷⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords). **Princípios processuais civis na constituição**, op. cit., p. 193-214, esp. p. 209: “Existem hipóteses, todavia, que podem gerar dúvida quanto ao seu enquadramento numa fundamentação formal ou numa fundamentação substancial. São os casos, por exemplo, de fundamentação implícita (pré-questionamento), fundamentação concisa (art. 459, *in fine*), fundamentação *aliunde* (o juiz limita-se a indicar outras decisões sem expor suas próprias razões) e fundamentação *per relationem* (o juiz refere-se a outro ato do mesmo processo - v. g. razões do Ministério Público ou de uma das partes);”.

²⁰⁷¹ SEGURA ORTEGA, Manuel. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 87: “*Creo que esta conclusión es bastante discutible porque precisamente lo que trata de impugnarse son los argumentos de la sentencia de instancia y la remisión a los mismos e incluso su mera repetición no constituye una justificación suficiente. Parece que la nueva resolución debería dar respuesta a las alegaciones de las partes en la medida en que tales alegaciones pretenden atacar la argumentación de la sentencia recurrida y, por tanto, es necesario justificar por qué el recurso no puede prosperar. Si non se toman en consideración las argumentaciones que se contienen en la impugnación parece bastante evidente que se está incumpliendo el deber de motivar.*”; RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003.p. 259: “*Pero la validez de la sentencia que se remite a los razonamientos de una anterior se hace depender del hecho de que no se haya presentado ante el órgano que ha dictado la sentencia de remisión ninguna cuestión que no hubiese sido resuelta ya en la Sentencia remitida.*” Entrementes, na vertente oposta, vide GUIMARÃES, Mário, op. cit., p. 350: “Podem os juizes de segunda instância aceitar os motivos aduzidos na primeira, sem lhes acrescentar outros.”

²⁰⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Ajuris**, Porto Alegre, 17(50), p. 5-20, 1990, esp. p.12.

demonstrar que, mediante leitura atenta e serena dos autos, examinaram e estudaram também as novas questões que tenham sido levantadas no recurso e que lhes foram postas à apreciação e à decisão. A ser diferente, (i) o jurisdicionado fica sem saber se suas razões, expostas no recurso, as quais não se circunscrevem a repisar argumentos já examinados pela decisão recorrida, foram, de verdade, levadas em conta, consideradas e analisadas criticamente pelo órgão *ad quem* no âmbito da situação concreta submetida à decisão²⁰⁷³; (ii) desnaturar-se-ia o conteúdo substancial da motivação, transformando-o em meramente formal; (iii) restaria desatendida a exigência de motivação, pois o juiz revisor, sem introduzir-se no exame do caso particular, estaria se furtando a dar as razões de sua convicção. Melhor seria sondar uma Pitonisa para descobrir o conceito do juiz exteriorizado em fórmula, ditada pela lei do menor esforço, tão medíocre quanto tautológica: “por seus próprios e jurídicos fundamentos”.

Reafirme-se que o problema da adequação da motivação *per relationem* assume especial relevo nos julgados proferidos por instância superior que rejeitem o recurso por pura referência à decisão recorrida, porquanto a motivação, quando ordenada em termos de singela adesão à argumentação do órgão *a quo*, não é bastante para permitir a verificação que o compartilhamento de instâncias (juízo da decisão e juízo do recurso) foi alcançado através do exame dos argumentos expendidos no recurso e da avaliação específica de sua improcedência. Pode dar-se o caso em que a sentença seja completamente destituída de motivação ideológica (e, portanto, juridicamente inexistente), mas, uma vez impugnada, em sede de julgamento da apelação, o órgão *ad quem* utilize a técnica da motivação *per relationem* para “fundamentar” o desprovimento do recurso. Felizmente, o exemplo de teratologia máxima é meramente acadêmico. Contudo, bem define o calcanhar de Aquiles da motivação por mera referência ou remissão.

É imprestável que a motivação de uma decisão judiciária se limite a catapultar à outra motivação, de sorte que não seja possível individualizar as razões que estão como fundamento de sua parte dispositiva. Cuida-se de verdadeiro câncer processual, pois o *decisum* padecerá, em regra, do vício de invalidade, com gravosas consequências impostas aos jurisdicionados, principalmente com o desperdício de tempo, de energia e, não menos importante, financeiro. Resulta daí que a motivação deva ser autossuficiente, no sentido de que apenas de sua própria leitura, e não acolá, seja permitido apreender os fundamentos de fato e de direito que sustentam a decisão. De modo que, não sendo possível individualizar as razões que estão a serviço do dispositivo, a decisão judiciária padecerá de deformação ou de vício.

²⁰⁷³ Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 8.416/SP. Rel. Ministro Eduardo Ribeiro. DJ 09/09/1991.

Mostrar-se-á, igualmente, defeituosa a motivação quando, por exemplo, o juiz simplesmente aderir ao laudo pericial do perito do juízo²⁰⁷⁴, sem explicitar as razões da adesão, cingindo-se à sua mera transposição e fragmentos significativos ou à referência no julgamento, a despeito de haver laudo contrário de assistente técnico dos litigantes ou argumentos impugnativos e dissonantes das partes²⁰⁷⁵, sem, contudo, demonstrar que os valorou criticamente e, assim, furtando-se de explicitar as razões específicas que condicionaram a formação de sua convicção²⁰⁷⁶. Nesses casos, ao juiz não é dado se eximir de, perscrutando criticamente o laudo pericial, exteriorizar as (próprias) razões que justificam o acolhimento ou rejeição das conclusões da peça técnica, mesmo quando as partes não refutem expressamente as conclusões da perícia. O juiz que assim não atue ficará aquém de *reddere rationem*, ou seja, de prestar contas de seus critérios de escolha ou de valoração, que possam coerentemente embasar a parte dispositiva da decisão. Faz-se mister que se cumpra o cânone de motivação adequada e, através dela, se possa compreender o percurso lógico que conduziu o juiz à formação de sua convicção, além de, sobretudo, permitir o controle jurídico e racional de seus critérios de eleição ou de valoração. Da mesma maneira, não é lícito ao juiz fundamentar sua decisão fazendo referência a questões que somente tenham sido suscitadas pelos contendores em memoriais²⁰⁷⁷, sem a submissão ao filtro purificador da garantia do contraditório e com evidente violação do direito de defesa e do devido processo legal.

Daí resulta que não há como se possa emprestar adesão a semelhante dinâmica de decisão, que implica degeneração do dever de motivação. Não por acaso, vários ordenamentos jurídicos a aboliam²⁰⁷⁸, continuam a proscrevê-la²⁰⁷⁹ ou, porém, a admitem²⁰⁸⁰. A motivação

²⁰⁷⁴ CARVALHO SANTOS, J. M. de, op. cit., p. 104.

²⁰⁷⁵ Em sentido vetorialmente oposto, vide ACIERNO, Maria, op. cit., p. 437-473, esp. p. 449: “*Peraltro la motivazione per relationem, con riferimento al contenuto della consulenza tecnica, è frequentemente utilizzata per le cause risarcitorie nelle quali sia necessario procedere alla determinazione del danno biologico, se le parti non ne contestano le conclusioni, e ad essa ci si può riferire senza riproporne tutti i passaggi espositivi, anche quando c’è l’esigenza di un esame critico della stessa in comparazione con le consulenze di parte o con le argomentazioni difformi delle parti, essendo sufficiente in tale ipotesi riprodurre le argomentazioni ed i profili controversi a causa dei rilievi delle parti al fine di giustificare le ragioni della scelta finale.*”

²⁰⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, op. cit., p. 201.

²⁰⁷⁷ CARVALHO SANTOS, J. M. de, op. cit., p. 106.

²⁰⁷⁸ Vide, a título de ilustração histórica, Codice di procedura civile italiano de 1865, art. 361, § 2º: “*(...) I motivi si reputano omessi quando la sentenza siasi puramente riferita a quelli di un’altra sentenza.*”

²⁰⁷⁹ Código de Procedimiento Civil de Ecuador (R.O. 58-S, 12-VII-2005 - Codificación No. 2005 – 011), art. 276: “*En la sentencia y en los autos que decidan algún incidente o resuelvan sobre la acción principal, se expresará el asunto que va a decidirse y los fundamentos o motivos de la decisión.*”

per relationem representa uma afronta às garantias fundamentais do processo justo (v. g., da tutela jurisdicional efetiva, do direito de defesa, da igualdade, da imparcialidade do juiz, do contraditório, do devido processo legal). Trata-se, na realidade, de um arremedo mal acabado de motivação: uma não motivação ou um discurso judicial que concretamente não justifica coisa alguma. A motivação, se visualizada com as lentes de imperativo de ordem lógica do julgado, traduz, por isso mesmo, exigência irremovível. Entretanto, por via oblíqua, a motivação *per relationem* esfalfa-se em removê-la²⁰⁸¹.

Resta, pois, sem demonstração que o órgão julgador tenha efetivamente apreciado as questões submetidas à sua cognição, *i. e.*, emudece sobre as especificações do caso concreto²⁰⁸². As partes, que submeteram ao Estado-juiz a solução da lide, têm o direito

No se entenderá cumplido este precepto en los fallos de segunda y tercera instancia, por la mera referencia a un fallo anterior.” Assim também, Código Procesal Civil de Costa Rica – Ley nº 7.130 de 16/08/1989 -, art. 155: “Requisitos de las sentencias. Las sentencias deberán resolver todos y cada uno de los puntos que hayan sido objeto del debate, con la debida separación del pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos, cuando hubiere varios. No podrán comprender otras cuestiones que las demandadas, ni conceder más de lo que se hubiere pedido. Se formularán con los siguientes requisitos: (...) Las sentencias de segunda instancia deberán contener un extracto lacónico y preciso de las sentencias anteriores. (...) 3) También en párrafos separados y debidamente numerados que comenzarán con la palabra "considerando", se hará: (...) c) Una declaración concreta de los hechos que el tribunal tiene por probados, con cita de los elementos de prueba que los demuestren y de los folios respectivos del expediente. d) Cuando los hubiere, una indicación de los hechos alegados por las partes, de influencia en la decisión del proceso, que el tribunal considere no probados, con expresión de las razones que tenga para estimarlos faltos de prueba. e) Un análisis de las cuestiones de fondo fijadas por las partes, de las excepciones opuestas y de lo relativo a costas, con las razones y citas de doctrina y leyes que se consideran aplicables. Queda prohibido declarar procedentes uno o varios extremos, refiriéndolos únicamente a lo dicho en alguno o algunos de los considerandos, y en las de segunda instancia resolver tan solo con remisión a las consideraciones de las de primera instancia, pues el superior debe dar también las razones correspondientes.”

²⁰⁸⁰ Código de Direito Canônico, Canône 1.617 - *Ceterae iudicis pronuntiationes, praeter sententiam, sunt decreta quae si mere ordinaria non sint, vim non habent, nisi saltem summarie motiva expriment, vel ad motiva in alio actu expressa remittant.*” (As restantes decisões do juiz, além das sentenças, são decretos, que, se não forem de mero expediente, carecem de valor, se não expuserem, ao menos sumariamente, os motivos, ou não remeterem para os motivos expressos em outro ato). Vide, ao propósito, TUCCI, José Rogério Cruz e.; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico**: história e direito vigente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 140: “A obrigatoriedade de fundamentação deve também ser atendida nos decretos decisórios (c. 1617). Nesta hipótese, contudo, as razões que justificam o provimento judicial podem ser expostas de forma concisa ou *per relationem*.”

²⁰⁸¹ Nada obstante, a *Corte Suprema di Cassazione* italiana chancela a técnica da motivação *per relationem*. Confirmam-se, dentre muitas decisões: Cass., sent. n. 3920, de 17.2.2011 (rv. 617127); Cass., sent. n. 3367, de 11.2.2011; Cass., sent. n. 2268, de 2.2.2006 (conf. sent. n. 15483, de 11.6.2008). Apud IACOBELLIS, Marcello et al, op. cit., p. 520-521.

²⁰⁸² GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. 2, op. cit., p. 273: “Um vício que se tem acentuado ultimamente, não só nos julgamentos dos tribunais, mas até mesmo nas sentenças de 1º grau é o da chamada fundamentação *per relationem*, que é utilização da fundamentação de uma outra decisão, do mesmo ou de outro órgão, adotando-a como razão de decidir. (...) A fundamentação *per relationem* nada diz sobre o caso concreto, sendo absolutamente imprópria para atingir as finalidades garantísticas desse requisito da sentença. Também tem sido comum no julgamento dos tribunais adotar como razões de decidir as constantes do

fundamental de ser ouvidas e de ver consideradas as questões que tiverem suscitado, e, por conseguinte, de conhecer as razões que influíram na formação intelectual da convicção do juiz nesse ou naquelo outro sentido. Quando o juiz opta pela opacidade e não se justifica, acaba se evadindo da zona de transparência para o espaço de penumbra, em forte rota de colisão com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

Nesse passo, determinado aspecto da transcendentalidade da igualdade, como valor universal, merece ser evidenciado. Se ao juiz está interdita a possibilidade, na motivação do julgado, de simplesmente aderir, sem externar juízo crítico próprio aos fundamentos articulados na petição inicial do autor, bem como na contestação ou na reconvenção do réu, ou de adotar as razões indicadas na peça de intervenção de terceiro²⁰⁸³, não lhe é lícito, *a fortiori*, adotar, na estrutura do decisório, a técnica da motivação *per relationem*, apropriando-se acriticamente dos motivos expostos na decisão recorrida, deixando a ver navios as críticas que lhe foram endereçadas pela parte em seu recurso. Nem por irrisão a motivação, por simples alusão aos motivos de outra decisão proferida no mesmo processo, desnuda de esmerado exame das razões exteriorizadas na impugnação, poderá ser considerada suficiente e, menos ainda, completa.

Nada obstante, os Tribunais brasileiros, comodamente e sem qualquer parcimônia, lançam mão da motivação *per relationem*²⁰⁸⁴. Contudo, desertam do dever constitucional quando, *sic et simpliciter*, se reportam aos fundamentos expostos na sentença ou no acórdão recorridos, sem enfrentar os argumentos fático-jurídicos deduzidos pela parte que interpôs o

parecer do Ministério Público ou os fundamentos da decisão recorrida. Essas decisões não atestam que o tribunal exerceu de fato cognição adequada sobre as questões por ele apreciadas.”

²⁰⁸³ REALE, Miguel. **A motivação, requisito essencial da sentença**. Questões de direito público São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153-163, esp. p. 154-155; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. p. 689.

²⁰⁸⁴ Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma: RE 614967 AgR / AM, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento de 26.02.2013, publicação DJe 19.03.2013, valendo destacar o seguinte excerto: “4. A utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação *per relationem*, reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir.”; Segunda Turma: ARE 734461 AgR / MG, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento de 25.03.2014, publicação DJe 11.04.2014. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, AgRg no REsp 1220823 / PR, Relator Ministro Sérgio Kukina, julgamento de 15.10.2013, publicação DJe de 21.10.2013; Segunda Turma, REsp 1316889 / RS, Relatora Ministra Eliana Calmon; Terceira Turma, AgRg no AREsp 114531 / PR, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgamento de 11.02.2014, publicação DJe de 17.02.2014; Quinta Turma, AgRg no HC 181546 / SP, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgamento de 11.02.2014, publicação DJe de 18.02.2014.

recurso²⁰⁸⁵. É indispensável a revelação das razões próprias que inspiraram a escolha pelo juiz de determinada hipótese de julgamento. Pode acontecer, e muitas vezes acontece, que a decisão referida pelo órgão *ad quem* nos autos do processo não esteja, ela própria, substancialmente fundamentada, a deslegitimar, também por isso, o emprego da técnica de motivação em tela²⁰⁸⁶. Demais disso, em hipótese alguma poder-se-á, por exemplo, admitir a *relatio* à justificação de uma decisão cautelar, na qual a cognição é superficial ou sumária, para ulterior integração na motivação de uma decisão de mérito, na qual é reclamada cognição plena e exauriente²⁰⁸⁷.

Doutra parte, a motivação *aliunde*, diferenciando-se da motivação *per relationem*²⁰⁸⁸, também conhecida como *relatio* “externa”²⁰⁸⁹, adota como razão de decidir os motivos constantes de julgado anteriormente proferido em outro processo pelo mesmo juízo²⁰⁹⁰, ou não. A motivação *aliunde*, por dizer assim, é uma espécie de “*surrogate mother*”, pois, no processo primitivo, será concebida uma *ratio decidendi* a ser confiada ao processo sucessivo.

²⁰⁸⁵ EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27. op. cit., p. 154-180, esp. p. 165: “*Anche qui è, invece, necessario che la motivazione dimostri come il giudice di appello abbia sottoposto ad adeguato vaglio critico i motivi di gravame e per quali ragioni sia pervenuto al convincimento della inidoneità dei medesimi a determinare la riforma della sentenza del giudice a quo.*”

²⁰⁸⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de, op. cit., p. 331: “A motivação *per relationem*, contudo, deve ser vista como uma exceção, da qual se pode valer o julgador em homenagem à economia processual e desde que: *a)* não tenha havido suscitação de fato ou argumento novo, *b)* a peça processual à qual se reporta a decisão esteja *substancialmente* fundamentada, aplicando-se, ainda, tudo o que se disse até aqui sobre os fundamentos da própria decisão, *c)* a peça que contém a fundamentação referida esteja nos autos e que a ela possam ter acesso as partes.” (Reforços gráficos no original).

²⁰⁸⁷ AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. 27. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27, op. cit., p. 181-257, esp. p. 231.

²⁰⁸⁸ TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 386: “*Non pare, d'altronde, che il nuovo art. 118 (disp. att.) contenga una conferma della giurisprudenza che già in precedenza ammetteva la motivazione per relationem. Da un lato, invero, la giurisprudenza ammette la relatio alla motivazione della sentenza impugnata, ma non alla motivazione di provvedimenti pronunciati in giudizi diversi. Quindi il riferimento al precedente non equivale affatto ad una motivazione per relationem. D'altronde, la stessa giurisprudenza che ammette la relatio alla motivazione della sentenza impugnata richiede che il giudice dimostri di aver preso in considerazione e di aver fatto propria la motivazione di tale sentenza.*”

²⁰⁸⁹ TURRONI, Davide. La motivazione della sentenza civile di primo grado: rapporto con l'istruttoria svolta, ragionamento probatorio, forme abbreviate. In: **Incontro di studi "La motivazione dei provvedimenti civili"** organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2008. Disponível em: <http://academia.edu/1426473/LA_MOTIVAZIONE_DELLA_SENTENZA_CIVILE_DI_PRIMO_GRADO>. Acesso em: 10 ago. 2013. p. 1-23, esp. p. 10.

²⁰⁹⁰ A técnica de motivação *aliunde* foi consagrada no Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 285-A: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.” (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006).

Duas hipóteses distintas de motivação *aliunde* são, em linha de princípio, configuráveis. A primeira concerne a uma sentença com trânsito em julgado que gere um vínculo de determinação no procedimento em curso (v. g., por identidade de objeto ou por prejudicialidade técnica)²⁰⁹¹. Tais casos parecem não oferecer resistência à legítima utilização da motivação *aliunde*. A segunda hipótese, para além dos casos de identidade de objeto ou de prejudicialidade técnica, não implica vínculo de necessária conformação no segundo juízo, e, quando menos nos ordenamentos de *civil law*, o problema assume contornos mais delicados, podendo arrostar graves riscos ao direito de defesa.

Ora, o juiz tem o dever de revelar os critérios de escolha ou de valoração que o conduziram à sua conclusão final (v. g., eleição e interpretação da norma aplicável ao caso particular, accertamento da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa). Semelhante técnica, como ninguém o ignora, é um dos pilares do sistema da *common law*, amparado na perspectiva estrutural do precedente judiciário²⁰⁹². Disso resulta, ante o fenômeno da “*commonlawlização*”, maior interesse na dinâmica da motivação *aliunde*.

No sistema do *civil law* será legítimo o emprego da motivação *aliunde*, através do apossamento dos fundamentos de outro(s) julgado(s), desde que o órgão julgador (i) não se circunscreva a invocar precedente, sem mirar em seus motivos determinantes nem demonstrar o acoplamento natural entre o caso sob exame e aqueles motivos; (ii) também acresça outros motivos próprios, pessoais, concretamente conexions com o caso particular. Ao juiz, na motivação de sua decisão, como traço característico penetrante do processo contemporâneo, se impõe, dando as razões de sua convicção, demonstrar que levou em conta as alegações, provas e contraprovas das partes em contraditório, seja da hipótese de decisão vencedora, seja daquela malograda. Nos casos em que a motivação *per relationem* se revele admissível, seus requisitos de completude (plenitude) justificativa e logicidade deverão ser prospectados na plataforma de argumentos da motivação, bem identificada, à qual se faz referência ou remissão, no escopo de se verificar a (in)suficiência argumentativa.

²⁰⁹¹ TURRONI, Davide, op. cit., p. 19: “*In particolare, se oggetto del contendere è quello stesso assetto giuridico regolato dalla pronuncia resa in altro giudizio; oppure un rapporto giuridico pregiudiziale, allora sarebbe un controsenso pretendere una autonoma valutazione (riflessa in una autonoma motivazione) sulla eadem re; perché questa valutazione contraddirebbe il senso del giudicato e dell’ autorità in cui consiste.*”

²⁰⁹² BANKE, Sara Rodrigues. **Motivação aliunde sob a perspectiva da dimensão estrutural do precedente: critérios de escolha.** 2010. 90 f. Monografia (Especialidade em Direito Público) - Escola de Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/78846170/BANCKE-Sara-Motivacao-aliunde-sob-a-perspectiva-estrutural-do-precedente>>. Acesso em: 21 mar. 2014. p. 1-90, esp. p. 25.

As motivações *per relationem* e *aliunde*, amplamente empregadas, encarnam, em essência, verdadeira terceirização do dever de o juiz explicitar razões justificativas do julgado. Nesse quadrante, o problema maior de deslegitimação dessa técnica talvez pese menos sobre a *quaestio iuris*, embora a simples enunciação da máxima não revele as razões que hajam guiado até ela²⁰⁹³, e muito mais sobre a indicação das razões de fato do decisório.

Fique claro que ao juiz é lícito fazer alusão, expressa e inequívoca, a julgados proferidos em outros processos, sobretudo aqueles prolatados pelos Tribunais Superiores. O que evidentemente não se autoriza, em tema de motivação das decisões judiciais, é a mímica consistente em exclusiva remissão a precedente judicial, sem levar em conta as especificações do caso concreto²⁰⁹⁴. Tampouco pode ser aceita a técnica em exame quando a impugnação tiver como endereço o método de valoração dos fatos ou as regras jurídicas utilizadas pelo juiz na decisão impugnada, sob pena de degeneração da própria condição de jurisdicionalidade²⁰⁹⁵.

Desgraçadamente, contam-se às centenas, na experiência judiciária, os casos em que, em sede de julgamento de recurso, o órgão *ad quem* se limita a confirmar a decisão impugnada, mediante fórmula notoriamente insuficiente: “por seus próprios e jurídicos fundamentos.” É o terreno fértil para florescerem motivações incompletas e absurdamente

²⁰⁹³ Sobre a repulsa à motivação *per relationem* também em matéria de direito, vide EVANGELISTA, Stefano, op. cit., p. 166: “*La riproduzione delle conclusioni, contenute nelle massime richiamate, non contiene alcun chiarimento in ordine al procedimento logico che ha indotto il giudice a pervenire alle dette conclusioni; e questa è la ragione per la quale si esclude la sufficienza della semplice motivazione per relationem.*”

²⁰⁹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 138: “Porém, a motivação pela simples evocação da jurisprudência não pode ser aceita quando o juiz, ao invés de desenvolver uma motivação sua na própria sentença, limita-se a fazer referência a outras decisões ou a julgados ou súmulas dos tribunais superiores. Em tal caso, não se pode, sequer, falar em motivação *per relationem*, havendo uma verdadeira ausência de motivação. Trata-se, na verdade, de uma forma de escamoteamento da motivação, consistente em substituir aquela que deveria ser a motivação, como justificação lógico-jurídica da decisão, pela citação de máximas ou precedentes, eximindo-se o julgador de um exame analítico da questão. Além disso, muitas vezes a simples referência à jurisprudência não permite a análise da adequação do julgado invocado ao caso concreto, visto que não há como se confirmar se o substrato fático de ambas as decisões é exatamente o mesmo. Além disto, o emprego de tal técnica, sem maiores cuidados, impede que sejam consideradas as peculiaridades que cada caso concreto apresenta.”

²⁰⁹⁵ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 458: “*Al contrario, la definizione della motivazione come componente strutturale necessaria del provvedimento giurisdizionale (che si ricava direttamente dall’art. 111 primo comma della Costituzione), secondo cui la decisione esiste come tale se è razionalizzata e controllabile, si pone in piena consonanza con i principi filosofici e politici da cui deriva il principio di obbligatorietà generale ed incondizionata della motivazione. Ciò equivale a dire, in sostanza, che la norma costituzionale non impone al giudice un obbligo accessorio rispetto a ciò che costituisce la manifestazione tipica della giurisdizione, ma fa della motivazione una condizione di “giurisdizionalità” dei provvedimenti del giudice, nel senso che questi costituiscono espressione della giurisdizione in quanto siano motivati.*”

insuficientes²⁰⁹⁶. Joga-se por terra o esforço de aprimoramento técnico-qualitativo do julgado confiado às instâncias superiores.

Há, porém, mais. A técnica *per relationem*, por não conter todos os elementos que embasam a decisão e a integralidade do discurso justificativo, massacra o jaez político-garantístico da motivação e, assim, inibe o controle extraprocessual, democrático e difuso sobre o julgado, pois terceiros que não dispõem de acesso aos autos do processo, sobretudo físico (não eletrônico), podem ter embaraço em descodificar as razões dadas mediante referência a outro *decisum*²⁰⁹⁷. Disso descende que tanto a sociedade quanto os cidadãos exibem notório interesse na autossuficiência da motivação.

Nem a celeridade processual, formalmente radicada na duração razoável do processo, nem o excesso de serviço podem servir de *slogan* para se deprimir a obrigatoriedade de motivação pública, como *garantia do garantismo processual*, sob pena de grave desvio de perspectiva concernente à tutela jurisdicional efetiva, adequada e justa. De mais a mais, nem a motivação *per relationem* nem a motivação *aliunde*, bem pesadas as coisas, exibem o condão de contribuir, de si, na experiência judiciária, para a entrega da prestação jurisdicional de modo mais rápido, pois os pontos de ingurgitamento do procedimento têm outros endereços, longínquos do dever funcional de motivação das decisões²⁰⁹⁸. É dizer: os problemas estruturais (sobrecarga de trabalho, de pessoal, materiais, organizacionais, de gestão) que assombram o sistema judiciário, aqui e alhures, não podem, com honestidade intelectual, ser imputados à obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais. Não se pode ter sobressalto com a assombração errada.

Nessa moldura, é útil remarcar que tanto a técnica da motivação *per relationem* quanto a da motivação *aliunde* podem, excepcionalmente, ser utilizadas, desde que, para muito além de mera referência a uma decisão proferida no mesmo processo ou a precedentes

²⁰⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit., p. 249: “A jurisprudência tem por insuficientemente motivados os acórdãos que, ao negar provimento a um recurso, limitam-se a dizer que o ato de primeiro grau de jurisdição fica *mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos*. Tal é a motivação *per relationem*, que também a doutrina encara com extrema cautela.” Relewa notar que, em nota n. 27 (p. 249), o ilustre processualista introduz a seguinte ressalva: “Salvo quando o recorrente nada argumenta contra a decisão inferior, limitando-se a transcrever argumentos trazidos ao juiz antes da prolação desta.” (Grifos no original).

²⁰⁹⁷ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 425, em especial nota n. 224.

²⁰⁹⁸ Na experiência judiciária brasileira, ante o fenômeno da “explosão de litigiosidade”, convém acentuar, por exemplo, a delicada *performance* dos Juizados Especiais Cíveis, nas causas de menor complexidade, a despeito de o procedimento nortear-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual, celeridade e da adoção da técnica da motivação *per relationem*, nos termos da lei n. 9.099, de 26.09.1995, art. 46: “O julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão.”

jurisprudenciais, o juiz demonstre que, raciocinando com seu próprio cérebro²⁰⁹⁹, considerou como próprias as razões de decidir adotadas pelo órgão *a quo*²¹⁰⁰. A justificação não pode, obviamente, traduzir-se, *v. g.*, em mera adesão acrítica a fundamentos de precedentes judiciais²¹⁰¹, mas deve equivaler absolutamente a uma argumentação justificativa idônea a aduzir as razões jurídicas da decisão²¹⁰². A importação de *ratio decidendi* submete-se à alfândega do incremento de próprias razões pela instância superior de acordo com as especificidades do caso concreto. O juiz deve explicitar os critérios de aferição dos elementos fático-jurídicos de afinidade entre o caso em julgamento e o precedente judicial utilizado como paradigma para sua decisão. Ademais, há de demonstrar que os motivos já explicitados foram levados em consideração, máxime quando o órgão *ad quem* reformar, total ou parcialmente, o julgado da instância inferior²¹⁰³.

Reafirme-se que o órgão *ad quem*, ao aplicar a técnica da motivação *aliunde*, não está naturalmente dispensado de concretamente explicitar e de justificar, com argumentos jurídicos

²⁰⁹⁹ MATTIROLLO, Luigi. **Istituzioni di diritto giudiziario civile**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. p. 272: “*Il dispositivo costituisce l’essenza della sentenza: i motivi ne spiegano le ragioni, l’estensione, lo scopo. (...) La motivazione va coordinata alle ragioni allegate dalle parti a fondamento delle loro conclusioni: dalla medesima deve emergere quale sia il criterio giuridico, che mosse i giudici a sentenza. E, nel motivare le loro decisioni, i giudici debbono ragionare col proprio cervello, non riferirsi esclusivamente ai ragionamenti e alle osservazioni di altri.*”

²¹⁰⁰ TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**, op. cit., p. 423-424: “*Molto più sfumato, invece, è l’atteggiamento della giurisprudenza nei confronti delle altre ipotesi possibili, più problematiche proprio in quanto è mero evidente la rinuncia del giudice a giustificare autonomamente le proprie asserzioni. In alcuni casi, infatti, si è ritenuta ammissibile la motivazione per relationem a condizione che il giudice dimostri di aver ‘avuto presenti’ e di aver ‘fatto proprie’ le ragioni addotte dal giudice inferiore. Si tratta di un criterio a prima vista accettabile, malgrado la sua estrema genericità, in quanto implica che la relatio sia possibile solo se il secondo giudice abbia compiuto un giudizio di idoneità, per la propria decisione, della motivazione elaborata dal primo giudice. Tuttavia, a ben vedere, esso è poco producente sul piano della struttura della motivazione in appello, in quanto finisce col consentire una pura e semplice ripetizione o recezione testuale di quanto detto nella sentenza impugnata (poiché è chiaro che in tal modo il giudice d’appello ‘fa propri’ gli argomenti del giudice di primo grado), senza richiedere una giustificazione autonoma ed originale.*”

²¹⁰¹ OBERTO, Giacomo. **La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici**. Milano, 2008. Disponível em: <<http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm>>. Acesso em: 02.04.2013. “*Sul punto potrà rimarcarsi che la nostra Cassazione ha di recente affermato che «La motivazione di una sentenza di merito per relationem ad altre decisioni deve considerarsi carente o meramente apparente – e come tale censurabile davanti alla Suprema Corte – quando il decisum si fondi esclusivamente sul mero rinvio a precedenti od a massime giurisprudenziali richiamati in modo acritico e non ricollegati espressamente alla fattispecie controversa, di talché sia impedito un controllo sul procedimento logico seguito dal giudice. Inoltre, deve essere cassata la sentenza di una Corte di Appello, la cui motivazione consista nel riferimento ad una precedente decisione della stessa Corte, relativa ad una controversia simile».*”

²¹⁰² TARUFFO, Michele. La motivazione della sentenza. In: _____. **Il processo civile riformato**, op. cit., p. 385.

²¹⁰³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 19.

e racionais válidos, quais são os pontos aproximativos, de fato e/ou de direito, entre a demanda judicial sucessiva, em curso, pendente de julgamento, e a decisão adotada como paradigmática. Tal resulta do respeito ao direito da parte de ser ouvida e de fazer valer razões em juízo de modo efetivo. Duas situações são concebíveis no cotidiano forense relacionadas à técnica da motivação *aliunde*, mas, em ambas, cumpre ao juiz justificar o enquadramento no precedente judicial e a consequente apropriação da *ratio decidendi*, em casos envolvendo questões (i) decididas e com posicionamento já consolidado; e (ii) de direito novas, expostas em primeira mão, difíceis, complexas ou delicadas, em que o dever de justificação reclama maior carga argumentativa no tocante às proposições essenciais, ao enquadramento no precedente²¹⁰⁴.

Desse modo, tanto a motivação *per relationem* quanto a *aliunde* serão adequadas e corretamente exteriorizadas, por exemplo, sobre questões de direito, através da remissão à orientação jurisprudencial sedimentada. O princípio de economia processual, em perspectiva prática, recomenda que, em casos tais, não é preciso repetir os argumentos da orientação consolidada, compartilhada pelo órgão julgante, mormente quando o recorrente não se abalçou a refutá-la com argumentos novos e convincentes. Semelhante posição, no entanto, não dispensa o órgão julgador de ministrar as razões de escolha e de aplicação ao caso particular dos fundamentos determinantes daquela orientação jurisprudencial consolidada, bem como demonstrar que o caso sob julgamento nela naturalmente se ajusta. Em suma, o esforço argumentativo do juiz será menor ou maior, quanto seja a orientação jurisprudencial consolidada, ou não. Contudo, em ambas as hipóteses a justificação do órgão judicial é impositiva no que tange à idoneidade dos critérios de escolha ou de valoração empregados, devendo-se estimar sua inteireza e logicidade com base nos componentes insertos na decisão pontualmente individuada à qual se faz referência²¹⁰⁵.

Nessa latitude, merece efusivos aplausos o denodo do legislador brasileiro em confrontar os temas controvertidos da atualidade e coartar esse modelo de decisão que, nas várias instâncias, se utilize, frequente, indiscriminada e ilegitimamente da técnica da motivação *per relationem* (com a singela apropriação dos motivos exteriorizados na decisão

²¹⁰⁴ PISANI, Andrea Proto. Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione. *Il Foro Italiano*, Roma, v. 111, Parte Quinta: Monografie e varietà, p. 26-35, 1988, esp. 31-32.

²¹⁰⁵ TURRONI, Davide, op. cit., p. 19: “*La tecnica del richiamo, se può andare a discapito dell’autosufficienza della motivazione, non può sempre per garantire il diritto di difesa, e in funzione di un migliore orientamento, la relatio dovrebbe limitarsi alla giustificazione in senso proprio; mentre il contenuto sintetico-assertivo, consistente nella enunciazione del fatto, dovrebbe rimanere espresso nel testo della sentenza.*”

recorrida, sem a adução de razões justificativas próprias, pessoais) e da motivação *aliunde* (com a mera remissão a precedentes judiciais, sem demonstração das notas essenciais aproximativas e de assemelhação). Do ponto de vista dogmático, o Brasil terá o mais avançado conjunto normativo concernente à motivação dos pronunciamentos jurisdicionais. Com efeito, o novo Código de Processo Civil, em seu art. 499, rezoa: “São elementos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; § 1º. Não se considera fundamentada a decisão, sentença ou acórdão que: 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”. Esse conjunto normativo, a par de estabelecer um importante parâmetro para detecção de decisão não-fundamentada, impõe ao juiz o dever funcional de, concretamente, efetuar o contraste indispensável entre o precedente judicial invocado como paradigma e o caso particular em julgamento, a par de preencher, com razões justificativas, nesse tema, as frequentíssimas cavidades de outrora do discurso judicial. Não cumpre suas funções técnico-instrumental, político-garantística e de *garantia do garantismo processual* um discurso justificativo judicial repleto de cavidades argumentativas, tal qual um queijo suíço.

Nessa novel moldura do ordenamento jurídico-processual brasileiro, as técnicas da motivação *per relationem* e da motivação *aliunde* não acarretam avarias, por exemplo, ao direito de defesa da parte. A motivação, seja ela de que espécie for, deve colocar a parte em situação de conhecer as razões conformadoras da decisão. Significa asserir que a motivação por incorporação dos motivos dos primeiros juizes é aceitável desde que as questões e os pontos essenciais tenham sido verdadeiramente analisados, à luz das peculiaridades do caso concreto, e se o órgão *ad quem* não houver pura e simplesmente homologado as ilações do órgão *a quo*. A não ser assim, a fundamentação *aliunde* não se desincumbiria sequer da função endoprocessual da motivação, a par de, *a fortiori*, trucidar qualquer possibilidade de controle extraprocessual sobre o exercício do poder pelo juiz, em ostensiva rota de colisão com o dever de justificação²¹⁰⁶ e de transparência que, em imagem canotilhiana, são os “dois corações” do Estado Constitucional Democrático de Direito.

²¹⁰⁶ AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: Un tratado sobre justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 29: “*Como se ha mencionado, el decisor ya no puede apoyarse, en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación*”

9.5 Faltas (gráfica ou ideológica) de motivação: sanção de inexistência jurídica como imperativo da transcendentalidade da igualdade

A vida em sociedades complexas reclama uma ordem de valores: existenciais, morais, socioeconômicos, jurídicos, políticos. Disso resulta a necessidade de se estabelecer entre eles uma escala de precedência. Agora bem, em todo e qualquer sistema de criação e aplicação do Direito, o supremo valor igualdade representa, a um só tempo, o *fundamento*, a *medida* e a *finalidade*, a fim de que possa ser estimada sua própria legitimidade e aceitabilidade social²¹⁰⁷.

No âmbito das ideias de direito e de justiça, como imperativos do dever de motivação das decisões judiciais, a igualdade humana fundamental é a primeira (e a excelente) razão de direito, de uma ordem jurídica que se queira justa. Na igualdade de tratamento, conexas à ideia de justiça, afeiçoa-se o tratamento igualitário ao tratamento justo. O procedimento mental tendente ao descobrimento dos princípios de Justiça, seus componentes e, prescritivamente, como regra de conduta, conforma suas correspondentes engrenagens de funcionamento.

Sob as lentes da moral, em essência, os seres humanos são iguais (mundo do *ser*), e, sob o prisma jurídico, devem ser tratados igualmente (mundo do *dever ser*), no que se igualam (durante o tempo em que se mantenham iguais) e se desigualam (ao passo que se mantenham desiguais). O justo pode ser representado pela seguinte equação: tratar todos igualmente naquilo em que são iguais, e de maneira diferente, mas proporcional, naquilo em que são diferentes. O binômio justo-igualdade também pode ser traduzido pela exigência ditada pelo direito natural de reciprocidade entre os seres humanos²¹⁰⁸, sentenciada no Evangelho:

es siempre también un medio para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.”

²¹⁰⁷ O tema da transcendentalidade da igualdade, como fundamento, medida e finalidade da obrigatoriedade de motivação pública de decisões judiciais, é objeto do Capítulo Sexto *supra*.

²¹⁰⁸ ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do direito moderno**: o estado de necessidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF). p. 118: “Basta, então, para ser justo, colocar-se no lugar do outro. A igualdade na origem do direito já não é concebida como uma proporção imanente a uma relação social, mas coincide com uma forma de reciprocidade já formulada, em seu tempo, pelo Evangelho. Existe, portanto, uma correlação essencial entre a emergência dos direitos subjetivos e a assimilação da igualdade à reciprocidade. A igualdade jurídica, a partir de então, é concebida como a detenção recíproca de direitos subjetivos.”

“Portanto, tudo o que vós quereis que os homens vos façam, fazei-lho também vós, porque esta é a lei e os profetas.”²¹⁰⁹

Como fundamento, a igualdade humana essencial é a base de legitimidade, de validade, do Direito équo e dos mecanismos de justiça. Como medida, a igualdade, revela sua aptidão conformadora (*adaequatio* e *commensuratio*), baliza os elementos estruturais do direito, a abrangência de suas instituições, o alcance de seus institutos e vivifica o tratamento isonômico das partes no processo judicial, quão naípe essencial do processo justo. Como finalidade, a igualdade - no mundo de carne e osso caracterizado por diferenças - é ferramenta de concretização de desígnios equitativos, seja a título de enunciados normativos morais e jurídicos na ambiência social, seja no terreno particular do procedimento jurisdicional. A finalidade primordial do Direito, numa concepção mais dilatada, é regular as relações sociais, de sorte que necessita inexoravelmente discernir suas características, para apreender suas singularidades e conformar as posições jurídicas de cada sujeito, à luz de padrões de legitimidade e de razoabilidade constitucionais. A regra de ouro é a proibição do arbítrio.

Pois bem, nessa moldura, a privação total de fundamentação transporta antes à inexistência jurídica da decisão que à sua nulidade²¹¹⁰. Dá-se semelhante fenômeno não apenas ante o aniquilamento da possibilidade de controle extraprocessual, racional e político, sobre os fundamentos jurídicos e lógicos da decisão, senão que, e sobretudo, pela fratura da transcendentalidade da igualdade, como uma condição categórica do dever institucional de motivação. O ponto teórico máximo pode ser traduzido na seguinte expressão: o imperativo da igualdade de tratamento das partes pelo juiz, inclusive de sua imparcialidade, é fator determinate do dever de motivação de seus julgados.

Quer-se reafirmar a tese segundo a qual a sanção de inexistência jurídica da sentença, porque ausente absolutamente motivação gráfica ou ideológica, é uma decorrência direta, sem escalas, da violação pelo juiz da igualdade quanto valor universal.

Parece bem, nesse passo, desenhar uma sinopse sobre a nítida distinção entre os casos em que a motivação não existe e aqueles outros em que, embora existente, é viciada. Hipóteses de ausência de motivação a implicar inexistência jurídica da decisão: a) omissão total da motivação gráfica; b) falta de motivação ideológica, equiparada à hipótese de ausência de motivação gráfica; c) contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e a

²¹⁰⁹ Mateus, 7, 12.

²¹¹⁰ Entretanto, vide o novo Código de Processo Civil português (Lei n. 41, de 26.06.2013), art. 615: “Causas de nulidade da sentença. 1 - É nula a sentença quando: (...) b) Não especifique os fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão;”.

ilação final, o que também equivale a uma hipótese de cabal ausência de motivação. Hipóteses em que a motivação existe, porém é viciada: a) omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica); b) insuficiências ou contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses configuradoras daquele contraste lógico radical).

9.6 Ações rescisória como solução para os vícios da motivação de menor gravidade: o problema da rescindibilidade por violação de regra jurídica processual e o preceito do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal brasileira

O processo pode exibir intrinsecamente vícios em dois grandes grupos: (i) defeito de atividade ou *error in procedendo*, consistente no descumprimento de preceito processual, relacionado à atividade do órgão jurisdicional destinada a dar forma escrita ao conteúdo da decisão, como omissão na sentença de indicação considerada essencial pelo direito processual (v. g., motivação); e (ii) defeito de juízo ou *error in iudicando*, consistente em uma falsa declaração de uma concreta vontade da lei concernente à relação jurídica controvertida (v. g., erro do juiz na resolução de uma questão de direito ou de uma questão de fato)²¹¹¹.

Inexistência e nulidade são conceitos inconfundíveis e, bem por isso, geram consequências jurídicas variegadas. Na esteira da tese ora chancelada, é concebível, a depender do coeficiente da aberração²¹¹², traçar um quadro que contenha traços característicos e diferenciadores, como decorrência da cisão do problema em duas bandas dogmáticas:

²¹¹¹ CALAMANDREI, Piero. Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere, op. cit., p. 166-167.

²¹¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1977: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 107: “Os vícios da sentença podem gerar consequências diversas, em gradação que depende da respectiva gravidade. A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em “processo a que falte pressuposto de existência, qual seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença *inexistente*, e será declarada tal por qualquer juiz, sempre que alguém a invoque, sem necessidade (e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstituí-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser *nula*, v. g., se julgou *extra petita*. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, argüível *em recurso* como motivo de *nulidade*, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja *desconstituída*, mediante *rescisão*.” (Reforços gráficos no original).

inexistência e invalidade²¹¹³. A primeira, consubstanciada na completa ausência de motivação gráfica ou ideológica na decisão jurisdicional, ou no contraste lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e a conclusão final, o que também equivale a uma hipótese de ausência de motivação, a provocar sua inexistência jurídica, ante a insuficiência do suporte fático (carência de elemento essencial estrutural). A segunda situação, já superado o plano da existência do ato jurídico processual, diz com outros vícios substanciais de motivação²¹¹⁴, de menor monta (mas igualmente graves), como, em regra, omissão, insuficiências e contraditoriedade, que podem determinar hipóteses de nulidade da sentença, com a possibilidade de o juiz, já que se presume o prejuízo, decretá-la de ofício, e suscetível de impugnação através dos recursos cabíveis²¹¹⁵ (v. g., embargo de declaração, apelação, recurso ordinário constitucional, recurso extraordinário, recurso especial), dentro da mesma relação jurídico-processual, ou rescindível através de ação autônoma de impugnação, como a ação rescisória²¹¹⁶, com a instauração de outra relação jurídico-processual. O trânsito em julgado exhibe o condão de operar a sanatória geral dos vícios do processo²¹¹⁷, de sorte que, em sede de ação rescisória, a rescindibilidade não se confunde com o vício de invalidade do julgado.

Insista-se no ponto: feita abstração de sentença totalmente despojada de motivação gráfica ou ideológica, como também do antagonismo lógico radical entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo, o que também equivale a uma hipótese de ausência de motivação, que provocam a categoria da inexistência jurídica, os vícios de menor estatura concernentes à motivação (em regra, omissão, insuficiências, contraditoriedade), mas que

²¹¹³ Ainda sobre os conceitos diversos de inexistência e de nulidade, vide ASCARELLI, Tullio. Inesistenza e nullità. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 11, parte 1, p. 61-65, 1956, esp. p. 62: “A mio avviso invece ci troviamo di fronte a concetti diversi; con nullità ci riferiamo ad una sanzione dettata dalla norma in relazione a una fattispecie che, perché possa cadere sotto la sanzione della norma, si suppone perciò esistente. Pertanto con esistenza o inesistenza ci riferiamo alla sussistenza o meno di quella fattispecie (o di quelle qualificazioni di questa) alla quale si riferisce la norma, mentre con nullità ci riferiamo alla sanzione dettata dalla norma data l’esistenza o l’inesistenza di determinate qualifiche della fattispecie.”

²¹¹⁴ Contudo, autorizada doutrina sustenta que a motivação contraditória, sem clareza de raciocínio, não é mero defeito de motivação, porém uma forma peculiar de ausência de motivação. Vide, com amplas referências doutrinárias, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, op. cit., p. 129.

²¹¹⁵ DEMARCHI, Juliana, op. cit., p. 52: “Assim, caso se pretenda emprestar algum efeito ao ato inexistente, pode o prejudicado contra ele insurgir-se. Nesse particular, é de se ter em mente que a inexistência pode ser suscitada em qualquer fase do processo, por meio da apresentação de simples petição, e, inclusive, em sede recursal (especialmente se a causa da inexistência está relacionada com a sentença, como nos exemplos anteriormente citados).”

²¹¹⁶ PERO, Maria Thereza Gonçalves, op. cit., p. 129.

²¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1, op. cit., p. 739.

implicam e maculam o decisório²¹¹⁸, o inquinam, ao contrário, de invalidez. Tais deformações podem ser esgrimadas através da interponibilidade dos recursos cabíveis. Uma vez que se tenha verificado o trânsito em julgado da decisão judiciária inválida (esta hipótese é de nulidade, não de inexistência jurídica), poder-se-á ajuizar ação rescisória²¹¹⁹, por error in procedendo, com base no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar literal disposição de lei.”²¹²⁰ Na espécie vertente, os dispositivos literalmente vulnerados estão insculpidos tanto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, quanto no art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro²¹²¹. Daí se vê que a regra jurídica suscetível de vulneração, a transportar à rescindibilidade da decisão de mérito transitada em julgado, tanto é a de direito processual quanto a de direito material²¹²², bem como, diretamente, como na espécie vertente, preceito da Constituição Federal brasileira de 1988. De sorte que a coisa

²¹¹⁸ AMERICANO, Jorge. **Estudo teorico e pratico da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936. p. 227: “Por consecuencia, e como só faz cousa julgada o motivo da sentença, quando se incorpora na decisão de modo tal que, alterado o motivo, outra seria aquella, só se levarão em conta, como violadores de direito expresso, os motivos da decisão que nella se incorporem em modo a constituírem a sua causa, e não os que porventura sejam proferidos para simples reforço de argumentação (...).”

²¹¹⁹ CALAMANDREI, Piero. Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi per impugnare le sentenze. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 7, op. cit., p. 201-233, esp. 215-216: “2) *Revocazione (art. 494-509 CPC)*. È il tipo più perfetto di azione impugnativa contro il giudicato: essa infatti è l'esercizio del diritto ad ottenere l'invalidazione di una sentenza non più soggetta a gravame, e quindi passata in giudicato, qualora essa sia viziata da uno dei difetti specificati dalla legge (art. 494 CPC); e il giudizio a cui dà luogo non è una continuazione del processo nel quale fu pronunciata la sentenza impugnata, poiché qui non si tratta di rinnovare la decisione sulla esistenza della volontà di legge relativa al rapporto controverso, ma di giudicare per la prima volta se esista, come conseguenza di un vizio proprio della sentenza, il diritto dell'interessato a ottenere la revocazione del giudicato: si ha così un caso tipico di *iudicium rescindens* (art. 508 “sull'ammissione della domanda di revocazione”), che può esser seguito, ove il diritto all'invalidazione sia riconosciuto, da una nuova decisione dello stesso giudice sul rapporto controverso che formava oggetto della sentenza revocata (*iudicium rescissorium*: art. 508: “sul merito della controversia”).

²¹²⁰ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 978: “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar manifestamente a norma jurídica;”.

²¹²¹ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 499: “São elementos essenciais da sentença: I - o relatório sucinto, que conterà 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;”.

²¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 268; do mesmo autor, **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1959, t. 4. p. 55: “Se houve violação da lei em tese, não é a falta de fundamentação da sentença, mas a *afirmação da não-exigência de fundamentá-la* que se aprecia na ação rescisória.” (Grifos no original).

julgada, aqui, não é apenas ilegal, senão também contrária à Constituição²¹²³. O prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é de dois anos, a contar da data do trânsito em julgado da decisão impugnada²¹²⁴.

Releva notar - e o ponto é de superlativa importância - que, em sede de ação rescisória, confirmando-se o invocado vício de motivação, o pedido haverá de ser julgado procedente no *iudicium rescindens*, esgotando-se aí a atividade do Tribunal, *i. e.*, os autos serão enviados ao juízo prolator da decisão desfeita, a fim de que, em substituição, outra seja proferida, preservando-se, assim, o duplo grau de jurisdição²¹²⁵.

Nessa moldura, como os vícios de menor grau de gravidade (*v. g.*, em regra, omissão, insuficiências, contraditoriedade) configuram hipótese de nulidade, não se mostraria, por isso mesmo, adequado o ajuizamento de ação anulatória. A via processual adequada seria a da ação declaratória de nulidade ou a chamada *querela nullitatis* relativamente à sentença inquinada de tais defeitos²¹²⁶. Contudo, apesar da terminologia empregada no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal (“*sob pena de nulidade*”), diversamente do regime de nulidades

²¹²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 21-40, jan. 2002, esp. p. 34: “Uma decisão judicial que viole diretamente a Constituição, ao contrário do que sustentam alguns, não é inexistente. Não há na hipótese de inconstitucionalidade mera aparência de ato. Sendo desconforme à Constituição o ato existe se reúne condições mínimas de identificabilidade das características de um ato judicial, o que significa dizer que seja prolatado por um juiz investido de jurisdição, observando os requisitos formais e processuais mínimos. Não lhe faltando elementos materiais para existir como sentença, o ato judicial existe. Mas, contrapondo-se a exigência absoluta da ordem constitucional, falta-lhe condição para *valer*, isto é, falta-lhe aptidão ou idoneidade para gerar os efeitos para os quais foi praticado.” (Grifos no original).

²¹²⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 495: “O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 987: “O direito de propor ação rescisória se extingue em dois anos contados do trânsito em julgado da decisão.”

²¹²⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 144-145; **Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada**, op. cit., p. 230.

²¹²⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estrutura da sentença arbitral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, p. 9-17, jul./set. 2002, esp. p. 10: “No rigor da técnica, diz-se nulo o ato eivado de defeito que, segundo a lei, tolhe desde logo a validade, independentemente de qualquer outro ato - o qual, caso sobrevenha, terá *natureza meramente declaratória*. Por isso mesmo, se é de verdadeira *nulidade* que se cuida, o juiz pode (*rectius*: deve) levá-la em conta, de ofício, “quando conhecer do ato ou dos seus efeitos” (...). Afigura-se impróprio cogitar de providência destinada a “anular ato nulo”; anular é “tornar nulo”, e não se *torna nulo* algo que nulo já é. De outro modo passam-se as coisas se o caso é de simples *anulabilidade*: o ato anulável precisa ser *anulado*; e, enquanto não o for, deve ser tratado como se válido fosse. O ato anulatório terá natureza *constitutiva*.” (Reforços gráficos no original).

do direito privado, os atos processuais produzem efeitos, de sorte que a ineficácia do ato resulta sempre de decisão judicial que lhe reconheça o vício²¹²⁷.

Desse modo, nada obstante acolher vício determinante de sua nulidade, e dada a impossibilidade de se reconhecer nulidade *ipso iure*, o ato processual considera-se, em linha de princípio, válido e eficaz e somente deixará de sê-lo se e quando um pronunciamento jurisdicional vier a declarar sua nulidade. Ou melhor: no campo processual, a sentença eivada desses defeitos deve ser considerada como se válida fosse, até que venha a ser rescindida ou anulada²¹²⁸.

Contudo, o vício de motivação resiste à coisa julgada e pode ensejar ação rescisória²¹²⁹, bem comoajuizamento de ação anulatória ou de *querela nullitatis*²¹³⁰, mas sujeitas à preclusão temporal. Equivale a dizer que o vício de motivação do qual padece a decisão judiciária ficará sanado se tais instrumentos processuais não forem manejados, hipótese em que a decisão conserva sua plena eficácia²¹³¹.

²¹²⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Sentencia aparente y mayoría ficticia. In: **Derecho procesal mexicano**. Segunda edición. México: Porrúa, 1985, t. 2. p. 18.

²¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 107, 108 e 09: “Enquanto não rescindida, apesar de defeituosa, a sentença tem força que normalmente teria, e produz os efeitos que normalmente produziria, se nenhum vício contivesse. Decorrido *in albis* o prazo do art. 495, ela em regra se torna imune a qualquer ataque e prevalece em caráter definitivo. (...) A condição jurídica da sentença rescindível assimila-se, destarte, à do ato *anulável*. Os autores que têm construído a rescisória como ação tendente à *declaração da nulidade* da sentença empregam o termo “nulidade” em sentido impróprio; uma invalidade que só opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica, como “anulabilidade”. Rescindir, como anular, é *desconstituir*.” (Grifos no original).

²¹²⁹ Nada obstante contexto diverso e especificamente referenciado à sentença arbitral, vide, em linha de máxima, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Estrutura da sentença arbitral, op. cit., p. 10: “ora, a sentença transitada em julgado, rescindível que seja, não é *nula*: até que se rescinda, valerá e surtirá efeitos, como se nenhum defeito contivesse. Em semelhante perspectiva, a “decretação da nulidade”, no texto da Lei nº 9.307, melhor se traduzirá por “anulação”. Constitutiva, e não meramente declaratória, será a sentença que acolha o pedido do autor.”

²¹³⁰ DENTI, Vittorio, op. cit., p. 637: “*Sopravvive, oltre il processo, l’actio nullitatis, ossia l’azione di mero accertamento della nullità, che può essere proposta tanto in via autonoma quanto in sede di opposizione all’esecuzione.*”

²¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado da ação rescisória**, op. cit., p. 189: “A eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível.”

9.7 Outra solução jurídica: ajuizamento a qualquer tempo de ação declaratória de inexistência jurídica do pronunciamento jurisdicional com total ausência de motivação gráfica ou ideológica e incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre estas e a conclusão final

Com o colorido de generalidade e sob o influxo da gradação da gravidade dos defeitos dos atos jurídicos processuais, será juridicamente inexistente a sentença a que faltarem caracteres essenciais, caracteres conceituais ou elementos conceituais²¹³², como, por exemplo, a motivação do julgado. Semelhante definição não prescinde naturalmente do exame de cada caso concreto para se saber quando se está diante de uma sentença juridicamente inexistente. Não se pode haver como sentença o que não ostenta os componentes mínimos deste conceito²¹³³, porquanto, v. g., em uma sentença despojada totalmente de motivação, onde é que o juiz resolveu as questões de fato e de direito, preliminares e prejudiciais, de natureza processual ou substancial, da lide, antes de se pronunciar sobre o mérito?

Nessa moldura, a sentença juridicamente inexistente, por seu conteúdo, dê que lhe falta o elemento capital da fundamentação, mostra-se originalmente incapaz de proporcionar segurança jurídica a uma relação controvertida, e, bem por isso, inidônea para formar coisa julgada material²¹³⁴, *i. e.*, imutabilidade em processos futuros.

Em semelhante conjuntura, prestigiosa doutrina sustenta que, se a sentença é juridicamente inexistente, sequer haveria interesse (binômio necessidade-utilidade), tampouco possibilidade de impugná-la. É dizer: não se poderia impugnar uma sentença que

²¹³² CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 2. p. 178: “*a) sentenza giuridicamente inesistente: si ha tutte le volte in cui manca qualcuno di quegli elementi di fatto che la legge considera indispensabili a costituire il concetto giuridico di sentenza; in questi casi, anche se esteriormente si ha una apparenza di giudicato (Scheinurteil), si tratta in realtà di uno stato di fatto che giuridicamente non può essere sentenza (Nichturteil), e che della sentenza non ha alcun effetto, né entro il processo né fuori d'esso. È il concetto romano nella sua semplicità (V. I, n. 6); senonché le difficoltà sorgono quando si scende alle applicazioni pratiche, poiché i singoli casi di inesistenza del giudicato non possono essere fissati se non quando si concreti quali elementi di fatto siano da considerarsi come costitutivi del concetto di sentenza;*”. Assim também, do mestre florentino, *Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere*. p. 173.

²¹³³ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**, op. cit., p. 140: “Faltando os fundamentos do decisório, o ato judicial deixa de ser considerado como tal.”

²¹³⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 214-215: “*Perciò, concludendo, la sentenza, per essere considerata inesistente, deve presentare vizi più radicali, più gravi di quelli che importano la sua nullità; nessuna acquiescenza o decorrenza di termini può consentirle di acquistare un'efficacia qualsiasi; ed è inconcepibile il suo passaggio in giudicato. Ma ciò non esclude che il giudice dell'impugnazione, o qualsiasi altro giudice, possa dichiarare occasionalmente la sua totale inefficacia.*”

juridicamente não existe²¹³⁵. Não se pode, contudo, aderir a tal opinião, pois, em sede de produção de algum efeito prático, no mundo fático²¹³⁶ (uma coisa é existir faticamente, outra, completamente diversa, é existir juridicamente), a parte pode defender-se por qualquer meio idôneo, desde simples petição, passando pela interposição dos recursos cabíveis e, com plena coerência à tese ora placitada, até a propositura de ação declaratória de inexistência jurídica da decisão²¹³⁷, por força da garantia fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário. Portanto, não há incompatibilidade entre inexistência do ato impugnado e sua impugnação, pois que, embora a sentença seja juridicamente inexistente, é um ato materialmente existente. O recurso, aqui, é o meio mais célere para o reconhecimento da carência dos elementos nevrálgicos para a vida jurídica do ato²¹³⁸.

Não à crise de certeza. O objeto de tais instrumentos processuais será a afirmação judicial de inexistência e o interesse está no reconhecimento da respectiva incerteza e, simetricamente, obtenção de certeza quanto à inexistência decisão judiciária²¹³⁹. Por exemplo: prolação de sentença de anulação de casamento completamente desnuda de motivação gráfica e o litigante autor esteja na iminência de praticar o ato material de averbação do cancelamento à margem do registro do casamento no respectivo Cartório de Registro Civil²¹⁴⁰. De acordo com a tese ora placitada, a total falta de motivação (nota essencial constitutiva da *fattispecie*

²¹³⁵ GRANGE, Adolfo Klitsche de la, op. cit., p. 1236: “*Se una sentenza è inesistente non c'è né la possibilità né il bisogno di cassarla o riformarla: non essendoci né parte vittoriosa né parte soccombente, nessuno può avere interesse a impugnarla in Cassazione. Conseguo che l'inesistenza di una sentenza, se è vera inesistenza, non solo non può essere dichiarata d'ufficio dal giudice d'impugnazione, ma nemmeno ad istanza di parte, giacché il reclamo deve ritenersi pregiudizialmente inammissibile, per mancanza dell'oggetto e dell'interesse. È, questo, un principio che il diritto romano già applicava per la sentenza nulla (D., 49, 8, 1; C., 7, 64) e che era pacifico anche nel diritto intermedio per quanto riguarda l'appello, salva la querela nullitatis.*”

²¹³⁶ PINTO, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 183-184: “Atos inexistentes podem produzir efeitos, desde que isto seja possível *material, fática e concretamente.*” (Grifos no original)

²¹³⁷ Em sentido contrário, vide GRANGE, Adolfo Klitsche de la, op. cit., p. 1243: “*Il giudice d'impugnazione, presso cui sia portato un provvedimento che non sia sentenza, deve rifiutare il proprio ufficio perché manca il presupposto fondamentale per la sua attività, limitata per legge a riformare o cassare le sentenze, ingiuste o nulle finché si vuole, ma che siano sentenze. Non ci sembra esatto, poi, che l'inesistenza della sentenza si possa far valere con un'apposita azione di accertamento da portare innanzi al giudice di primo grado competente secondo le regole normali, rimedio che il Bianchi denomina actio nullitatis (...).*”

²¹³⁸ Corte de Cassação italiana, sez. 2. civ., sent. n. 9, de 4.1.1977 (conf. sent. n. 698, de 1972).

²¹³⁹ GOMES, Danilo Heber, op. cit., p. 117: “O máximo que se pode extrair do ato inexistente é a incerteza de que ele realmente não existe. Não havendo suspeita, nada será necessário. Do contrário, sendo duvidoso o seu reconhecimento, cabível a ação declaratória. Pairando essa dúvida, deverá ser ajuizada ação declaratória para que se torne claro, que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata.”

²¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, op. cit., p. 179.

legal da sentença) provoca a inexistência jurídica do julgado. Com efeito, não pode ser considerada sentença um ato jurídico processual a que falte elemento de fato que a lei considere indispensável a constituir o conceito jurídico de sentença, como quando não se enxergue qualquer vestígio de motivação (positivamente, *v. g.*, a não-sentença tem apenas relatório e dispositivo, ou apenas parte dispositiva). Em semelhante perspectiva, não se entende que se está diante de uma sentença, posto equivaler a um nada jurídico, ante a cabal carência de razões justificativas, por não consolar o Estado Constitucional Democrático de Direito. Portanto, não se pode dizer que o recurso interposto seja supérfluo ou inútil.

Sob outro ângulo de mirada, em tema de sentença totalmente despojada de motivação gráfica ou ideológica, é de se descartar, para soar com coerência, o manejo da ação rescisória²¹⁴¹, seja porque a sentença é juridicamente inexistente e, por isso mesmo, não se pode rescindir ou desconstituir algo que não exista²¹⁴², seja porque, em casos tais, a decisão hospeda deformidade essencial que sobrevive à coisa julgada material²¹⁴³.

Afigura-se inadmissível igualmente o ajuizamento de ação anulatória da sentença completamente desnuda de motivação, porquanto, sendo o defeito de inexistência (insuficiência do suporte fático) e não de invalidade (deficiência no suporte fático), não se

²¹⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, op. cit., p. 740: “A parte prejudicada pela sentença nula *ipso iure* ou inexistente, para se furta aos seus indevidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória, como bem alerta Liebman. Para tanto, bastará: (...) b) propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, já que a causa anterior é *nenhuma*.” (Grifos no original).

²¹⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 6. p. 184: “não há ação rescisória de sentença que pode ser *revogada* ou *reformada*, porque a tal sentença falta coisa julgada formal. Nem de sentença *inexistente*, pois seria rescindir-se o que *não é*: não se precisaria de *desconstituir*; bastaria, se interesse sobrevém a alguma alusão a essa “sentença”, a decisão declarativa de inexistência.” (Grifos no original); BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 108, continuação da nota de rodapé n. 17: “soa contraditória, na medida em que averba de “juridicamente inexistente” a sentença e, não obstante, admite o cabimento de ação rescisória contra ela: o que *não existe* não pode ser objeto de rescisão. A nosso ver, a rescisória é, na hipótese, desnecessária (e, portanto, inadmissível)” (Grifos no original); THEODORO JÚNIOR, Humberto. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença, op. cit., p. 167: “O que não existe não pode ser rescindido (...).”

²¹⁴³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Nulidade da sentença. In: **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1947. p. 186: “Qual seria, em verdade, o processo adequado para a declaração de tal nulidade? Não há outra resposta que esta: todo e qualquer processo é adequado para constatar e declarar que um julgado meramente aparente é na realidade inexistente e de nenhum efeito. A nulidade pode ser alegada em defesa contra quem pretende tirar da sentença um efeito qualquer; assim como pode ser pleiteada em processo principal, meramente declaratório. Porque não se trata de reformar ou anular uma decisão defeituosa, função esta reservada privatamente a uma instância superior; e sim de reconhecer simplesmente como de nenhum efeito um ato juridicamente inexistente.” Assim também, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 107: “Numa única hipótese sobrevive ao trânsito em julgado, com a mesma intensidade, a consequência do vício de sentença *inexistente* (...).” (Grifos no original); BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**, op. cit., p. 498.

pode anular (rescindir) aquilo que simplesmente não existe. Nessa hipótese de cabal falta de motivação gráfica ou ideológica, não se mostra viável também a *querela nullitatis*²¹⁴⁴, por representar uma espécie de ação anulatória²¹⁴⁵, incabível, como é intuitivo, no plano da inexistência jurídica²¹⁴⁶.

Conducente dizer que, na contingente produção de algum efeito prático, sem restrições temporais²¹⁴⁷ nem preclusões²¹⁴⁸, a par de atravessar a coisa julgada material, se evidencia, na farmacopeia processual, o remédio consistente no ajuizamento de ação declaratória de inexistência jurídica de sentença completamente desnuda de motivação gráfica ou ideológica²¹⁴⁹. A parte, através desta ação de accertamento negativo²¹⁵⁰, colima obter do juiz a

²¹⁴⁴ Em relação à nulidade insanável ou nulidade absoluta, vide CALAMANDREI, Piero. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 6, parte 1, p. 112-128, 1951, esp. p. 119.

²¹⁴⁵ BETTI, Emilio, op. cit., p. 633-634: “*Tuttavia, nè il principio dell’assorbimento della querela di nullità nel mezzo di gravame nè il suo corollario, per cui il vizio della sentenza è sanato dal passaggio in giudicato, possono ricevere applicazione quando la sentenza, più che nulla o inammissibile, sia addirittura inesistente. Perchè sia aperta la possibilità di proporre un gravame, così che il decorso del termine per l’impugnativa possa sanare il difetto formale della sentenza, occorre che degli elementi e dei requisiti di questa sussista almeno quel minimo, che è indispensabile affinché si capisca che si trova di fronte ad una sentenza (...)*”

²¹⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 101, v. 377, p. 43-61, jan./fev. 2005, esp. p. 45: “Assim: quem sustente a inexistência da coisa julgada, terá coerentemente de rejeitar o cabimento de ação rescisória contra a sentença.” Vide, no mesmo diapasão, GOMES, Danilo Heber, op. cit., p. 116, 119: “Conclui-se, então, que a inexistência é o nada jurídico, e pode ser declarada a qualquer tempo, não havendo o que falar de preclusão. Com efeito, não será cabível para o reconhecimento da inexistência a ação rescisória, nem qualquer tipo de ação anulatória, aí incluída a *querela nullitatis*.”

²¹⁴⁷ ZANZUCCHI, Marco Tullio, op. cit., p. 442.

²¹⁴⁸ MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. Terza edizione. Torino: Giappichelli, 1999, v. 1. p. 384-385: “*Tale vizio è, infatti, ritenuto dalla legge talmente grave che si è disposta la sua sopravvivenza anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza e la sua autonoma deducibilità, senza limiti temporali, con apposita actio nullitatis: si parla anche, al riguardo, di nullità-inesistenza o, più semplicemente, di inesistenza, per sottolineare l’impossibilità di sottoporre questo vizio a qualsiasi tipo di sanatoria, caratteristica, quest’ultima, che parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono di estendere anche ad altri vizi di analoga gravità (come la mancanza del dispositivo o la pronuncia di sentenza a non giudice), sul presupposto della non esaustività dell’ipotesi contemplata nel secondo comma dell’art. 161.*”

²¹⁴⁹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 372: “Se a própria sentença for juridicamente inexistente, porém, então ela não tem intrinsecamente condições para produzir efeitos; conseqüentemente, não passa em julgado e a qualquer tempo poderá o vício ser declarado.”; COSTA, Sergio, op. cit., p. 200; em sentido crítico no que tange à utilidade do manejo da ação declaratória de inexistência jurídica da sentença, vide ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1966, v. 2. p. 270: “Essa è un quid che non vive neanche nel mondo materiale, perchè è un non essere, sicchè contro di essa non è necessario spiegare alcuna azione per eliminarla, nè alcuna impugnativa, essendo sufficiente, ad ogni effetto, il dichiarare che l’atto non esiste.” Naquela página, o dissenso de entendimento do Ordinário de Diritto processuale civile nell’Università di Napoli também se manifesta na nota de rodapé n. 2.

declaração de que a sentença não existe, e que jamais juridicamente existiu. Daí descende que, em linha de princípio, a inexistência jurídica poderá sempre fazer-se valer²¹⁵¹, até mesmo, incidentalmente, mediante impugnação no âmbito de procedimento de cumprimento de “julgado” ou embargo à execução²¹⁵². Vertente doutrinária sustenta, nos dois últimos casos, que o pronunciamento judicial que se poderá requerer não será que a sentença é inexistente juridicamente, mas que não há o título para fundamentar a execução ou o cumprimento do julgado²¹⁵³. Contudo, bem pesadas as coisas, o exercício de tautologia é evidente: não existe o título que possa supedanear a execução, justamente porque a sentença não existe juridicamente.

²¹⁵⁰ CALAMANDREI, Piero. Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere, op. cit., p. 179-180: “(...) sempre ci troveremo dinanzi a uno di questi due mezzi tipici: o ad una azione di accertamento negativo, o ad una azione di impugnativa. Il primo mezzo sarà sperimentabile in tutti quei casi in cui il vizio che inquina la sentenza è tale da impedire fin da principio di cominciare ad esistere giuridicamente o ad agire praticamente come sentenza: cioè in tutti i casi di sentenza giuridicamente inesistente (retro, n. 82 a) o di sentenza assolutamente nulla (retro, n. 82 b; n. 83 a); il secondo mezzo sarà sperimentabile in tutti quei casi in cui la sentenza ha gli elementi necessari alla sua esistenza giuridica ed al raggiungimento pratico del fine giurisdizionale, ma è in uno dei suoi elementi viziata in modo tale, che sorge, da questo vizio, a favore di una parte, il diritto all’invalidazione: cioè in tutti i casi di sentenza annullabile (retro, n. 82 c; 83 c), o di sentenza revocabile (retro, n. 83 b).” Assim, também, BETTI, Emilio, op. cit., p. 636: “Se la sentenza inesistente danneggia invece il convenuto, questi può in qualunque tempo chiedere con azione di accertamento negativo che sia dichiarata l’inefficacia della decisione apparente. Appositi mezzi per impugnare la sentenza inesistente non vi sono, perchè l’esistenza della sentenza che si asserisce difettosa è naturale presupposto di ogni potere d’impugnativa: non s’impugna il nulla.”

²¹⁵¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, op. cit., p. 898.

²¹⁵² SATTA, Salvatore, op. cit., p. 208: “Prima di esaminare le norme relative alla nullità, bisogna considerare la distinzione, che di solito si fa nella dottrina, e che ha avuto ed ha larga eco nella giurisprudenza, fra nullità e inesistenza degli atti. Si suole col nome di inesistenza indicare un vizio dell’atto, cioè una difformità sua dalla fattispecie legale, che incide su posizioni giuridiche fondamentali del soggetto, determinandone una inammissibile violazione. Si parla a questo proposito di mancanza di uno degli elementi costitutivi dell’atto, e si contrappone l’ipotesi alla nullità, che esprime anch’essa un vizio dell’atto, ma tuttavia non così grave da escludere che l’atto possa essere riconosciuto come tale, anche se eventualmente possa essere rimosso con la dichiarazione della sua nullità. Dal punto di vista pratico, l’inesistenza escluderebbe qualsiasi valore ed effetto dell’atto, che non avrebbe bisogno di essere impugnato per respingere le pretese che su di esso si volessero fondare (sarebbe a ciò sufficiente una semplice eccezione, in sede ad es. executiva);”. Assim também, COSTA, Sergio, op. cit., p. 400: “La sentenza inesistente è un nulla, o, come dicono i tedeschi, una non-sentenza (Nichturteil); essa non può produrre effetti di sorta, e le parti potranno difendersi da essa con una azione di accertamento negativo, eventualmente in sede di opposizione all’esecuzione.”

²¹⁵³ GRANGE, Adolfo Klitsche de la, op. cit., p. 1243: “Finalmente, l’interesse ad accertare che non esiste sentenza potrà essere tutelato in sede di opposizione ad esecuzione, ma anche qui in via pregiudiziale ed incidentale, perché a rigor di termini la pronuncia che potrà richiedersi dall’opponente non sarà che la sentenza con cui si agisce è inesistente, bensì che non c’è titolo per procedere a esecuzione.”

10 A NECESSÁRIA REDENÇÃO DO RECURSO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O CONTROLE JURISDICIONAL POR OMISSA, INSUFICIENTE OU CONTRADITÓRIA MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA

10.1 O juiz Crono: primeiro antídoto contra o vício de motivação

O modelo de juiz Crono, em seu *modus operandi*, nutre-se de suas próprias obscuridades, contradições e omissões, a par de abocanhar o garantismo processual (v. g., acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva, igualdade, contraditório e ampla defesa, imparcialidade do juiz, publicidade, devido processo legal) e devorar jurisdicionados. Não por acaso, o juiz Crono é refratário ao dever de motivar suas decisões. Comumente, a sentença croniana, em sua estrutura formal, contém apenas relatório e parte dispositiva, sendo, pois, destituída de motivação gráfica. Visualmente, há um espaço vazio entre relatório e dispositivo do julgado, à semelhança da imagem de um rio seco em que se divisam tão somente suas duas margens.

O juiz Crono especialista na arte de dissimular, apresenta, de quando em vez, sentença fornida de motivação gráfica, cujo conteúdo, no entanto, não guarda pertinência temática alguma com as especificações fático-jurídicas do caso concreto submetido à sua cognição. Um exemplo é oportuno para ilustrar o raciocínio de não apreciação da causa posta: lide, cuja *causa petendi* retrate defeito de negócio jurídico de compra e venda consistente em erro ou ignorância, ao passo que, alterando, sem mais nem menos, a causa de pedir, a sentença julgue improcedente o pedido anulatório baseado exclusivamente em motivação atinente à fraude contra credores. A questão era infensa obviamente ao princípio *iura novit curia*, haja vista que os pressupostos fáticos desses dois defeitos do negócio jurídico são completamente díspares, irreconciliáveis entre si. Existe formalmente uma “motivação gráfica”, mas a incongruência entre a hipótese versada nos autos do processo e as razões justificativas dos juízos de fato e de direito ministradas pelo juiz Crono, colocadas na base de sua conclusão final, revela falta de motivação ideológica. Há apenas uma aparência de motivação, que, nem de longe, satisfaz o dever de motivar imposto ao juiz. Ambas as hipóteses (falta de motivação gráfica e ideológica) não se coadunam com o Estado Constitucional Democrático de Direito.

O juiz Crono cultiva personalidade excêntrica, sendo formidável colecionador de teratologias forenses. São-lhe inerentes, por exemplo, casos de (i) pedidos formulados em ordem sucessiva, no qual julga o terceiro pedido sem que o primeiro e o segundo tenham sido objeto de decisão de improcedência; (ii) rejeição do pedido principal, sem que, em seguida, aprecie o subsidiário. Nesses casos, ante a ausência de embargos de declaração, não se formará coisa julgada material em relação aos pedidos não apreciados e decididos, pois não há sentença implícita. O autor poderá ajuizar nova demanda para postular a prestação jurisdicional pertinente.

Soa acaciano que a falta de motivação (gráfica ou ideológica) aniquila, por completo, a possibilidade de controle racional sobre o *decisum*. A face autoritária do juiz Crono deixa entrever traços quase imperiais ao se regozijar de suas motivações precárias, insuficientes, obscuras, incôngruas, omissas, distanciadas das circunstâncias do caso particular e das necessidades de tutela do direito material em crise. No altar da hipocrisia, o juiz Crono sacrifica, sem hesitar, direitos fundamentais e garantias essenciais do processo judicial, a ponto de reduzi-lo a menos que pura farsa, a um arremedo de justiça, tão inverossímil quanto imaginar Sísifo feliz.

No fundo desse pântano de não jurisdicionalidade, nascem, qual Flor de Lótus, os embargos de declaração. Eles crescem em direção à superfície das águas dos princípios da solidariedade, da colaboração²¹⁵⁴ e da cooperação²¹⁵⁵, em direção à luz da qualidade da tutela jurisdicional e da efetividade da respectiva prestação. Uma vez que vêm à tona, começam a florescer e a transformar-se no primeiro instrumento contra os vícios de motivação das decisões judiciais. Nessa perspectiva, os embargos de declaração tornam-se um símbolo de (re)despertar para o diálogo, da humanização da realidade existencial do processo em sua nova dinâmica cooperativa. O recurso de embargos de declaração exhibe dupla feição: (i) como alegoria de superação, representa a difícil luta da vida das partes para se desgarrar da lama do juiz Crono e subir à superfície cristalina do processo justo; (ii) como tecnologia de

²¹⁵⁴ Sobre não ser a colaboração um princípio, confirmam-se as observações críticas de STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 528. Vale notar, em sentido diametralmente oposto, MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, p. 55-68, abr. 2011.

²¹⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 11-28, jul. 2006, esp. p. 18-19: “Daí a necessidade de estabelecer-se o permanente concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa. Colaboração essa, acentue-se, vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das ideias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de serem empregados convenientemente na decisão. Semelhante cooperação, ressalte-se, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual.”

aperfeiçoamento da função jurisdicional²¹⁵⁶ e de aprimoramento da resposta do Estado-juiz, expressada na sentença, e verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal²¹⁵⁷, uma vez que, interpostos, revelam a virtude de deslocar a tutela jurisdicional que estava sob o signo do ponto de interrogação para o espaço de humildade judicial.

Os embargos de declaração permitem, mediante sucessiva decisão, embora pelo mesmo órgão judicante prolator da decisão embargada, o esclarecimento de obscuridades, a eliminação de contradições e o suprimento de omissões²¹⁵⁸ (v. g., há omissão na sentença se o juiz deixa de apreciar aspectos relevantes da causa que, por si sós, possam influenciar no resultado do julgamento), a configurar significativo exemplo de sentença complexa²¹⁵⁹. A contradição que autoriza a interposição do recurso de embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, vale dizer, há de figurar no próprio corpo da decisão (v. g., no pronunciamento jurisdicional se incluem enunciados entre si incompatíveis). Significa dizer que desmerece acolhida, por exemplo, a alegação de contradição entre sentença e outra

²¹⁵⁶ SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). p. 165-166.

²¹⁵⁷ Supremo Tribunal Federal brasileiro, Segunda Turma, AI 163.047-5-PR-AgRg-EDcl, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 18.12.1995, DJU 8.3.1996, p. 6.223, valendo destacar o seguinte fragmento de sua ementa: “EMBARGOS DECLARATORIOS - APERFEIÇOAMENTO DO ACÓRDÃO - OPTICA FLEXIVEL. Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal.”

²¹⁵⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994) II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Em sua redação original, o texto previa também a “dúvida” como hipótese de cabimento dos embargos declaratórios. Ora, a dúvida subjetiva, acaso existente, estava no espírito do julgador. Uma vez dada à luz a decisão, a “dúvida” naturalmente se dissipou. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 1035: “Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia, de ofício ou a requerimento da parte, pronunciar-se o órgão jurisdicional; III – corrigir erro material; IV – corrigir erro na análise de requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso. Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão quando não se tiver manifestado sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, que seja aplicável ao caso sob julgamento.”

²¹⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. La sentenza soggettivamente complessa. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 106-144, esp. p. 132: “A una vera e propria sentenza complessa, nel senso di concorso di elementi logici e volitivi apportati da provvedimenti diversi, possono invece dar luogo quegli istituti processuali, ammessi da qualche legislazione straniera, che mirano a provocare da parte del giudice, il quale abbia ragionato e conseguentemente voluto in modo oscuro e incompleto, una dichiarazione sul significato della sentenza e una integrazione di questa sui punti restati indecisi. Qui, evidentemente, il ragionamento e l’atto di volontà da cui ha origine il giudicato non è contenuto per intero nella prima sentenza, ma è ripartito tra due diverse pronuncie: onde il giudizio e la conseguente volizione da cui deriva il giudicato si può considerare come la somma di due diversi provvedimenti, ognuno dei quali apporta una porzione di elementi costitutivi al contenuto dell’atto giurisdizionale sostanzialmente unico.”

decisão proferida no mesmo processo ou alguns dos elementos constantes dos autos, pois, aqui, haveria erro de julgamento (*error in iudicando*) ou vício processual (*error in procedendo*). Assim também, revelam-se inadmissíveis os embargos de declaração com fulcro em fundamentação diferente entre os votos vencedores, haja vista que não houve discrepância na conclusão.

Uma das peculiaridades do recurso de embargos de declaração está em que o interesse em recorrer prescinde de sucumbência, além de ser apreciado e julgado pelo mesmo órgão julgante prolator da decisão embargada, haver dispensa de preparo e interromper o prazo, com sua restituição integral, para interposição de outros recursos cabíveis, por qualquer dos litigantes,²¹⁶⁰ contra a mesma decisão. Força é convir que semelhante efeito interruptivo somente opera, para o próprio embargante, se admissíveis²¹⁶¹ os embargos de declaração. É que não ocorre, por exemplo, quando forem intempestivos, hipótese em que ao órgão julgador está interdita a possibilidade de conhecê-los. Daí ser insuficiente a mera interposição dos embargos de declaração. Seja como for, parece razoável pensar que, mesmo o recurso sendo inadmissível e, por isso mesmo, o efeito interruptivo não se operando em relação ao próprio embargante, a parte contrária²¹⁶² bem como o terceiro prejudicado e o Ministério Público, quando oficie como fiscal da lei, devem desfrutar da interrupção do prazo recursal. A ser diferente, serão colocados em uma armadilha processual.

Nessa moldura dantesca de patologias, os embargos de declaração despontam como antídoto primário tendente a neutralizar o veneno dos vícios de motivação: implicam, por dizer assim, possibilidade de motivação tardia. Com efeito, é a via processual idônea para, de logo, impugnar-se decisão com (i) falta de motivação gráfica ou ideológica; (ii) motivação obscura ou contraditória; (iii) motivação insuficiente, como quando omita ponto relevante sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal ou, por exemplo, pela ausência no acórdão das razões da divergência do ponto de vista de integrante do colegiado. O novo modelo

²¹⁶⁰ Código de processo civil brasileiro de 1973, arts. 536 e 538. Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, “art. 1036. Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, não estando sujeitos a preparo”. “Art. 1039. Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes.”

²¹⁶¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões técnicas de julgamento nos tribunais. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 283-297, esp. p. 288-289.

²¹⁶² Como parece extrair-se do excerto de BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 567: “Permanece válida, entretanto, a ressalva de que embargos inadmissíveis (v. g., intempestivos) - e dos quais, por isso, o órgão judicial não pode conhecer - nenhuma influência têm no prazo para outro recurso *do próprio embargante*.” (Grifos no original).

constitucional de sentença é o de sentença motivada. Por assim ser, o jurisdicionado tem direito fundamental subjetivo a exigir do juiz que exponha, com clareza, precisão, congruência e suficiência, as razões justificativas que embasam a sentença²¹⁶³. Quer-se dizer, em síntese, que a parte tem o direito essencial à entrega de prestação jurisdicional de forma escorreita, clara, precisa e completa²¹⁶⁴. Almeja-se assegurar resultados menos imperfeitos na realização da Justiça, fazendo-a tão boa e justa quanto possível na prática, sempre com maior limpidez das decisões judiciais, mais coesão entre os enunciados internos do julgado e melhor completude.

O recurso de embargos de declaração pode caber contra qualquer pronunciamento jurisdicional de conteúdo decisório, seja qual for a sua espécie (v. g, no ordenamento processual brasileiro: decisão interlocutória, sentença, acórdão), tipo de processo (de conhecimento, de execução ou cautelar) ou de procedimento, órgão de que provenha ou grau de jurisdição em que se profira²¹⁶⁵. Assim é, porque afronta a consciência jurídica que possa ficar sem reparo obscuridade, contradição ou omissão existente no *decisum*, a configurar falha de fundamentação.

A decisão proferida em sede de embargos declaratórios, ainda que rejeitando-os, é integrativa da decisão embargada. Levado a sério pelo juiz ou tribunal, pode impedir que o jurisdicionado tenha que se enredar por verdadeira *via crucis*, daí prestar inestimáveis serviços à economia processual e judicial, além de dar arras à garantia fundamental da tutela jurisdicional efetiva. Quando, com os olhos voltados para o compromisso com a jurisdição, o juiz julga de forma refletida e responsável os embargos de declaração, como é intuitivo, prestigia a garantia essencial da duração razoável do processo, sem dilações indevidas. Suponha-se a rejeição do pedido principal sem que o juiz aprecie o subsidiário. Com a interposição (por qualquer das partes e não apenas pela que formulou o pedido não

²¹⁶³ A sentença arbitral, como é intuitivo, poderá também conter obscuridade, contradição ou omissão, que reclamem elucidação. Daí resulta que o legislador brasileiro criou procedimento análogo ao dos embargos de declaração, como, de resto, se verifica da Lei n. 9.307, de 23.09.1996: “art. 30: No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.”

²¹⁶⁴ PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.385/2001, 10.444/2002. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 177: “Com efeito, toda decisão judicial deve ser clara, isenta de dúvidas e completa a respeito da questão posta para o julgador, não apenas ao decisório, mas também quanto à fundamentação que a sustenta.”

²¹⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 155.

apreciado), admissão e provimento dos embargos de declaração, o juiz apreciará e julgará o pedido subsidiário e, assim, evitar-se-á que, ao menos em relação a tal omissão, a parte se veja na contingência de interpor recurso de apelação, esticando indevidamente a duração do processo.

Nos recursos de fundamentação vinculada²¹⁶⁶ mais se agiganta a necessidade de prequestionamento explícito, não admitidos, ainda quando se trate de matéria constitucional, nem o implícito tampouco o ficto (o art. 102, III, da Constituição Federal brasileira, de 1988, alude a “causas decididas”). O prequestionamento exige que o acórdão recorrido tenha se manifestado de maneira clara sobre a matéria constitucional objeto do Recurso Extraordinário. Nesse passo, merece crítica a posição do Supremo Tribunal Federal brasileiro, que joga sobre os ombros do jurisdicionado eventual omissão do tribunal *a quo* em emitir juízo explícito sobre a interpretação e aplicação de dada norma constitucional, a despeito do oferecimento tempestivo de embargos declaratórios que fossem realmente cabíveis, desprezando-se os princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade processual. Seja como for, à parte que pretenda, por exemplo, interpor recurso extraordinário, cumpre, adrede, manejar os embargos de declaração com a finalidade de prequestionar, no aresto impugnado, a matéria constitucional objeto de fundamentação vinculada²¹⁶⁷. Não se admite, no entanto, o emprego dos embargos declaratórios para suscitar, em primeira mão nos autos do processo, questões que, até então, não haviam sido ventiladas e, por isso, deixaram de ser objeto de debate anterior em contraditório das partes.

²¹⁶⁶ No ordenamento jurídico brasileiro, *v. g.*, na Constituição Federal de 1988, relativamente ao Recurso Extraordinário, a teor do disposto no art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. Assim também no tocante ao Recurso Especial, nos termos do art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.” Veja-se, no ordenamento jurídico italiano, pertinentemente ao “*ricorso per cassazione*”, o *Codice di Procedura Civile*, art. 360, números 1 a 5.

²¹⁶⁷ Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: Enunciado n. 282: “É inadmissível recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” Hoje, matéria constitucional. Enunciado n. 317: “São improcedentes os embargos declaratórios, quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão.” Enunciado n. 356: “O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça: Enunciado n. 98: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.” Enunciado n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal “*a quo*”.”

10.2 Controle endoprocessual, solidariedade, colaboração e cooperação

Vexata quaestio: incidente processual ou recurso de declaração? A definição da natureza jurídica dos embargos de declaração exhibe, na prática forense, elevada importância quando se medita, por exemplo, nos problemas da unirrrecorribilidade das decisões judiciais, da *reformatio in pejus* e da exigência de exaurimento recursal nas instâncias ordinárias ao fito de descortinar, por exemplo, os recursos extraordinário e especial. No ordenamento jurídico-processual brasileiro, *de lege lata*, a discussão parece estar superada, porque o legislador fez clara opção²¹⁶⁸ no sentido de reconhecer natureza recursal aos embargos de declaração. Verifica-se, assim, no Código de Processo Civil de 1973: (i) alocação dos embargos de declaração sob o Título X, pertinente aos recursos, Capítulo I (“art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: IV- embargos de declaração”)²¹⁶⁹ e Capítulo V (art. 535). Ademais, os embargos de declaração interrompem prazo para a interposição de outros recursos cabíveis, por qualquer das partes, como ressumbra do teor literal do art. 538, *caput*.²¹⁷⁰ Os defeitos que autorizam a interposição dos embargos de declaração implicam deformidades na motivação do pronunciamento jurisdicional²¹⁷¹.

Como imperativo do próprio sistema de justiça, no plano interno do processo, há obrigatoriedade de motivação da decisão, em cuja sede o juiz não apenas analisa todas as questões de fato e/ou de direito, suscitadas pelas partes ou cognoscíveis de ofício, senão

²¹⁶⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 547: “Não obstante arrolados expressamente entre os recursos pelo Código de 1939 (art. 808, nº V), como por leis anteriores, controvertia-se em doutrina acerca da verdadeira natureza dos embargos de declaração. Vários autores negavam-lhes, com argumentos diversos, o caráter de recurso, que outros lhes reconheciam. A nosso ver, a questão é pura e simplesmente de direito positivo: cabe ao legislador optar, e ao intérprete respeitar-lhe a opção, ainda que *de lege ferenda*, outra lhe pareça mais aconselhável.”

²¹⁶⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 907: “Natureza jurídica. Quer sejam interpostos contra decisão interlocutória, sentença ou acórdão, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso (CPC 496 IV), sujeitando-se aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos.”

²¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 567: “A *ratio* permite, aliás, estender a norma a outros possíveis recorrentes (terceiro prejudicado, Ministério Público em função de *custos legis*).”

²¹⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 544-545: “Por outro lado, a função complementar que têm os embargos de declaração também não pode ser menosprezada, uma vez que uma decisão (ou, pelo menos, à sua falta de fundamentação), já que não se pode alcançar sua extensão adequada, ou não se pode compreender as razões que levaram o órgão jurisdicional a determinado entendimento. Assim, os embargos de declaração devem ser considerados como um tipo de recurso.”

também as resolve. As razões justificativas grafadas na motivação servem de supedâneo à conclusão final e representam o amálgama entre a ordem jurídica e a concreta proteção dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, a motivação desempenha papel técnico-processual e instrumental na economia do processo, justamente por consentir a conexão entre sentença e impugnação. Ao desincumbir-se de seu dever de motivar, o juiz articula as razões comprobatórias da validade de seus critérios de escolha, explica os juízos axiológicos tendentes a justificar determinada solução final dada à causa, além de banir o cunho simplesmente voluntarístico do exercício da atividade jurisdicional. Tudo a permitir controlabilidade racional interna (e externa) sobre a juridicidade objetiva do *decisum*.

A racionalidade e a controlabilidade endoprocessual, abonadas pela motivação, além de coarctarem decisões arbitrárias, evidenciando se foram observadas as vinculações à juridicidade e ao Direito, têm por escopo básico o de possibilitar o exame de conveniência e oportunidade da parte que, em caso de decisão que lhe seja desfavorável, conhecendo os respectivos fundamentos, poderá defender-se adequadamente, apresentando impugnação. A peça recursal será melhor elaborada com argumentos fático-jurídicos específicos, a partir dos motivos ministrados pelo juiz. Sob o prisma vertical de mirada, a motivação facilita, em instância superior, o controle burocrático exercido pelos juízes revisores (juízo do recurso), os quais hão de julgar melhormente o conflito conhecendo os fundamentos adotados pela instância inferior (via de regra, juízo da causa). Daí deriva que a motivação da sentença é instrumento técnico-processual plugado ao modo de ser do processo, ao seu próprio funcionamento e à centralização verticalizada das estruturas dos órgãos jurisdicionais.

A falta de motivação da sentença (gráfica ou ideológica), que conspurca o legítimo exercício da jurisdição através de razões justificativas insuficientes, constitui óbice à adequada formulação de juízo de conveniência da parte em impugná-la. Demais disso, nesse caso, a parte ficará tolhida de liberar-se do ônus de impugnação específica (não-genérica) dos argumentos de fato e de direito que haveriam de ser alocados pelo juiz na base de sua conclusão final. Os vícios da motivação dificultam, ante a falta de elementos suficientes, a formulação conscienciosa de razões do pedido de anulação ou de reforma da decisão. Além disso, eclipsam a ideia de melhor funcionamento dos tribunais e embaraçam o aprimoramento do controle de juridicidade e de justiça das decisões judiciais feito pelos juízes revisores.

A motivação, sob a ótica endoprocessual, é o elo entre decisão e sua impugnação. Ao explicitar razões justificativas, o juiz presta contas dos critérios (objetivos) de escolha nos quais alicerçou sua conclusão final. O discurso justificativo, hospedado na motivação, ao

ângulo instrumental, ambiciona convalidar, racionalizar e tornar aceitável a decisão. Consente que as partes identifiquem erros e vícios suscetíveis de impugnação e, conseqüentemente, articulem mais adequada estruturação argumentativa da peça recursal.

Há, porém, mais. No influxo da liberdade das partes, a exatidão revela-se no dever de o juiz observar o indispensável encadeamento entre o pedido formulado (pelo autor, na petição inicial, ou pelo réu, em reconvenção ou pedido contraposto) e a sentença. O pedido limita o âmbito da sentença: esta adstringe-se à bitola daquele. Daí descende a vedação ao juiz de proferir, em regra, decisão de natureza diversa da pedida (*extra petita*: como o locatário que, na ação de preferência, não pede alternativamente perdas e danos em face do locador), pois seria decidida causa diferente da que foi posta em juízo.

É-lhe também interdita a possibilidade de deixar de deliberar sobre o pedido ou parte dele (*citra petita*: como em uma ação de cobrança na qual o autor peça 100 e o juiz examine apenas 80). Tal hipótese não se confunde com aquela outra em que a decisão proferida corresponde a um *minus* em relação à pretensão objeto da lide, como quando o pedido é julgado, conquanto analisado em sua totalidade, parcialmente procedente.

Ao juiz também é defeso condenar a parte em quantidade superior da que lhe foi demandada (*ultra petita*: como numa ação de indenização, por perda e danos, na qual o autor peça 100 e o réu seja condenado a pagar 120, em quantidade superior à pleiteada na petição inicial)²¹⁷². É dizer: pela afirmação da autonomia da vontade dos litigantes, o princípio da correlação demarca as fronteiras dentro das quais é lícito o juiz desenvolver suas funções jurisdicionais, pronunciando-se a propósito de tudo que as partes pediram e apenas no tocante a isto.

A regra é a de que os pedidos são interpretados restritivamente. Nada obstante, há hipóteses nas quais determinados pedidos devem ser considerados como implícitos na postulação de espectro mais amplo e, assim, é lícito ao juiz acolhê-los, embora não formulados expressamente no pedido inicial. Onze exemplos são oportunos para facilitar a compreensão: i) a procedência do pedido em ação de investigação de paternidade conduz, como consectário lógico-jurídico, ao cancelamento do registro, se no assento de nascimento, no Registro Civil, constava o nome de outro pai, não havendo necessidade de cumulação

²¹⁷² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 460: “É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 502: “É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” Na mesma rota, o novel Código do Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013), art. 615.º, 1, alínea e: “615.º Causas de nulidade da sentença 1 - É nula a sentença quando: e) O juiz condene em quantidade superior ou em objeto diverso do pedido.”

expressa de pedidos; ii) julgados procedentes os pedidos deduzidos em ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, disso resulta, lógica e automaticamente, a invalidade da partilha de bens em inventário realizada no juízo orfanológico sem o aquinhoamento do autor vitorioso, independentemente de ajuizamento de ação específica; iii) a procedência do pedido em ação de rescisão de compromisso de compra e venda e a determinação de restituição das prestações pagas; iv) a procedência do pedido em ação de reintegração de servidor público que, ademais, determine o pagamento dos direitos e vantagens com retroação à data do afastamento, posto que semelhante providência traduz consequência direta e lógica da reintegração; v) sentença que, ante pedido de exoneração total de pensão, determine a redução do valor dos alimentos; vi) quando a obrigação versar sobre prestações periódicas, de trato sucessivo, como cobrança de cotas de condomínio e de alugueres, estão implícitas no pedido original as prestações que se vencerem no curso do processo; vii) sentença que decrete a dissolução parcial de sociedade anônima, quando o autor houver postulado sua dissolução integral; viii) o ressarcimento de despesas processuais e condenação em honorários advocatícios; ix) a correção monetária; x) os juros moratórios²¹⁷³; xi) a aplicação, regida pelos princípios da atipicidade, variabilidade e proporcionalidade, de meios de efetivação de tutelas específicas, inclusive no microssistema processual coletivo.²¹⁷⁴

Não se pode afirmar que, em casos tais, o órgão julgador tenha prestado tutela jurisdicional *ex officio*, sem que a parte a tenha pleiteado.

É de uma nitidez ofuscante a necessária conexão entre os embargos de declaração e a motivação suficiente e cônica das decisões judiciais. Os problemas de obscuridade, de contradição e de omissão da sentença tendem a refletir-se, as mais das vezes, na respectiva motivação, quer por falta gráfica (total ou parcial) ou ideológica, quer por insuficiência de razões justificativas. Da mesma maneira, a problemática envolvendo decisão *extra petita*, *citra petita* e *ultra petita*, em que a decisão reclama reposição ao perímetro demarcado pelo pedido da parte. Esse é o terreno fértil, iluminado pela boa-fé objetiva e pela lealdade aplicáveis também ao Estado-juiz, para que vicejem os princípios da solidariedade²¹⁷⁵, da colaboração e da cooperação, na ideologia de inspiração publicista do processo civil.

²¹⁷³ Enunciado n. 254 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação.”

²¹⁷⁴ Por exemplo: Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 461; Lei n. 8.078, de 11.09.1990, art. 84; Lei n. 7.347, de 24.07.1985, art. 11.

²¹⁷⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Nessa perspectiva, a busca da verdade e da justiça são escopos que, no processo, com maior exatidão, somente podem ser alcançados mediante colaboração e cooperação entre partes, partes e juiz, e vice-versa²¹⁷⁶. Com efeito, maior utilidade prática de tais princípios não pode haver do que, por força da participação em contraditório, quando o litigante alerta o juiz no tocante ao vício que contamina sua decisão, ensejando-lhe, assim, a oportunidade de escoimá-la da imperfeição apontada. As partes prestam inestimável auxílio ao órgão julgante quando chamam sua atenção para a existência de vícios que infirmam a higidez do julgado. Os embargos declaratórios exercem a função de desvelar o verdadeiro sentido do julgado, bem ainda reconduzir a decisão aos lindes traçados pelo pedido da parte. Os suprimentos dos litigantes, como verdadeiros coautores em contraditório da decisão justa, derivados do princípio político da participação democrática das partes no processo, têm por finalidade a qualidade da tutela jurisdicional, a efetividade da respectiva prestação e a legitimação do concreto exercício da jurisdição. Tais valores não de prevalecer sobre a nefasta ideia (tão estimada pelo juiz Crono) de produção em série de sentenças, calcada em aspectos meramente quantitativos e estatísticos, divorciada do compromisso ético de justa composição do conflito.

10.3 Escopos de aperfeiçoamento técnico da sentença e seu coeficiente de efetividade

Há um fio lógico invisível costurando diferentes perspectivas da atividade julgante: a qualidade da prestação jurisdicional e sua adequação às especificações do caso concreto e às necessidades de tutela do direito material em crise; a efetividade da tutela jurisdicional e a motivação. É intuitivo que, por exemplo, a falta de razões justificativas da decisão ou sua insuficiência e precariedade afetam corrosivamente a noção de tutela jurisdicional justa e efetiva, máxime quando se pensa na motivação como instrumento a serviço da justiça material, da estabilização das relações intersubjetivas, de calculabilidade e de previsibilidade, da própria segurança jurídica e, no fim das contas, da concreção do ideário de paz social.

²¹⁷⁶ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di diritto processuale*, Padova, 21, p. 580-609, 1965, esp. p. 587.

A dinâmica do dever de colaboração de partes entre si, partes e juiz, e juiz e partes,²¹⁷⁷ para além da identificação do processo como mero campo de luta, desemboca no aprimoramento técnico da sentença, de sorte que a prestação jurisdicional tenderá a ser qualitativamente melhor, com prestimosos reflexos em seu grau de efetividade prática. A concreta administração da justiça também auferirá dividendos: pode-se cogitar da redução drástica do quantitativo de recursos, posto que, como fruto da cooperação das partes, em sede de embargos declaratórios, sentenças com vício de fundamentação podem ser reapreciadas pelo juiz com a preciosa oportunidade de purificá-la desta ou daqueloutra deformidade. Na paisagem institucional de direção material do procedimento confiada principalmente ao juiz, descortina-se-lhe, simultaneamente ao fermento de sua responsabilidade²¹⁷⁸, a possibilidade de expurgar a decisão do defeito que a macula, a par de esgotar adequadamente os multifários perfis do *thema decidendum*. Um exemplo de colaboração das partes é oportuno à guisa de ilustração: na hipótese de não constar da sentença a condenação ao pagamento das prestações vincendas, embora passíveis de inclusão, ainda que não mencionadas no pedido inicial, torna-se impertinente a sua cobrança em sede de cumprimento de sentença.

O nível de aceitação da decisão, endo e extraprocessualmente, guarda direta proporcionalidade com a eficiência argumentativa do juiz, externada na motivação, enquanto processo discursivo e racional. Encoraja a pensar que a decisão será tanto mais efetiva quanto maior for a capacidade dos sujeitos do processo de lapidação do diamante da qualidade técnica do julgado, a contribuir, sobremaneira, para o refinamento da concreta administração da justiça e, a final, o incremento evolutivo da ordem jurídica. A incerteza do conflito cede o passo à certeza do Direito.

Quando o tribunal fundamenta o seu julgamento reportando-se exclusivamente a acórdão proferido em outro julgamento (motivação *aliunde*), impõe-se que a decisão reportada seja integrada documentalmente ao julgado, sob pena de configurar omissão passível de supressão mediante embargos declaratórios, a fim de que se determine a juntada

²¹⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. Torniamo al “giudizio”. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 4, Parte 1, 1949. p. 174: “*Sulla scena, davanti a me, non c'erano che due uomini: chi giudica e chi è giudicato. Due uomini: questo è il problema. Due fratelli: questa è la soluzione.*”

²¹⁷⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 32, 2 Serie, n. 1, p. 14-56, 1977, esp. p. 26: “*Ulteriori interrogativi scaturiscono dal coordinamento funzionale fra i ruoli, in cui le parte ed il giudice agiscono nel processo, ponendo in discussione la ripartizione soggettiva delle rispettive responsabilità. Infatti, il principio di “socializzazione” non si limita ad attenuare gli aspetti statici del contraddittorio e ad imporre l’eguaglianza effettiva delle parti, ma rafforza l’imperativo della cooperazione solidale fra tutti i soggetti processuali, subordinando alla loro cosciente collaborazione il conseguimento di un “risultato di sintesi”, altrimenti non realizzabile con la combinazione puramente meccanicista delle diverse attività giudiziali.*”

de cópia do precedente. Todavia, há casos em que os embargos de declaração revelam-se inadmissíveis, como quando digam respeito ao mérito da causa, se o acórdão embargado não conheceu do recurso de apelação, por falta de requisitos de admissibilidade, *v. g.*, intempestividade. Assim também, em caso de mutação de entendimento jurisprudencial, em que os embargos declaratórios não têm o condão de alterar a decisão para conformá-la à nova orientação posteriormente cristalizada, sendo ilícito, nesta hipótese específica, atribuir-lhes efeito infringente.

Não é fadiga inútil reafirmar que sentença com falta de motivação (gráfica ou ideológica) ou com motivação débil, insuficiente, patrocina inevitavelmente retardamento na entrega da prestação jurisdicional, com infaustas implicações de inefetividade. Um argumento basta para ilustrar o asserto: ante a ausência de motivação, as partes não têm como se colocar concretamente nas condições de compreender e avaliar a decisão e vir *in concreto* tuteladas jurisdicionalmente. Daí decorre necessariamente que a eficiência (qualitativa) da tutela jurisdicional apenas poderá ser atendida mediante decisão jurídica, suficiente e adequadamente motivada, presidida por parâmetros de razoabilidade. Quando se fala em eficiência da tutela jurisdicional é claro que não se pode desprezar a importância do aspecto quantitativo, representado por elevada produtividade decisória. Todavia, não se pode, a pretexto de aumentar a performance judicante, abstrair-se das especificidades do caso particular e das necessidades práticas do direito substancial e, menos ainda, menoscabar a motivação das decisões judiciais, abdicando-se de sua qualidade, uma vez que significa peculiar fator de efetividade da prestação jurisdicional. Não se pode prescindir do emprego de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equitativas, democráticas, sob pena de cometer-se suicídio processual.

Somente decisão judicial fundada na juridicidade e no Direito, com motivação suficiente (justificação bastante) e adequada, pode assegurar qualidade e efetividade ao direito fundamental de acesso à ordem jurídica justa, a par de tornar possível o controle racional da própria decisão. Não por acaso, o problema da justificação do dever de motivar se põe no quadro dos direitos fundamentais. Assegura-se, por exemplo, a imprescindível franquia constitucional radicada no direito que têm as partes de ser ouvidas e de ver apreciadas pelo juiz as questões fático-jurídicas por elas suscitadas. De arte que a obrigatoriedade da motivação da sentença permite tornar efetivas as normas que garantem o direito de ação e de defesa, a igualdade das partes, o contraditório, a imparcialidade e independência do juiz, a publicidade, o devido processo justo. Assim vistas as coisas, o recurso de embargos de

declaração clama por honesta seriedade quer em sua interposição, quer em sua apreciação e julgamento, a fim de que possa ser o produto mais bem acabado de solidariedade, de colaboração e de cooperação na dinâmica concreta do processo civil.

Porque assim é, revela-se equívoco crasso que, de vez em vez, se o queira abolir do sistema recursal brasileiro, deprimindo-se, no horizonte da jurisdicionalidade, a participação das partes na formação técnico-qualitativa da sentença, e em seu aprimoramento *a posteriori*, com a conseqüente subtração de espessas camadas de sua efetividade. A tal conclusão se chega prescindindo-se de consulta ao Oráculo de Delfos, embora se possa, quando menos, parafrasear a célebre inscrição do Templo de Apolo: “Ó jurisdicionado, conhece as potencialidades dos embargos declaratórios e conhecerás o universo da qualidade da tutela jurisdicional e da efetividade de sua prestação.”

10.4 Efeito modificativo: energização do contraditório e economia processual

É lugar comum que, na ordinariedade dos casos, o recurso de embargos de declaração tenha por finalidade burilar a decisão, seja esclarecendo-se obscuridades ou eliminando-se contradições, seja suprimindo-se omissões. Significa dizer que, em regra, o recurso em tela não é palco para a parte se insurgir contra o julgado e pleitear sua anulação ou reforma. Tais escopos não de ser idoneamente buscados mediante o manejo de recursos próprios.

Entretanto, dependendo do defeito autorizador da interposição dos embargos declaratórios, a sua eliminação poderá excepcionalmente acarretar, total ou parcialmente, transmutação do julgado, notadamente em seu capítulo dispositivo, invertendo o resultado do julgamento, como consequência logicamente necessária do esclarecimento de obscuridades, da eliminação de contradições e da supressão de omissões. Isto é, quando o desaparecimento do vício fizer surgir nova premissa que já então se mostre incompatível²¹⁷⁹, conflitante (e, portanto, derogatória) com a conclusão final estabelecida na decisão primitiva²¹⁸⁰. É dizer:

²¹⁷⁹ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Embargos de declaração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 633, julho, p. 11-23, 1998, esp. p. 19.

²¹⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 562-563: “Este último caso é de particular delicadeza, pois às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre algumas preliminares – já relativa à admissibilidade de recurso, já concernente a qualquer circunstância que impediria o ingresso no *meritum*

para remover a contradição ou suprir a omissão pode eventualmente a decisão dos embargos de declaração implicar alteração da conclusão do julgado inconciliável com tal suprimento²¹⁸¹. É indispensável que a tutela jurisdicional seja prestada de forma clara, precisa e completa.

Nesse teor de ideias, há casos teratológicos²¹⁸², nos quais tanto a doutrina especializada quanto a jurisprudência, em prestígio do princípio da instrumentalidade, economia e celeridade processual, no fito de não sacrificar a qualidade da tutela jurisdicional e a efetividade da correspondente prestação, têm sufragado a possibilidade de interposição de embargos de declaração com eficácia infringente (ou efeito modificativo), reconhecendo-se-lhes maior elasticidade, sem desnaturar sua função jurídico-processual. Representa, em última análise, jogar uma boia para socorrer o processo justo e vetor de prestígio para o próprio Poder Judiciário, os quais evanesceriam com o trânsito em julgado de decisões pronunciadas por erro material palmar ou invalidade evidentiíssima. A não ser assim, o processo, distanciando-se do équo e justo, deixaria pura e simplesmente de ser o cenário de implementação da juridicidade e do direito.

É útil passar em revista algumas amostras expressivas: (i) nulidade absoluta, como a que resulta de irregular formação de relação processual sem a integração de litisconsorte necessário; (ii) premissa equivocada de que tenha partido a decisão embargada, quando tal premissa seja influente no resultado do julgamento; (iii) tempestividade de recurso não conhecido, vale dizer, se foi, por equívoco, considerado intempestivo, sendo certo que nesse caso, se o recurso comportar sustentação oral, haverá necessidade de sua inclusão em nova pauta de julgamento, com a respectiva publicação; (iv) intempestividade de recurso conhecido; (v) recurso que, inobstante deserto, é conhecido; (vi) recurso que, apesar de o recorrente ser beneficiário de gratuidade de justiça, é declarado deserto; (vii) prequestionamento equivocadamente afastado pelo acórdão embargado, em sede de recurso extraordinário ou de recurso especial; (viii) decisão caracterizadora de erro de fato, por julgar recurso como se a matéria nele versada fosse outra, vale dizer, se o órgão julgante julgou

causae, ou mesmo a aspecto deste (prescrição, decadência) – e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstará o acolhimento da preliminar. Em tal medida é lícito reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo. Na prática judiciária, manifesta-se tendência a ampliar semelhante possibilidade, para ensejar a correção de “equívocos manifestos” por meio dos embargos de declaração. É o que ocorre, por exemplo, quando o órgão julgador, por erro na contagem de prazo, deixara de conhecer de recurso que na verdade era tempestivo.” (Reforços gráficos no original).

²¹⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1, op. cit., p. 633-634.

²¹⁸² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, op. cit., p. 550.

questão diversa daquela posta no recurso; (ix) exame de dissídio jurisprudencial, que estava configurado, ao contrário do que equivocadamente afirmou o acórdão embargado; (x) fixação do valor da causa; (xi) decisões *extra petita*, *citra petita* e *ultra petita*; (xii) julgamento de recurso que teria perdido objeto anteriormente; (xiii) para desfazer o julgamento de recurso e homologar anterior transação celebrada entre as partes ou simplesmente se o recurso for julgado, inobstante haver requerimento de sua desistência; (xiv) se o recurso foi julgado sem inclusão em pauta, quando necessária; (xv) se o recurso for julgado por juízo incompetente; (xvi) se do julgamento participou juiz com impedimento lançado nos autos; (xvii) se recurso extraordinário ou recurso especial não forem conhecidos, sob o argumento equivocado de que o acórdão do tribunal local não era unânime, e, por isso mesmo, o recurso cabível seria o de embargos infringentes.

Nesses casos de eficácia infringente (ou de efeito modificativo), os embargos de declaração destinam-se a reformar ou a corrigir não apenas a fórmula da decisão (expressão material do conceito), senão também o seu próprio conceito (aquilo que o espírito do juiz concebeu), deixando entrever mais intensamente sua natureza jurídica de recurso, pois que o *decisum* não permanece ontologicamente o mesmo²¹⁸³.

O erro material é aquele perceptível ao primeiro lance de vista (*primus ictus oculi*) a revelar equívoco evidente e traduzir discrepância entre a vontade do juiz (conceito) e o teor literal da decisão (fórmula). Pode ocorrer, e não raro ocorre, que haja desarmonia entre o que articulou o juiz com o que pretendeu articular. Por exemplo: erro de digitação, aritmético, de cálculo – não assim os elementos e os critérios de cálculo, como termo inicial de correção monetária ou seu índice e incidência de juros moratórios; a determinação na sentença de reexame necessário, quando este não se mostrar pertinente; a falta de menção no relatório dos nomes de litisconsortes necessários; a condenação aos ônus da sucumbência da parte vencedora e não da vencida. A correção de inexatidões materiais, mesmo após a publicação do pronunciamento jurisdicional, pode ser feita de ofício pelo órgão julgador (v. g., acórdão que dá provimento ao recurso de apelação e não delibera sobre os ônus sucumbenciais).

Ademais, os embargos declaratórios podem ser utilizados pelas partes para postular a correção de inexatidões materiais, ainda que, exemplificativamente, o recurso não seja conhecido, por intempestividade, como também interpostos contra acórdão que tenha confirmado a sentença na qual repousava o erro material. O recurso em tela é cabível também

²¹⁸³ Sobre o binômio conceito-fórmula, embora com discrepância da posição assentada no texto no tocante às virtualidades dos embargos de declaração, vide GUIMARÃES, Machado. A revisão do código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 114, n. 533, p. 21-29, nov. 1947, esp. p. 24.

para sanar contradição ou erro material representado por descompasso entre a conclusão do voto condutor do julgado e a ementa (quando, por exemplo, contradição na ementa possa transportar a uma equivocada interpretação do voto condutor) ou desacerto entre o voto do relator com o que ficou assentado no acórdão ou com a proclamação do resultado do julgamento, ou ainda para corrigir divergência entre acórdão e notas taquigráficas. Não se pode olvidar que decisão com defeito, por menor que seja, pode gerar controvérsia, comprometendo a qualidade e a efetividade do julgado.

A parte contrária, em regra, não é ouvida sobre o recurso de embargos de declaração. Contudo, para que se lhe possa atribuir efeito infringente, a condição *sine qua non* é a de que, excepcionalmente nesta sede, seja previamente energizado o contraditório²¹⁸⁴ e observados a ampla defesa e o devido processo legal, através de intimação da parte contrária para responder, se o quiser, ao recurso²¹⁸⁵, oportunizando-lhe concreta possibilidade de alegar razões fático-jurídicas em prol do desprovimento dos embargos declaratórios. A não ser assim, a decisão que, julgando os embargos declaratórios, lhes atribuir efeitos modificativos padecerá do vírus da invalidade.

É óbvio que os embargos de declaração não têm a finalidade de instaurar novel discussão sobre a lide, nem se prestam à introdução e à apreciação de questão nova, não ventilada anteriormente. Entretanto, fato novo, embora destituído de notoriedade, pode ser alegado em sede de embargos de declaração, nas instâncias ordinárias, caso impeditivo, modificativo ou extintivo do direito que influa no justo e adequado acerto da controvérsia. Tal há de ser consentido ainda que se trate de fato novo ocorrido após o julgamento da apelação, versando, por exemplo, sobre o desaparecimento de condição da ação (v. g., acionista que tenha ajuizado ação anulatória de deliberação tomada em assembleia de sociedade anônima e, em seguida ao julgamento da apelação, mas dentro do prazo para interposição de embargos declaratórios, venha a alienar a integralidade de sua participação acionária na companhia, acarretando a perda superveniente tanto de legitimidade ativa *ad causam*, quanto de interesse de agir).

²¹⁸⁴ DALL'AGNOL, Antonio. Embargos de declaração. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 48, n. 275, p. 75-89, set. 2000, esp. p. 85.

²¹⁸⁵ Supremo Tribunal Federal brasileiro – Pleno, RE 250.396-7-RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 14.12.1999, DJU 12.5.2000, p. 29, encimado da seguinte ementa: “VISTA DA PARTE CONTRÁRIA. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são reiterados no sentido da exigência de intimação do Embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, “art. 1036. (...) §2º Nos casos em que os embargos apresentarem potencial efeito modificativo, será intimado o embargado, para, querendo, em cinco dias, manifestar-se.”

Firme no propósito de colaboração e cooperação e de aprimoramento qualitativo da tutela jurisdicional, podem naturalmente ser interpostos segundos embargos de declaração desde que a alegação de obscuridade, contradição, omissão (tanto podem concernir à parte dispositiva quanto aos motivos da decisão) ou evidente erro material se circunscreva à decisão que julgou os primeiros embargos declaratórios. Ou seja, serão admissíveis segundos embargos declaratórios se a nova decisão (e somente ela) padecer de vícios que autorizem o cabimento dessa modalidade recursal. Daí não se afigurar tecnicamente correto ressuscitar aspectos já solucionados anteriormente, como questões contidas na decisão originalmente embargada.

10.5 Amesquinamentos na prática forense?

O novo modelo constitucional de sentença é a sentença motivada. Por assim ser, o jurisdicionado tem direito fundamental subjetivo a exigir do juiz que exponha, com clareza, precisão, congruência e suficiência, as razões justificativas que embasam a conclusão final.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, em sede de controle endoprocessual, a primeira linha de defesa contra vício de motivação são os embargos de declaração. Por assim ser, não há mais espaço para decisões - desgraçadamente frequentes no dia a dia forense - como quando assim vazadas: “nada a declarar”, “nada a esclarecer pelas próprias razões expostas na sentença”, “inexiste omissão, o que o recorrente pretende é a reforma do julgado que deve ser buscada através da via idônea.” Tais pronunciamentos do juiz Crono demonstram o ralo (*rectius*, nenhum) apreço com a função jurisdicional, o incomensurável desrespeito com os jurisdicionados e com a sociedade, a par de inviabilizar o controle racional sobre a concreta administração da justiça.

Não por acaso, é profundamente equivocado o entendimento de que nos embargos de declaração o órgão julgador não está obrigado a responder a “questionário formulado pela parte com o intuito de transformar o Judiciário em órgão consultivo”. Esse entendimento, bem pesadas as coisas, viola a igualdade, o contraditório, o direito de defesa e o devido processo legal. Com efeito, vulnera, por exemplo, o princípio político da participação democrática das partes no processo, assente no contraditório, em especial no viés do direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz. Tal aferição só se torna possível

se o juiz apreciar expressamente todas as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa. No tocante à hipótese fática derrotada, o juiz também deve indicar claramente as razões pelas quais deixou de acolhê-la, e justificar a escolha da hipótese fática vitoriosa.

Seria autêntico descalabro dispensar o órgão julgador de manifestar-se expressamente sobre todos os argumentos pertinentes e relevantes oportunamente suscitados pelas partes. É necessário que as razões justificativas indiquem os motivos para acolher a hipótese fática vitoriosa, ou as razões para a composição da lide de determinada maneira e não de outra legitimamente válida. Contudo, isso é necessário, mas não é suficiente, posto ser indubitável que, é útil gritar a plenos pulmões, a versão fática derrotada bem como os argumentos proeminentes da parte vencida devem ser também explicitamente justificados: afinal, por que foram desacolhidos²¹⁸⁶? A sobrecarga de trabalho do juízo²¹⁸⁷ pode, no limite, abonar motivação em estilo sucinto, mas suficiente e adequada. Contudo, com honestidade intelectual, jamais poderá servir de *bill* de indenidade à falta de motivação.

Reafirme-se que a ignominiosa praxe do puro e simples “nada a declarar”, ou “não há obscuridade, contradição ou omissão”, sem explicar o porquê, mostra-se inadmissível por negar prestação jurisdicional e, conseqüentemente, não se compadecer com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito. Um dos principais predicados do juiz (ou melhor: do ser humano) é a humildade. A posição de repúdio do juiz aos embargos de declaração configura grave desvio de perspectiva por supor afronta à sua autoridade, quando, visto com olhos de ver, são contribuição à qualidade da tutela jurisdicional e à efetividade da respectiva prestação. O pedido de esclarecimento há de ser aceito pelo juiz com serenidade de monge tibetano, ainda que, por exemplo, a obscuridade eventualmente esteja mais no discernimento do embargante do que propriamente no bojo do *decisum*²¹⁸⁷.

Na quadra teórica do *instrumentalismo valorativo* ou *constitucionalizado*, os embargos de declaração, por veicularem o alerta da parte concernente a defeitos que contaminem o

²¹⁸⁶ NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. Com a colaboração de Luis Guilherme Aidar Bondioli. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 719: “É preciso cuidado no enfrentamento dessa questão. O exame exauriente de um aspecto da causa que dê sustento ao dispositivo nem sempre será suficiente para a completeza da motivação. Afinal, podem existir outros aspectos influentes na solução da controvérsia. Por isso, toda vez que o julgador houver deixado de enfrentar argumentos autonomamente suficientes para o acolhimento de pretensão deduzida em juízo, ele deverá apreciá-los quando provocado por meio de embargos de declaração. Tal apreciação ganha ainda mais relevo quando se tratar de argumentos apresentados pela parte vencida no julgamento.”

²¹⁸⁷ TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração com enfoque na sua utilização em caso de erro de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, ano 31, p. 7-33, esp. p. 13-14, maio 2006.

julgado, configuram, iniludivelmente, na dimensão da colaboração e da cooperação no processo civil, o canal de diálogo mais qualificado entre partes, partes e juiz e vice-versa²¹⁸⁸, a par de serem o instrumento indispensável para garantir certeza e segurança aos pronunciamentos jurisdicionais, porquanto oportunizam o aprimoramento da prestação jurisdicional, mediante a eliminação do vício contido na decisão embargada²¹⁸⁹, com reflexos em sua efetividade prática. Daí decorre, no cotidiano forense, o necessário esforço responsável de todos os operadores do direito, máxime a partir da credibilidade e da proficiência funcional dos juízes, em prol da redenção dessa espécie recursal²¹⁹⁰.

Dito de outra maneira, os embargos declaratórios, sob nova luz, constituem singular jaez de participação das partes, em colaboração com o juiz, no escopo de formação da decisão, em seu desenho definitivo, e aprimoramento técnico-qualitativo do julgado. Colaboração informa, no terreno da dialeticidade, o colóquio humano no teatro do processo civil cooperativo, de feição democrática e publicística, não prescindindo de um juiz ativo, leal, responsável. Já passou da hora de empreender sincero empenho em fraturar a preconceituosa resistência judicial ao recurso de embargos de declaração, sendo imprescindível a sua reabilitação.²¹⁹¹

Com o resgate da importância dos embargos declaratórios e sua valorização jurídica, máxime ao ângulo da motivação clara e completa e do aprimoramento qualitativo da tutela

²¹⁸⁸ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308, esp. p. 296: “O princípio da colaboração, hoje tão decantado, deve ter duas mãos. Não são apenas as partes que devem colaborar entre si e com o juiz. Também o juiz deve colaborar com as partes, advertindo-as do alcance que o julgamento da causa poderá adotar.”

²¹⁸⁹ MARTINEZ, Maria Cristina da Rosa. Efeitos dos embargos de declaração. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 137, ano 31, p. 266-280, esp. p. 267, jul. 2006.

²¹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 155: “Funciona o recurso de embargos de declaração, assim, embora desacreditado nos Tribunais, como um poderoso instrumento de cooperação no processo, urgindo a sua reabilitação em nossa praxe forense, resgatando-se a sua importância.”

²¹⁹¹ Magnificamente, FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Embargos de declaração: Importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; PINHEIRO CARNEIRO, Paulo Cezar (Coords). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47-95, esp. p. 86 e 88: “E, não obstante, o que se vê com frequência crescente e lastimável é a manifesta má vontade e impaciência dos órgãos jurisdicionais para com o emprego dos embargos de declaração, que, a rigor, em sua grande maioria, não estão sendo sequer analisados. A praxe cada vez mais firme é a de “rejeitá-los” (com o que não se fica a saber sequer se do recurso não se conheceu ou se lhe foi negado provimento) sem qualquer exame ou fundamentação. Sem alusão alguma à matéria do recurso, sem a exposição de um só fundamento, repele-se o pedido recursal em quatro ou cinco linhas – ou menos, como neste exemplo extremo: Nego seguimento a ambos os recursos por inexistirem mossas, e, sim, inconformismo mesclado de emulação. (...) Impõe-se, pois, buscar meios de resgatar esse remédio processual sumamente útil e importante, hoje lançado ao mais completo descrédito.”

jurisdicional, o universo do processo judicial passa a exibir uma dimensão recurvada, dotada de partículas quânticas (férmions), como sejam, os blocos de construção da matéria do processo justo, da justiça material da decisão e da legitimação do exercício da jurisdição. São os *quarkse* os elétrons formadores da partícula primordial da paz social. É a energia que, vibrando em diferentes *tons*, formaria diferentes partículas (ou melhor: filamentos unidimensionais vibrantes, as cordas). Quando as cordas do Direito vibram energeticamente em determinados padrões, originam as partículas subatômicas universais da igualdade, da fraternidade e da liberdade, juntamente com suas propriedades, inerentes à dignidade da pessoa humana. Um violino divinal que, em diferentes sons, embala os infinitos progressos da civilização.

10.6 Recurso de apelação: segundo antídoto

Há vícios que, *ab initio*, contaminam o processo em si, por falta de elementos constitutivos (v. g., ausência do ato processual de citação inicial do réu, sem o seu comparecimento espontâneo), ao passo que existem defeitos próprios da sentença. Porém, aqueles afetam necessariamente a validade do *decisum*, pois o mais contém o menos²¹⁹². A sentença com ausência, total ou parcial, insuficiência ou contraditória motivação submete-se, em um primeiro plano, à interponibilidade do recurso de embargos de declaração. Entretanto, como sói ocorrer na experiência judiciária, apesar da evidência dos vícios formais e materiais da motivação, o juiz Crono nega provimento aos embargos declaratórios. Ironicamente, semelhante decisão de improvimento costuma ser, ela própria, despida de razões justificativas, a desafiar, por isso mesmo e em tese, novos embargos de declaração.

A obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais - como justificação seletiva²¹⁹³, em um contexto autonomamente identificável, e revelação pública da

²¹⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. La nullità della domanda e il giudice d'appello. In: _____. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962. p. 308: "(...) e come se non fosse evidente che la nullità che colpisce la domanda stessa solleva un problema molto più grave e profondo." Vide também MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. Terza edizione. Torino: Giappichelli, 1999, v. 1. p. 387.

²¹⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. Relatório brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual (Coimbra, 1991). **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 109-129, esp. p. 119: "*La motivation est donc une justification sélective.*"

ratio decidendi, em perspectiva endoprocessual - exibe função técnico-instrumental na economia do processo. Deveras, consente o exame de conveniência da parte em poder defender-se, facilitando-lhe a adequada elaboração de sua específica petição de impugnação, com argumentos fático-jurídicos individualizados, devidamente confrontados com os motivos ministrados pelo juiz na sentença impugnada (controle privatístico). Ulteriormente, a motivação também norteia, em instância superior, as tarefas do juiz do recurso, o qual, em sede de controle sobre as razões jurídicas e lógicas da decisão impugnada²¹⁹⁴, poderá apreciá-la melhor, conhecendo os fundamentos abonados pelo juízo *a quo* (controle burocrático). Os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz, contidos na justificação-motivação, como uma ponte entre sentença e impugnação, a um só tempo desempenha, no âmbito interno do processo, esse duplo papel. Para dizê-lo de outra maneira: a motivação da sentença é instrumento técnico-processual interligado ao modo de ser do processo, ao seu próprio funcionamento e à verticalização da pirâmide burocrática das estruturas judiciárias.

Como é intuitivo, a falta gráfica ou ideológica de motivação da sentença constitui óbice à parte na avaliação da conveniência em impugná-la. De mais a mais, embaraça o cumprimento do ônus de impugnação específica (não-genérica) dos fundamentos fático-jurídicos da sentença impugnada. Neste caso, as partes são submetidas a um autêntico voo cego no escuro, a par de adversar-se o conceito de melhor funcionamento dos tribunais, inibindo-se o aperfeiçoamento do controle de juridicidade e de justiça das decisões judiciárias a cargo dos juízes recursais.

É digno de nota que, sob a ótica endoprocessual, os vícios de motivação (v. g., ausência, insuficiência, contraditoriedade, incongruência) são suscetíveis de impugnação através da interposição dos recursos previstos na Constituição Federal (extraordinário e especial) e em lei infraconstitucional (apelação). Revela-se supérflua, ao menos sob essa específica ótica, a problemática teórica de inserir-se, segundo a teoria geral do Direito, a sentença destituída de motivação no plano de existência ou no plano de validade do ato jurídico processual²¹⁹⁵.

²¹⁹⁴ LANCELLOTTI, Franco. Sentenza civile. In: **Novíssimo Digesto italiano**, v. 16, op. cit., p. 1109-1161, esp. p. 1118-1119, 1969: “*La sua essenziale funzione si rivolge in duplice direzione: da una parte a testimoniare e garantire alle parti che la decisione non è frutto di sorte, o di capriccio, o di volontà negligente o dolosa, ma di attuazione di legge; dall'altra parte ad agevolare e rendere proficuo il controllo delle ragioni logiche e giuridiche della decisione in sede di eventuale impugnativa. Non è sufficiente fare giustizia, ma bisogna dimostrare come si è fatta giustizia e persuadere che giustizia è stata fatta; insieme bisogna creare e fornire ai soggetti processuali gli strumenti per una giustizia perfettibile.*”

²¹⁹⁵ PEREIRA, Hugo Filardi. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 132: “As decisões judiciais não motivadas estão no plano da inexistência ou da

Destarte, na hipótese de omissa, insuficiente ou contraditória motivação da sentença em relação a um ponto relevante da controvérsia, prospectado pelas partes ou relevável *ex officio* pelo juiz, superada improficuamente a etapa dos embargos declaratórios, a terapêutica específica (ou segundo antídoto no processo justo)²¹⁹⁶ consiste no recurso de apelação²¹⁹⁷. Por política legislativa, no direito brasileiro, ao contrário doutros sistemas jurídicos, a apelação não é definida como um *novum iudicium*, mas lhe é atribuída, precipuamente, a finalidade de controle, atingida por meio do rejuízo da causa²¹⁹⁸. Admitido o recurso, o pronunciamento do tribunal substitui a sentença, ainda que não tenha conteúdo diverso. Geralmente, o vício de motivação concerne a um fato controverso decisivo para o juízo (ou melhor: relevante para o julgamento da causa), que haja sido objeto de discussão entre as partes. Há dificuldades práticas no que toca à controlabilidade do raciocínio lógico do juiz. Não por acaso, os Tribunais brasileiros fazem, não raro, a diferenciação entre ausência de motivação e deficiência de motivação, entendendo que apenas a primeira hipótese teria densidade para invalidar o julgado.

Por força de interposição do recurso, no tocante à extensão do chamado efeito devolutivo da apelação, sob o prisma horizontal, submete-se ao julgamento do órgão *ad quem* toda a matéria impugnada concernente aos vícios de motivação (*v. g.*, ausência, insuficiência, contraditoriedade, incongruidade). De sorte que a calibragem da impugnação exige o condão de definir a extensão do efeito devolutivo, em obséquio ao brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.

Já agora em sede de profundidade do efeito devolutivo da apelação, em ótica vertical, a atividade cognitiva do órgão *ad quem* deve açambarcar todas as questões (pontos controvertidos de fato e de direito, suscitados pelas partes ou cognoscíveis de ofício)

nulidade? A resposta ao questionamento formulado é fundamental para a determinação de qual medida judicial será cabível para alertar ao Poder Judiciário que sua atuação ocorreu em completa violação ao preceito de que o Estado deve sempre se justificar. Evidentemente que sob o ponto de vista endoprocessual, o vício da ausência de motivação ou de motivação insuficiente é corrigido pela interposição do recurso cabível dentro da sistemática prevista pelo Código de Processo Civil. Inclusive, a distinção entre motivação insuficiente e inexistente é irrelevante para determinação do recurso cabível. A problemática está quando o vício insanável de ausência de motivação não é superado pelo julgamento de recursos. Seria possível uma decisão imotivada, mais especificamente uma sentença, formar coisa julgada?''.

²¹⁹⁶ Para tenazmente combater a voracidade autofágica do *modus operandi* do modelo de juiz Crono, surgem, no sistema recursal, Zeus, Métis e Geia, que, através dos antídotos da apelação, do recurso extraordinário e do recurso especial, forçam-no a devolver todas as garantias do processo justo, como valor universal, dentre as quais a motivação, que houvera devorado.

²¹⁹⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 513: "Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269)." Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1022: "Da sentença cabe apelação."

²¹⁹⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 457.

enfrentáveis e resolvíveis no lago da motivação, a fim de que o juízo *a quo* pudesse decidir ou formular sua conclusão final. Sucede, no entanto, que numa sentença tipicamente croniana, dotada apenas de relatório e de parte dispositiva, *i. e.*, completamente desnuda de fundamentos, o órgão de primeiro grau naturalmente deixou de conhecer e de resolver as questões relevantes para o julgamento da causa. Tal circunstância, evidentemente, inviabiliza o respectivo reexame pelo tribunal por ocasião de seu julgamento.

Pode acontecer que o autor tenha escudado sua pretensão nos fundamentos *x* e *y*, e o juiz a acolha apenas pelo fundamento *x*, mantendo-se silente, em sua motivação, acerca do outro. Não é necessário que o órgão *a quo* tenha exaurido a matéria de mérito. O tribunal, dentro dos limites da matéria impugnada, no julgamento da apelação do réu, por seu amplíssimo efeito devolutivo²¹⁹⁹, poderá manter a conclusão final da sentença, mas alterar seus motivos para *y*, ao invés de *x*.²²⁰⁰

A transgressão de normas pertinentes ao direito probatório, que disciplinam o ônus, os meios, a admissibilidade, a assunção, a produção da prova, produz *error in procedendo*, quando, por exemplo, o juiz tenha deixado de observar preceitos jurídicos direcionados à inteligência dos fatos objeto de prova ou às fontes de prova. Entretanto, a vulneração de normas sob o aspecto da livre e fundamentada valoração probatória desvia o problema para o terreno do *error in iudicando*.

Há, por assim dizer, vícios *de* motivação (*errores in procedendo*) e vícios *na* motivação (*errores in iudicando*). À luz do caso concreto é que, no julgamento da apelação, o tribunal poderá escrutinar uns e outros, ou, não raro, ambos simultaneamente no mesmo processo. Os vícios *de* motivação (erros de atividade) configuram incompatibilidade direta

²¹⁹⁹ Código do Processo Civil brasileiro de 1973, art. 515: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.” Projeto de Processo Civil brasileiro, art. 1026: “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado. § 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

²²⁰⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 446: “Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido, e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro, ou repelindo-o, a apelação do réu, que pleiteia a declaração da improcedência, basta para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos; caso, a seu ver, o pedido mereça acolhida justamente pelo segundo fundamento, e não pelo primeiro, o tribunal deve negar provimento ao recurso, “confirmando” a sentença na respectiva conclusão, mediante correção dos motivos. Se o juiz julgou improcedente o pedido, examinando só o fundamento *a*, e omitindo-se quanto ao fundamento *b*, a apelação *do autor* permite ao tribunal julgar procedente o pedido, sendo o caso, quer pelo fundamento *a*, quer pelo fundamento *b*.”

com a lei processual. Por exemplo: ausência gráfica ou ideológica, insuficiência, incongruência interna entre as premissas articuladas no discurso justificativo judicial, como também contraditoriedade entre os enunciados previamente assentados e a parte dispositiva da sentença.

Diversamente, os vícios *na* motivação encarnam erros de juízo, *i. e.*, falhas atinentes à aplicação da lei material (existência, vigência, validade, eficácia, escolha da norma aplicável, sentido, alcance, incorreta interpretação jurídica), como, em parte, as regras regulatórias da prova legal. Na hipótese de o juiz não observar a tarifação antecedentemente definida pelo legislador, estar-se-á no domínio de um *error in iudicando*. A par da deformidade na aplicação da lei material, a valoração racional da prova, em si, agasalha questão substancial. De conseguinte, a errônea valoração do material probatório no acertamento da verdade dos fatos representados nos autos do processo insinua *error in iudicando*. Todavia, é útil reafirmar, o problema da prova terá natureza processual, a transportar *error in procedendo*, quando se reportar aos limites do requerimento, da admissão, do deferimento e da sua produção.

No julgamento da apelação²²⁰¹ pelo órgão *ad quem*, as hipóteses de vícios de motivação referenciados a *error in procedendo* conduzem, em regra, à declaração de inexistência jurídica ou à anulação da sentença, dependendo do grau de gravidade do vício, e conseqüente devolução dos autos ao primeiro grau de jurisdição, no qual o procedimento será retomado a partir do ato processual declarado inexistente ou invalidado, e outra sentença haverá de ser proferida²²⁰². É concebível que a nova sentença possa veicular, também ela, vícios de motivação. Diferentemente, quando se tratar de *error in iudicando*, o próprio tribunal poderá reformar a sentença e, ato contínuo, pronunciar, em substituição, novo julgado de mérito.

Os pronunciamentos do tribunal, num e noutro caso, devem ser adequadamente fundamentados nos juízos de fato e de direito. A decisão do tribunal local é, via de regra, tomada pela justaposição de votos pronunciados, autonomamente, por de três juízes. Conducente dizer que o colegiado acaba por reduzir-se, empiricamente, a uma pluralidade de

²²⁰¹ KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 164: “Nenhuma aquiescência ou decurso de prazo permitirá que ela adquira qualquer eficácia, sendo inconcebível o seu trânsito em julgado. Mas isso não impede que o juízo do recurso, ou qualquer outro, ocasionalmente venha a declarar a sua total ineficácia.”

²²⁰² TARUFFO, Michele. Ricostituzione parziale della sentenza e vizio di motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno 32, serie 1, 1977.p. 134-143, esp. p. 143

juízes únicos. Semelhante atomização de juízos singulares conduz à constatação de que, a despeito de comungarem da mesma motivação da decisão, os juízes naturalmente adquirem os motivos mediante operações mentais próprias, expostas e avaliadas quando da deliberação²²⁰³. Daí a possibilidade, por exemplo, de um juiz acompanhar a maioria do colegiado, mas por premissas diversas e fundamentos diferentes, os quais não de ser documentados em declaração de voto (*dissenting opinion, concurring opinion*), embora unânime o decisório. A colegialidade proporciona, unânimes ou por maioria de votos, julgado com motivações variegadas.

Da complexidade da motivação deriva a orquestração de várias modalidades de raciocínios (v. g., dedutivo, indutivo, dialético), bem como a distinção entre a técnica da motivação cumulativa, na qual reina harmonia entre os vários tipos de raciocínios, com tintas reforçativas, e a motivação alternativa, em que os raciocínios reciprocamente se recusam, gerando dificuldades práticas para os Tribunais Superiores²²⁰⁴.

Uma última observação ainda é pertinente e diz respeito à proibição da *reformatio in peius* no julgamento da apelação fulcrada em vícios de motivação. Suponha-se que, numa ação possessória, o autor tenha pedido (a) reintegração na posse do imóvel e (b) indenização por perdas e danos. O pedido (a) foi julgado procedente e, no ponto, a sentença está adequadamente fundamentada, ao passo que o pedido (b) foi, *tout court*, julgado improcedente, mas com notório vício consistente na cabal ausência de fundamentação. O autor apela sozinho. Tampouco o réu interpõe recurso adesivo, que pudesse guindar ao conhecimento do tribunal a matéria. Em relação ao bem da vida descrito em (a), a sentença transitou em julgado. Neste caso, embora o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 seja silente, a doutrina é uníssona no sentido de que ao tribunal não é lícito reformar-lhe *in peius* a sentença²²⁰⁵, mas poderá anular apenas parcialmente o decisório em relação ao pedido (b), por evidente vício de motivação. O juízo *a quo* deverá proferir nova sentença tão somente quanto a tal pedido, eventualmente até de improcedência, porém com a indispensável explicitação dos correspondentes motivos.

²²⁰³ LANCELLOTTI, Franco, op. cit., p. 1118: “*La motivazione è, dunque, rappresentazione e documentazione dell’iter logico-intellettivo seguito dal giudice per arrivare alla decisione: rappresenta la “estrinsecazione” pubblica dei motivi “intrinseci” al lavoro della mente del singolo giudice e che, nel giudice collegiale, sono stati esposti, contrapposti e valutati in sede di deliberazione.*”

²²⁰⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d’appel, op. cit., p. 127-128.

²²⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 596.

10.7 O Supremo Tribunal Federal e a guarda da Constituição: recurso extraordinário como terceiro antídoto

O recurso extraordinário não comporta reexame da causa à semelhança daquele proporcionado pela apelação; antes, ao revés, nele exclusivamente se agitam *quaestiones iuris* de direito federal constitucional. Exibe, em sede de controle concreto e difuso, a finalidade de propiciar a guarda da autoridade e da integridade Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, bem ainda assegurar o regime federativo e resguardar a ordem jurídica positiva (direito objetivo), sobretudo quando interposto pelo Ministério Público, como fiscal da lei. Tem, conseqüentemente, um escopo eminentemente político²²⁰⁶. Nada obstante, não se podem fechar os olhos à realidade de que o recurso extraordinário também se revela instrumento de tutela de direitos subjetivos das partes e de terceiros prejudicados²²⁰⁷.

O recurso extraordinário exhibe dignidade constitucional, posto haver sua área de cabimento demarcada pela própria Constituição da República, donde cognominar-se, tal qual o recurso especial, de recurso de fundamentação vinculada²²⁰⁸; semelhante característica o põe a salvo de investidas do legislador ordinário, o qual, de si, não pode aboli-lo, nem deprimir seu âmbito de cabimento, tampouco expandi-lo.

Não padece dúvida sobre o elevado valor que a Constituição Federal de 1988 confere ao dever de motivação das decisões judiciais, a tal ponto de, expressamente, cominar sanção de nulidade para o descumprimento de semelhante exigência. De resto, com a redação dada

²²⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 656.

²²⁰⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, op. cit., p. 585.

²²⁰⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: inciso III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Vide, ao propósito, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 560: “O recurso especial e o recurso extraordinário têm por finalidade principal assegurar o regime federativo, por meio do controle da aplicação da lei federal e da Constituição Federal ao caso concreto. Vale dizer que a finalidade desses recursos é assegurar que a lei federal e a Constituição Federal - por serem normas que devem ter o mesmo teor e a mesma aplicabilidade em todo o território nacional e para todas as causas - sejam corretamente aplicadas e interpretadas por todos os tribunais e juízes do país. Por isso mesmo, esses recursos são chamados de *recursos de fundamentação vinculada*. O cabimento dessas espécies recursais exige a presença, na decisão recorrida, de alguma controvérsia a respeito da aplicação ou da interpretação de lei federal ou de dispositivo da Constituição Federal.” (Grifos no original).

pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, é o que ressumbra do teor do art. 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, (...)”

Nessa moldura, força é convir que, por exemplo, omissa, insuficiente ou contraditória motivação de um pronunciamento jurisdicional implica violação direta e frontal ao preceito do inciso IX, do art. 93, do Texto Constitucional²²⁰⁹. Pode acontecer que o acórdão dardejado reproduza o mesmo vício de motivação encontrado na sentença e que fora objeto de impugnação na apelação por ele julgada. De modo que, como terceiro antídoto, a decisão recorrida pode ser impugnada, na via do recurso extraordinário, como instituto de direito processual constitucional, quando contrariar (*rectius*, sob a alegação de contrariar) aquele ditado constitucional (art. 102, inciso III, *a*). Cabe sublinhar que a repercussão geral da questão constitucional discutida no caso concreto erige-se em requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário²²¹⁰.

Agora bem, no caso de ausência, insuficiência, contraditoriedade ou incongruidade da motivação do pronunciamento jurisdicional, a repercussão geral da questão constitucional discutida pode ser demonstrada, com convicção sobre sua bondade substancial, através de, pelo menos, dez argumentos básicos: (i) a motivação é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito; 2) a motivação é

²²⁰⁹ A motivação das decisões judiciais é elemento de constituição e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. A motivação cumpre elevadas funções técnico-instrumental (controle endoprocessual) e político-garantística (controle extraprocessual). Demais disso, a motivação é *garantia do garantismo processual*, porquanto permite a aferição, *in concreto*, do grau de efetividade de todas as demais garantias fundamentais do processo justo. Vale dizer: é instrumento de tutela e de verificação, em cada caso concreto, sobre se, e em que medida, foram respeitadas as garantias fundamentais processuais (*v. g.*, acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade, imparcialidade do juiz, contraditório e ampla defesa, publicidade, devido processo legal). Consectariamente, merece severas críticas o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, firmado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 140370-MT, de 20.4.1993, sendo relator o Ministro Sepúlveda Pertence, encimado da seguinte ementa: “Sentença: exigência constitucional de fundamentação: inteligência. O que a Constituição exige, no art. 93, IX, é que a decisão judicial seja fundamentada; não, que a fundamentação seja correta, na solução das questões de fato ou de direito da lide: declinadas no julgado as premissas, corretamente assentadas ou não, mas coerentes com o dispositivo do acórdão, está satisfeita a exigência constitucional.”

²²¹⁰ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 102, § 3º: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.” (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 543-A: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.” (Incluído pela Lei nº 11.418, de 2006). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1048, §§ 1º e 2º (neste último dispositivo com leve oscilação de redação consistente na supressão da expressão “em preliminar do recurso”).

pressuposto da jurisdicionalidade, de modo que, sem fundamentação, não se pode, com seriedade, cogitar de legítimo exercício da jurisdição; 3) a Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 93, inciso IX, consagra, em sua função política e garantística, norma fundamental de obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, atenta a uma concepção democrática de controlabilidade racional sobre o concreto exercício da jurisdição; 4) além das partes e do juiz da impugnação, também despontam, como destinatários da motivação, em sua função extraprocessual, a sociedade em geral, expressada pela opinião pública, e cada cidadão em particular, sendo-lhes confiado o direito de controle sobre a maneira pela qual o poder jurisdicional é concretamente exercitado (controle democrático e difuso); 6) a motivação desempenha a elevada finalidade de justificação do *quomodo* do exercício do poder pelo juiz; 7) a motivação é elemento essencial na estrutura da sentença e, como tal, representa componente crucial de constituição deste ato jurídico processual; 8) a motivação, como *garantia do garantismo*, constitui-se em condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo justo, no campo da concreta administração da justiça; 9) a Constituição devota tanta estima ao valor motivação, que, inovando na técnica de redação, estabeleceu, em escassa hipótese, sanção de nulidade ao descumprimento do dever de motivação pelo juiz; consequentemente, 10) o tema constitucional da motivação afigura-se relevante do ponto de vista político, social e jurídico, de arte a superar as fronteiras dos interesses subjetivos da causa²²¹¹.

Nem se diga que, por não ser simples instância recursal destinada a corrigir eventual injustiça da decisão recorrida, o controle da motivação pela Corte Suprema estaria interdito pela impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório²²¹². Na realidade, o vício de motivação (*v. g.*, ausência total, insuficiência ou contraditoriedade) pode ser sindicado através de simples leitura do acórdão impugnado, sequer sendo necessário, à luz da Constituição, requalificar juridicamente os fatos acertados pelas instâncias ordinárias, para extrair dessa requalificação os efeitos jurídicos que lhe são próprios.

²²¹¹ Cumprir notar-se que o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral no tema tratado no Recurso Extraordinário n. 719870-MG, sendo Relator o Ministro Marco Aurélio, no qual se discute a validade de acórdão por ausência de fundamentação sobre ponto relevante para a análise de constitucionalidade de norma impugnada por meio de ação direta de inconstitucionalidade estadual. Embora se trate de controle concentrado estadual, as razões naturalmente poderão ser comuns e aplicáveis também ao controle concreto e difuso.

²²¹² Enunciado n. 279 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

Convém acentuar que, em sendo positivo o juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, o Supremo Tribunal Federal poderá lhe negar provimento ou, ao contrário, provê-lo. Os vícios ligados à motivação, como já visto, tanto podem configurar erro de atividade do juiz (*error in procedendo*) quanto erro de juízo (*error in iudicando*)²²¹³. Na primeira hipótese, resolvendo a questão constitucional ventilada e aplicando o direito à espécie²²¹⁴, a Corte Suprema anula a decisão recorrida, seja para substituí-la por outra de conteúdo diverso, seja para devolver os autos ao tribunal local para que profira novo julgamento da causa²²¹⁵. Na segunda hipótese, a Corte reforma a decisão recorrida para substituí-la por outra de teor distinto.

Não é ocioso dizer que tanto a decisão monocrática do Ministro Relator no Supremo Tribunal Federal quanto o acórdão que julga o recurso extraordinário hão de subsumir-se ao cânone de motivação obrigatória e pública. É desinfluyente que, como Órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, suas decisões não possam, em instância superior, ser impugnadas. É justamente por tal argumento que mais intensamente se projeta o dever constitucional de motivação, em seu jaez político-garantístico, no fito de permitir controlabilidade racional democrática e difusa, seja à sociedade, em seu complexo, *uti universi*, seja a qualquer cidadão *uti singuli*²²¹⁶.

²²¹³ SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Repercussão geral do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**, op. cit., p. 353-404, esp. p. 392: “Todavia, para fundamentar uma decisão de maneira plenamente concernente com os valores democráticos, estar-se-á exigindo do Judiciário um esforço maior para que os casos sejam mais bem estudados.”

²²¹⁴ Enunciado n. 456 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, *julgará a causa*, aplicando o direito à espécie.”

²²¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 662: “O último recurso autorizado pelo processo, para atingir o Tribunal maior da estrutura do Poder Judiciário nem sempre exerce mesmo papel. Em alguns países, a corte suprema cumpre função que consiste apenas em anular o julgamento irregular proferido no tribunal inferior. Atribui-se a esse órgão superior a denominação de tribunal de Cassação. O rejuízo da causa não é feito por ele, de modo que, cassada a decisão recorrida, o processo é enviado a outro tribunal a quem se atribui a competência de julgar a questão anteriormente tratada no acórdão invalidado. No Brasil, o recurso extraordinário (e também o especial) destina-se tanto a *invalidar* o julgamento impugnado como, se necessário, a *rejuizar* a causa. Vale dizer: entre nós, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm poder tanto de cassação como de revisão do julgamento da causa.” (Grifos no original).

²²¹⁶ O problema sobre a motivação de decisões não suscetíveis de revisão proferidas por Corte Suprema é objeto do Capítulo Quinto *supra*.

Tabela 3 - Dados estatísticos acerca do julgamento de recursos cíveis pelo Supremo Tribunal Federal versando matéria de motivação

Período	Recurso cíveis julgados	Provimento		Desprovimento	Regiões brasileiras				
		Parcial	Total		N	NE	S	SE	CO
2013	248	0	0	248	13	42	42	94	57
2012	166	0	0	166	4	20	36	70	36
2011	170	0	0	170	8	25	44	72	21
2010	144	0	0	144	5	12	35	72	20
2009	101	0	0	101	3	19	12	50	17
2008	127	0	0	127	4	16	24	71	12
2007	91	1	0	90	4	13	12	53	9
2006	41	0	0	41	1	4	5	26	5
2005	83	0	0	83	3	17	29	27	7
2004	103	0	0	103	2	14	26	55	6
2003	38	1	0	37	0	6	4	18	10
2002	77	0	0	77	5	10	9	44	9
Total	1389	2	0	1387	52	198	278	652	209

No período de 2002 a 2013 (144 meses), o Supremo Tribunal Federal, em 1389 recursos julgados versando matéria de motivação do pronunciamento jurisdicional impugnado (art. 93, inciso IX, da Constituição da República), rejeitou 1387 (99,85%) e acolheu 02 (0,15%).

10.8 O Superior Tribunal de Justiça e o direito federal infraconstitucional: recurso especial como quarto antídoto

O recurso especial também não consente reexame da causa nos moldes amplíssimos propiciados pela apelação. Semelhante espécie recursal não se coaduna com a discussão acerca do contexto fático-probatório da demanda judicial²²¹⁷, senão que nela se discutem exclusivamente *quaestiones iuris* de direito federal infraconstitucional.

O Superior Tribunal de Justiça, através do recurso especial, protege, em perspectiva objetiva, a integridade do ordenamento jurídico. Incumbe-lhe, no exercício de função nomofilática, também assegurar a uniformidade da aplicação do direito federal

²²¹⁷ Enunciado n. 7 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

infraconstitucional. Contudo, não seria despropositado pensar que o recurso especial também tem por escopo tutelar direitos subjetivos das partes e de terceiros prejudicados.

O recurso especial tem corte constitucional, dês que seu âmbito de cabimento é determinado pela própria Constituição da República²²¹⁸. Blinda-se, então, contra incursões do legislador ordinário, que não pode eliminá-lo, nem dilatar seu espectro de cabimento, tampouco reduzir seu campo de incidência.

Nesse quadrante, por exemplo, omissa, insuficiente ou contraditória motivação de acórdão provoca defloramento direto e frontal da norma contida no art. 458 do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, cujo teor literal enumera como um dos requisitos (*rectius*, elementos) essenciais da sentença: “II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”²²¹⁹. Porque assim é, como quarto antídoto contra a infausta concepção croniana de decisão judicial, a decisão recorrida pode ser impugnada, na via do recurso especial, quando contrariar (ou melhor: sob a alegação de contrariar) aquele preceito de lei federal (Constituição Federal, art. 105, inciso III, *a*).

Não é fadiga inútil assinalar que, como pressuposto de legitimidade, as decisões do Superior Tribunal de Justiça também estão incondicionalmente submetidas à exigência de motivação pública, com singular dificuldade para a hipótese da insuficiência/suficiência da motivação do acórdão impugnado do tribunal local.

Merece menção à parte o problema de acórdão de tribunal local com omissa, insuficiente ou contraditória motivação desafiador de simultânea interposição, em petições formalmente distintas, de recurso extraordinário (por violação da norma do art. 93, inciso IX, da Constituição da República) e recurso especial (por malferimento ao preceito do art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973)²²²⁰. Neste caso, o recurso especial, em linha de princípio, há de ser processado e julgado antes do recurso extraordinário²²²¹. Na

²²¹⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 105: “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.”

²²¹⁹ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 499: “São elementos essenciais da sentença: II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;”

²²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Ajuris**, Porto Alegre, 17(50), p. 5-20, 1990, esp. p. 8.

²²²¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 543: “Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.” (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Novo

hipótese de total provimento do recurso especial, para reformar ou anular o acórdão recorrido, o extraordinário resta prejudicado. Na hipótese inversa (de desprovimento do recurso especial), os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso extraordinário²²²². Caso o recurso extraordinário se afigure prejudicial do recurso especial, o relator no Superior Tribunal de Justiça sobrestará, por decisão insuscetível de impugnação, seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que julgue o extraordinário²²²³. Todavia, se o relator (ou mesmo o colégio julgante) na Corte Suprema discordar quanto à prejudicialidade, por decisão também irrecorrível, restituirá os autos ao Superior Tribunal de Justiça²²²⁴.

No quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, e em reverência às garantias constitucionais do acesso à tutela jurisdicional justa e efetiva, da igualdade, da imparcialidade do órgão julgador, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, o órgão *ad quem* deve enfrentar todos os argumentos de fato e de direito relevantes, oportunamente suscitados pelas partes, no âmbito da impugnação, que possam autonomamente guiar ao provimento ou desprovimento do recurso. Implica dizer que os tribunais locais (e os juízes de primeiro grau de jurisdição) não têm a discricionariedade de garimpar tão somente os aspectos que entendam proeminentes para o julgamento da lide. A atividade cognitiva do tribunal, com abrangência maior ou menor, repercute simetricamente na massa quantitativa e qualitativa das matérias objeto da motivação do julgado. Ou seja: o diâmetro das razões justificativas será tão mais extenso quanto forem os argumentos fático-jurídicos, acendidos pelas partes, relevantes para o julgamento da controvérsia.

Código de Processo Civil brasileiro, art. 1044: “Admitidos ambos os recursos, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.”

²²²² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 543, § 1º: “Concluído o julgamento do recurso especial, serão os autos remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.” (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1044, § 1º: “Concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal, para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.”

²²²³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 543, § 2º: “Na hipótese de o relator do recurso especial considerar que o recurso extraordinário é prejudicial àquele, em decisão irrecorrível sobrestará o seu julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal, para o julgamento do recurso extraordinário.” (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

²²²⁴ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 543, § 3º: “No caso do parágrafo anterior, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, não o considerar prejudicial, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça, para o julgamento do recurso especial.” (Revigorado e alterado pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Nessa latitude, em visão reflexiva, ao ângulo jurídico-constitucional, não se pode emprestar adesão à posição do Superior Tribunal de Justiça segundo a qual o órgão julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos articulados pelas partes, senão apenas àqueles que, ao seu alvedrio, considerar pertinentes (e portanto relevantes) quando houver encontrado fundamentação suficiente para embasar a solução da lide.

Os acórdãos dos tribunais locais têm a virtude de, nos limites da impugnação, substituir os pronunciamentos de primeiro grau de jurisdição²²²⁵. Ora, se o julgamento proferido pelo tribunal substitui, por exemplo, a sentença recorrida, ao acórdão então se impõe a mesma técnica de elaboração desta espécie decisória, *i. e.*, com a observância de seus elementos essenciais: relatório, motivação e dispositivo²²²⁶.

Pois bem, o relatório, por sua natureza neutra, meramente descritiva, é infenso à solução de questões que permeiem o conflito. Naquele espaço físico não é lícito ao órgão judicante formular qualquer juízo de valor, nem justificar, ali, o assentamento de premissas filosóficas, morais, ideológicas, políticas, sobre pontos controvertidos da lide. O relator do recurso, em seu relatório, deve catalogar com fidelidade os fundamentos alinhados pelas partes que possam acarretar o respectivo provimento ou desprovimento. Quando no procedimento recursal for obrigatória a intervenção do Ministério Público, na qualidade de *custos legis*, tal circunstância deve constar também do relatório, bem como a conclusão final do correspondente opinamento.

Por outro lado, é no *locus* da motivação que o relator deve resolver as questões suscitadas pelas partes que autonomamente conduzam ao provimento ou desprovimento do recurso. Há, porém, mais. É precisamente na fundamentação que ao órgão julgador cumpre explicitar as razões fático-jurídicas que influíram no desenvolvimento intelectual de sua convicção. As alegações e o material probatório relacionados com a hipótese de decisão derrotada hão também de ser devidamente justificados.

A não ser assim, estar-se-iam violando as garantias fundamentais da tutela jurisdicional efetiva e justa, da igualdade, da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. O contraditório, como direito de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*), seria puramente formal e quimérico. Deveras, a motivação,

²²²⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 512: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 1.021: “O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.”

²²²⁶ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 165: “As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.”

colocada no plano dos direitos fundamentais, de ordem pública, é a única via para se aferir, por exemplo, a imparcialidade do juiz, a justiça e a juridicidade da decisão judiciária, a par de demonstrar se o órgão julgador levou em conta efetivamente as alegações, elementos fáticos e/ou jurídicos, provas e contraprovas produzidas pelas partes em contraditório nos autos do processo²²²⁷. Numa linha: a garantia fundamental do contraditório, em sua nova e mais abrangente dimensão, reclama que, na fundamentação da decisão judicial, o juiz evidencie *quantum satis* que levou em consideração toda a atividade das partes concretamente realizada, seja a que condicionou sua convicção, seja a que não o fez. Analisar a totalidade da causa de pedir e a integralidade das razões de defesa, *i. e.*, todas as razões que, de si só, possam transportar ao acolhimento ou à rejeição do pedido, ao provimento ou desprovimento do recurso. O resultado da participação democrática das partes pode ser desacolhido pelo juiz, mas jamais desdenhado. Quer-se dizer que a motivação, como derradeira manifestação do contraditório, deve cunhar que o juiz estimou igualmente as alegações, provas e contraprovas da parte derrotada.

No Estado Constitucional Democrático de Direito, pelos princípios de justificação e de transparência do exercício do poder estatal, as partes têm o direito de ser ouvidas e de ver estimadas pelo órgão julgador as questões que tiverem levantado, a par de conhecer as razões de não-acolhimento de sua posição jurídica. A ser diferente, na hipótese de o juiz simplesmente ignorar a atividade processual de uma das partes de fazer valer razões em juízo de modo efetivo, configurar-se-ia não um vício intrínseco na motivação (*v. g.*, ausência de correção lógica entre motivos e conclusão final), mas, sim, um defeito extrínseco, como quando a decisão não se abalança a considerar argumentos, provas e contraprovas trazidas para os autos do processo²²²⁸, justamente pela falta de correlação entre o conteúdo da decisão judicial e a atividade laborativa dos litigantes. Neste caso, tanto a fundamentação quanto, de

²²²⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, *op. cit.*, esp. p. 7-8: “Mas, a partir da Constituição de 1988, a obrigação de motivar foi elevada a preceito fundamental. (...) Acolheu, assim, a Lei Maior, o entendimento doutrinário de que o problema da motivação se coloca no plano dos Direitos fundamentais, de ordem pública, avultando nela a idéia de garantia e controle extraprocessual, por servir como elemento de aferição, *in concreto*, da imparcialidade do juiz e da legalidade da decisão, bem como da efetividade do contraditório e da observância do devido processo legal.”

²²²⁸ *Ibidem*, esp. p. 8-9: “De nossa parte, sustentamos, apoiada na lição de TARUFFO, que a garantia da motivação compreende, em síntese: 1 - O enunciado das escolhas do Juiz com relação: a) à individuação das normas aplicáveis; b) às conseqüências jurídicas destas decorrentes. 2 - Os nexos de implicação e coerência entre os referidos enunciados. Resulta daí, segundo nosso entendimento, (...) que a falta de motivação pode consistir: a) na omissão das razões do convencimento; b) em erro lógico-jurídico, de modo que as premissas de que se extraiu a decisão possam ser consideradas *sicut non essent*, ou as conclusões não decorram logicamente das premissas (carência de motivação intrínseca); c) da omissão de fato decisivo para o juízo (carência de motivação extrínseca).”

consequente, a decisão padecerá do pecado capital da insuficiência ou da incompletude. Daí descende necessariamente o conceito de hodierno do que se deva conceber como pronunciamento jurisdicional motivado. Quando o pronunciamento jurisdicional do tribunal local alcança tais finalidades, ante a ideia de plenitude justificativa, é cognominado de acórdão completo²²²⁹.

Reflexivamente, não se pode deixar de assinalar a ambiguidade do supramencionado entendimento do Superior Tribunal de Justiça²²³⁰: de um lado, consente que o órgão julgador não esteja obrigado a analisar, pormenorizadamente, todas as questões relevantes ventiladas no recurso e nas contrarrazões, mas, de outro, arquiteta um verdadeiro campo minado à admissibilidade do recurso especial, pela falta de enfrentamento de tais questões, autonomamente, pelo tribunal local. Nesse passo, em decorrência da amputação da perspectiva vertical do efeito devolutivo avulta a exigência jurídica de plenitude (*completezza*) justificativa da decisão recorrida, e não apenas de suficiência da motivação²²³¹, máxime no tocante ao requisito do prequestionamento aplicável aos recursos para as Cortes Superiores²²³². Semelhante posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é anfíbio e

²²²⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A motivação dos julgamentos dos Tribunais de 2º grau na visão do Superior Tribunal de Justiça: acórdão completo ou fundamentado? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 162, p. 197-227, ago. 2008, esp. p. 199: “Em outras palavras, o *acórdão completo* é aquele por meio do que o Tribunal enfrenta *todos* os fundamentos trazidos pela parte para o *acolhimento ou rejeição do recurso*.” (Grifos no original).

²²³⁰ De resto, ambiguidade que também parece ser chancelada pelo Supremo Tribunal Federal como se inculca do teor do Enunciado n. 283 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “Inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.” Sobre a aguda crítica que, ao propósito, se pode formular, forte no tratamento isonômico entre os principais atores do processo judicial para a mesma situação jurídica, vide CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, op. cit., p. 215: “Há, por fim, um último argumento. É uniforme e inclusive sumulado o entendimento de que o recurso que não ataca fundamento que, por si só, seja apto a sustentar o julgado, não pode ser conhecido. Esse entendimento demonstra parecer existir um tratamento diferenciado para a mesma situação jurídica, pois quando é o magistrado quem opta por não enfrentar todos os fundamentos argüidos pela parte, na maioria das vezes o procedimento é tido por correto. Contudo, quando é a parte, por meio de seu advogado, que não combate todos os fundamentos do acórdão, na maioria das vezes a conduta resulta no não-conhecimento da irresignação. Salvo melhor juízo, o adequado seria exigir o mesmo rigor tanto de um lado quanto de outro, já que tanto o magistrado quanto as partes e seus advogados estão submetidos aos mesmos princípios gerais do Direito, ao mesmo Código de Processo Civil e à mesma Constituição Federal, de sorte que se o advogado não combate todos os fundamentos adotados pelo acórdão para o acolhimento de um pedido específico, o recurso efetivamente não merece ser conhecido. Contudo, se o acórdão também não enfrenta todos os fundamentos que, autonomamente, possam resultar no provimento ou no improvimento do recurso, com o mesmo rigor aplicado à parte, deve ser declarada a nulidade do pronunciamento judicial, por violação dos arts. 458, II, e/ou 535, II, do CPC, conforme o caso.”

²²³¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento, op. cit., p. 271: “A fundamentação deve ser completa, embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça seja muito tolerante com motivações insuficientes.”

²²³² Confirmam-se, ao propósito, os seguintes Enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão

altamente gravoso aos jurisdicionados, e, por isso mesmo, desmerece aplausos: inviabiliza, não raro, a interposição de recurso especial. Noutros termos, expulsa pela boca o ar que deixou entrar pelo nariz.

Desse modo, revela-se tênue, na experiência prática do Superior Tribunal de Justiça, o controle do raciocínio do juiz, sobretudo em relação aos nexos de implicação e coerência entre os múltiplos enunciados das escolhas judiciais na sentença (v. g., individualização das consequências jurídicas decorrentes das normas aplicáveis aos fatos).

Mas (dir-se-á) são cabíveis os embargos declaratórios no escopo de que seja suprida a omissão do tribunal local. Os problemas não se escondem; antes, ao contrário, gritam que o entendimento consolidado dos tribunais locais, comodamente placitado pelo Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que o órgão judicante não está obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre as matérias articuladas pelos contendores. Chancela, pois, o entendimento de que a omissão não se configura quando o acórdão recorrido, conquanto deixe de apreciar, individualmente, cada uma das questões ou pontos de fato e de direito suscitados pelas partes, adote motivação suficiente para decidir integralmente o conflito²²³³. Criou-se um círculo vicioso, uma armadilha processual, uma tensão entre o conceito de acórdão completo e o conceito de motivação suficiente²²³⁴.

Esse errôneo ponto de vista pretoriano – de que o juiz ostenta a discricionariedade de selecionar, dentre alegações deduzidas pelas partes, quais devam ser apreciadas como objeto

recorrida, a questão federal suscitada.” e n. 356: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” No mesmo diapasão, os Enunciados da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça, n. 211: “Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *“a quo”* e n. 320: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento.” Sobre a possibilidade de formulação do voto dissidente da maioria, vide Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina de 18.08.1981, art. 281: “*Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado.*”

²²³³ Significativa amostra jurisprudencial acerca do correto enfrentamento do tema, consagrando a melhor exegese do dever de o juiz motivar suas decisões, embora numa vertente minoritária, é o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, proferido no julgamento do REsp 85004-SP, sendo relator o Min. Ari Pargendler, de 24.03.1998, DJ 06.04.1998, encimado da seguinte ementa: “Processo Civil. Sentença. Omissão. O juiz está obrigado, na sentença, e o Tribunal, no acórdão, a analisar e resolver as questões de fato e de direito articuladas pelas partes – evidentemente aquelas que sejam relevantes no contexto da causa (CPC, art. 458, II e III); omissa a sentença ou o acórdão, a respeito de questão relevante, e, não obstante a oposição de embargos de declaração, subsiste o defeito, anula-se o julgado para que outro seja proferido (CPC, art. 535, II). Recurso Especial conhecido e provido.”

²²³⁴ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe, op. cit., p. 216: “(e) enquanto o conhecimento do recurso especial estiver condicionado ao prequestionamento na forma como hoje é entendido no STJ, o *acórdão completo* é obrigatório. Somente se o STJ passar a entender que o prequestionamento depende apenas da atividade da parte é que seria admissível apenas o *acórdão fundamentado*.”

de julgamento motivado – parece confluir para a negativa de prestação jurisdicional, transformando o acesso à justiça num valor puramente formal e meramente decorativo, destituído de sentido prático, além de adversar uma constelação de garantias fundamentais do processo justo e, ao fim e ao cabo, configurar ausência de motivação da decisão judiciária. Basta que o tribunal local, como última instância na apreciação do contexto fático-probatório, deixe de fora de sua análise emissão de juízo de valor ou exclua a apreciação de determinadas provas produzidas pelas partes, a fim de que, em regra, se feche a porta à admissão dos recursos extraordinário²²³⁵ e especial²²³⁶. A Constituição da República e a legislação federal infraconstitucional podem ser ilididas não apenas quando se deixe de aplicá-las no fato em que são aplicáveis, senão também pelo definir-se erroneamente o fato sobre que, determinado de forma escoreita, elas naturalmente incidiriam²²³⁷.

Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, assente nos princípios de justificação e de transparência, não se pode olvidar, ante o atual estágio civilizatório do processo civil (mas não apenas), que o dever de motivação é um dique de contenção ao exercício do poder pelo juiz, sem o qual sua atividade estaria a um palmo do despenhadeiro da irracionalidade e do arbítrio.

²²³⁵ Enunciado n. 279 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

²²³⁶ Enunciado n. 7 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Superior Tribunal de Justiça: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” Nada obstante, em significativa hipótese de controle do raciocínio do juiz, o Superior Tribunal de Justiça tem admitido empregar, no julgamento do recurso especial, a simples reavaliação dos critérios jurídicos utilizados, bem assim a requalificação jurídica dos fatos e dos meios de prova e seus resultados, de forma diversa daquela implementada pelo tribunal de origem, tratando semelhante operação não como matéria de fato, mas como *quaestio iuris*. Vide, ao propósito, dentre muitos outros, os seguintes arestos: (i) EREsp 249813/MA. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Seção. DJ 12/09/2005; (ii) AR 4446/SP. Ministra Eliana Calmon. Primeira Seção. DJe 10/09/2010; (iii) REsp 1289262/RJ. Ministro Arnaldo Esteves Lima. Primeira Turma. DJe 13/05/2013; (iv) AgRg no REsp 1389202/SP. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma. DJe 11/09/2013. (v) REsp 1263187/SP. Ministro Massami Uyeda. Terceira Turma. DJe 13/02/2012; (vi) EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 790903/RJ. Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. DJe 10/02/2014; (vii) AgRg no REsp 1424377/MG. Ministro Moura Ribeiro. Quinta Turma. DJe 21/02/2014.

²²³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, op. cit., esp. p. 20: “Muito embora a obrigatoriedade da motivação tenha sido elevada no Brasil, a nível constitucional, na prática é forçoso reconhecer não ser satisfatoriamente observada pelos Juízes e Tribunais, sobretudo mercê de uma explicitação insuficiente de seu raciocínio e de uma verdadeira escamoteação dos juízos de valor.”

Tabela 4 – Dados estatísticos acerca do julgamento de recursos cíveis pelo Superior Tribunal de Justiça versando matéria de motivação

Período	Recurso cíveis julgados	Provimento		Desprovimento	Regiões brasileiras				
		Parcial	Total		N	NE	S	SE	CO
2013	63	7	0	56	1	13	13	34	2
2012	59	6	7	46	3	10	14	22	10
2011	150	30	9	111	3	20	47	63	17
2010	74	9	12	53	1	3	30	32	8
2009	28	3	4	21	1	3	8	15	1
2008	27	3	0	24	1	3	10	8	5
2007	27	0	4	23	2	5	5	13	2
2006	52	3	1	48	1	6	23	17	5
2005	49	1	3	45	0	7	18	19	5
2004	50	2	6	42	1	8	14	19	8
2003	44	4	4	36	2	8	15	19	0
2002	46	1	1	44	4	6	8	22	6
Total	669	69	51	549	20	92	205	283	69

No arco temporal de 2002 a 2013 (144 meses), o Superior Tribunal de Justiça, em 669 recursos julgados versando matéria de motivação do pronunciamento jurisdicional impugnado (art. 458, inciso II, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973), rejeitou 549 (82,06%) e acolheu 120 (17,94%).

11 MOTIVOS E COISA JULGADA MATERIAL

11.1 Generalidades

A motivação, enfocada em sua conotação técnica, desempenha o papel de racionalização e de efetividade da atividade jurisdicional, exibindo singular importância na correta interpretação do julgado, tendente a demarcar suas fronteiras e, conseqüentemente, definir o perímetro da coisa julgada material²²³⁸. De acordo com a modalidade de tutela jurídica postulada (*e. g.*, declaratória, constitutiva, condenatória), somente sentença que contenha comando de mérito, no tocante ao acerto da espécie controversa, é suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada substancial.

O instituto da coisa julgada material²²³⁹ encerra verdadeira *vexata quaestio*, seja no que toca à sua natureza (*e. g.*, meramente processual, ostentando o julgado apenas o efeito de interditar a possibilidade de o mesmo juiz solucionar uma segunda vez a mesma questão; substancial, alcançando o comando jurídico contido na sentença, a explicar seus efeitos fora do processo, vale dizer, seu caráter “*metaprocessuale*”²²⁴⁰), seja no que pertine à sua extensão (*e. g.*, limites subjetivos ou objetivos). Doutrina antiga sustentava que a lei atribuía à coisa julgada uma presunção absoluta de verdade²²⁴¹.

²²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95, esp. p. 86: “Assim é que se registra, por exemplo, a importância da motivação para a correta interpretação do julgado, para a determinação precisa do respectivo conteúdo - o que pode revestir grande significação quando se queira delimitar o âmbito da *res iudicata*.”

²²³⁹ Os antigos a exprimiam com locução hiperbólica: “*res iudicata facit de albo nigrum, aequat quadrata rotundis*”. Com redação redundante (se é imutável é obviamente indiscutível), o Código de Processo Civil brasileiro de 1973, em seu art. 467, reza: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” Vide, no ponto, BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, n. 27, jul./set. 1982. p. 12-26, especialmente este passo: “Emprega aí o Código a palavra *eficácia* no sentido de qualidade ou modo de se manifestarem ou se produzirem os efeitos da própria sentença; ou, em outras palavras, tendo a sentença um comando, a sua imutabilidade identifica-se com a eficácia do efeito declarado naquele ato.” (Grifos no original). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, Art. 513: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.”

²²⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**, funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, v. 1. p. 280.

²²⁴¹ LESSONA, Carlo. **Manuale di procedura civile**. Seconda edizione. Milano: Società Editrice Libreria, 1902. p. 348.

Por outro lado, prestigiosa doutrina²²⁴² sustenta que a coisa julgada não é propriamente um efeito da sentença, mas uma especial qualidade, em determinado momento processual (julgado de mérito não mais sujeito a recurso)²²⁴³, que se agrega aos seus efeitos para torná-los imutáveis. Semelhante qualidade, por razões de utilidade social e exigência da finalidade do próprio processo, enseja um robusteço na eficácia da sentença de mérito.

Contudo, não menos respeitabilíssima doutrina entende que, apesar de a autoridade da coisa julgada ser uma qualidade da sentença, tal concepção não tem capacidade de tornar os efeitos imodificáveis, pois que, sob o influxo de variáveis circunstâncias, estes são naturalmente mutáveis. De fato, tratando-se de direitos disponíveis, nada obsta a que, no exercício de sua liberdade, as partes convençam diversamente dos efeitos da sentença, ainda que transitada em julgado²²⁴⁴ (v. g., as partes podem, extrajudicial e sucessivamente, alterar os efeitos do julgado, através de transação, com disciplina diversa daquela da sentença condenatória, na qual o credor-autor, ao invés de auferir a totalidade de seu crédito do réu-devedor, aceite, por remissão parcial, receber apenas a metade dele, e conceda integral quitação da dívida). Numa linha: imutáveis não são os efeitos da sentença, embora os efeitos da sentença transitada em julgado adquiram estabilidade²²⁴⁵ (não imutabilidade); a imutabilidade alcança o conteúdo da sentença, e não se restringe à esfera do processo, mas precipita-se *ad extra*.

A declaração principal, que integra o conteúdo da sentença, é aquela com arrimo na qual o juiz acolha ou rejeite o pedido do autor. A declaração principal, no procedimento condenatório, consubstancia a conclusão final de que o autor ostente, ou não, direito de exigir

²²⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

²²⁴³ E, no ordenamento jurídico brasileiro, também o exaurimento do chamado reexame necessário ou duplo grau obrigatório de jurisdição (Código de Processo Civil de 1973, art. 475).

²²⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 416, p. 9-17, jun. 1979, esp. p. 12-13: “Ora, a quem observe, com atenção, a realidade da vida jurídica, não pode deixar de impor-se esta verdade muito simples; se alguma coisa, em tudo isso, escapa ao selo da imutabilidade, são justamente os efeitos da sentença. A decisão que acolhe o pedido, na ação renovatória, produz o efeito de estender por certo prazo, e com fixação de determinado aluguel, o vínculo locatício; mas que impede as partes de, no curso desse prazo, de comum acordo, modificarem o aluguel fixado, alterarem esta ou aquela cláusula, e até porem fim à locação? Os cônjuges que hoje se desquitam (mesmo litigiosamente) podem amanhã restabelecer a sociedade conjugal, como podem os donos de terrenos confinantes estabelecer convencionalmente, para as respectivas áreas, divisa diferente da que se fixara no processo da ação de demarcação. No tocante ao efeito executório, peculiar às sentenças condenatórias, a coisa é de ofuscante evidência: cumprida espontaneamente ou executada a sentença, cessa o efeito, que já nascera com o normal destino de extinguir-se - a ele se aplicaria talvez melhor o epíteto, que Heidegger quis aplicar ao homem, de “ser-para-a-morte”...”

²²⁴⁵ LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile: principi generali**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2000, v. 1. p. 139.

do réu o cumprimento da obrigação²²⁴⁶. Pois bem, semelhante declaração principal atende pelo nome e sobrenome de elemento declaratório da sentença²²⁴⁷. É o conteúdo da sentença (composto pelo elemento declaratório e por um *aliud*²²⁴⁸, a modificação, ou ato de modificar, nas sentenças constitutivas) que, na realidade, adquire o selo da imutabilidade²²⁴⁹. A nova situação jurídica derivante do trânsito em julgado da sentença é que assume a autoridade da coisa julgada. Outro importante segmento da doutrina sustenta que a autoridade da coisa julgada é uma qualidade da sentença, mas que não seria todo o conteúdo da sentença a adquirir autoridade de coisa julgada, senão apenas o elemento declaratório (que não se confunde com o efeito declaratório), posto ser o único imune à modificação²²⁵⁰. Porém, a característica da imutabilidade do conteúdo declaratório e a imutabilidade do elemento declaratório, constante de todas as sentenças, e um *aliud* (dispositivo da sentença ou norma jurídica concreta formulada pelo juiz, que se torna imutável) parecem fornecer um retrato do

²²⁴⁶ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo, 1963. p. 4: “Nas ações constitutivas, consiste na conclusão de que o autor tem, ou não, o direito à modificação jurídica pretendida. E, nas ações meramente declaratórias, consiste na conclusão de que existe, ou não, a relação jurídica, a autenticidade ou falsidade afirmadas pelo autor, ou na declaração de que não existe, ou existe, a relação jurídica negada pelo autor.”

²²⁴⁷ No tocante à distinção entre conteúdo declaratório, elemento declaratório e efeito declaratório, vide BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 40, p. 7-12, out./dez. 1985, esp. p. 8.

²²⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. **Temas de direito processual**: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81-90, esp. p. 86: “A sentença - toda sentença - contém uma declaração, podendo conter ou não, junto dela, um *aliud*. Falar-se-á, pois, do *conteúdo declaratório* da sentença, ou do elemento declaratório presente nesse conteúdo. No particular, é incensurável a dicção da lei italiana: “L’ accertamento contenuto nella sentenza...” (Grifos no original).

²²⁴⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, p. 273-285, abr./jun. 1984, esp. p. 281: “A imutabilidade conseqüente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o *conteúdo* da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, *todo o conteúdo decisório*. Deixa de fora a motivação, com a solução dada pelo juiz a cada uma das questões de fato e de direito, e mesmo a das questões prejudiciais - (CPC, art. 469, II e III). Não deixa fora, entretanto, os elementos do *decisum* de natureza não puramente declaratória. Se a sentença é, por exemplo, constitutiva, fica coberta pela autoridade da coisa julgada material não apenas a declaração do direito à modificação jurídica, senão também essa modificação em si mesma: não se poderá jamais, desde o trânsito em julgado, contestar de maneira juridicamente relevante que a modificação se operou, muito embora possam cessar ou alterar-se os respectivos efeitos (a nova situação constituída). É toda a norma jurídica concreta que se torna imutável (...).” (Reforços gráficos no original).

²²⁵⁰ NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. p. 494: “O fato de prevalecer, no sistema jurídico brasileiro, o princípio da substanciação do pedido, que compreende tanto a *causa próxima* como a *causa remota actionis*, corrobora o caráter restritivo da limitação objetiva da coisa julgada. A definição do seu conteúdo vincula-se, portanto, ao que foi pedido na ação e constituiu objeto do julgamento, de seu lado restrito ao elemento *declaratório* da sentença.” (Grifos no original). Vide, também, SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 270-285, jan./mar. 1985, esp. p. 277.

mesmo fenômeno²²⁵¹. A parte dispositiva da sentença permite verificar os efeitos que, fora do processo, se irradiarão da decisão. Donde ser fulgente, interna e externamente ao processo, a distinção entre o *conteúdo* e os *efeitos* da sentença.

Pode-se chegar, lançando mão de um critério de exclusão, à porção do conteúdo da sentença, que se reveste da autoridade de coisa julgada. O relatório da sentença, por sua função meramente descritiva das ocorrências processuais, refratário ao mais ténue juízo de valor, não tem capacidade para gerar caso julgado. Portanto, essa porção do conteúdo da sentença não exhibe aptidão para adquirir autoridade de coisa julgada. O direito positivo brasileiro exclui do âmbito de abrangência da coisa julgada as questões resolvidas na motivação, até mesmo as prejudiciais, *i. e.*, desvia os motivos dos desígnios da coisa julgada material (CPC, art. 469, n. I). A não ser que, no espaço físico reservado à motivação, o juiz tenha substancialmente decidido sobre aspecto ou parcela do pedido, ou mesmo que, ali, na forma da lei, haja decidido questão prejudicial excepcionalmente com força de coisa julgada material. Desse modo, em regra, esse pedaço do conteúdo da sentença não ostenta igualmente capacidade para atrair a autoridade de coisa julgada. Resta, formalmente, a parte dispositiva do conteúdo da sentença. De conseguinte, semelhante elemento declaratório, do conteúdo da prestação jurisdicional, é o naco que adquire autoridade de *res iudicata*²²⁵².

O fundamento da autoridade da coisa julgada material, ao qual corresponde a ideia de imutabilidade, reside em, pelo menos, cinco argumentos primários: (i) consubstancia elemento característico do Estado Constitucional Democrático de Direito²²⁵³; (ii) tutela jurisdicional efetiva; (iii) necessidade social de evitar-se a duração *ad aeternum* dos litígios,

²²⁵¹ PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento. Arts. 444 a 495 [coordenação Ovídio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 6. p. 175: “Assim, adequado concluir que se alguma coisa a todo questionamento escapa e adquire a condição de indiscutível - não podendo ser objeto de controvérsia futura, juridicamente relevante, nem objeto de transação -, este algo é interno à sentença; resultando, pois, nesta medida, a autoridade da coisa julgada circunscrita à norma concreta editada pela decisão, o que é efetivado através da nova situação jurídica declarada, definindo-se a extensão desta como limites objetivos da coisa julgada material.”

²²⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 644: “Viu-se que a coisa julgada agrega-se à declaração contida na sentença, para torná-la imutável e indiscutível. Em sendo assim, o que fica exatamente abrangido pela coisa julgada? A resposta parece ser bastante simples, mesmo em decorrência da definição aqui adotada. Se este fenômeno incide sobre a declaração contida na sentença, e se essa declaração somente pode existir como resposta jurisdicional, é certo que a coisa julgada atingirá apenas a parte dispositiva da sentença. Realmente, observando-se o relatório e a fundamentação da sentença, nota-se que, em nenhum desses dois elementos, existe propriamente (ainda) julgamento. Neles o magistrado ainda não certifica a vontade do direito que incide sobre o caso concreto, vindo isto a acontecer apenas na última etapa, ou seja, no dispositivo (*decisum*).”

²²⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 375, ano 100, p. 141-159, set./out. 2004, esp. p. 148-149.

em prol da segurança jurídica intangível, da estabilidade das relações sociais, da previsibilidade de condutas, bem como a certeza jurídica que deflui de situações outrora controvertidas; (iv) exigência de cunho prático de interditar, em nova demanda judicial, a rediscussão sobre as questões já soberanamente decididas em procedimento pretérito, em regra, entre as mesmas partes; (v) ideal de paz social.

O autor da demanda judicial, em obséquio ao princípio dispositivo, tem a liberdade de definir, através do conteúdo do *petitum* e da *causa petendi*, os correspondentes limites objetivos²²⁵⁴ (*res in iudicium deducta*), em viés liberal e paradigma fortemente individualista do processo. A coisa julgada, objetivamente considerada, em sua dimensão interna, por seu cariz vinculativo e impeditivo, mantém incólumes as soluções anteriormente adotadas. De conseguinte, não admite que o mesmo juiz (ou outro, não importa), em futuro processo, possa rediscutir as questões já definitivamente decididas no julgado anterior²²⁵⁵. Numa locução: a coisa julgada inviabiliza a reprodução útil de causa idêntica (função negativa), além de submeter incondicionalmente os litigantes e o juiz à autoridade do julgado (função positiva)²²⁵⁶. A coisa julgada não se destina a impedir o conflito teórico entre os julgados, mas apenas seu conflito prático²²⁵⁷.

A ordem jurídica brasileira devota inestimável valor ao instituto da coisa julgada²²⁵⁸, como garantia fundamental de elevada relevância social, a tal ponto de conferir à sua intangibilidade dignidade constitucional, forrando-lhe, por exemplo, contra eventuais

²²⁵⁴ LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. 30. edizione. Milano: Giuffrè, 1999. p. 184.

²²⁵⁵ Vide, no ponto, Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 468: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

²²⁵⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Le azioni. Il processo di cognizione, op. cit., p. 914.

²²⁵⁷ Ibidem, p. 920: “*I principii sulla cosa giudicata escludono dunque per sè stessi solo il conflitto pratico dei giudicati, cioè decisioni diverse rispetto alla stessa azione, quindi praticamente incompatibili. Essi invece non si preoccupano e non pongono alcun rimedio al semplice conflitto teorico dei giudicati, cioè al caso di decisioni logicamente incompatibili ma praticamente conciliabili.*”

²²⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., ampl. e atual. com novas súmulas do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). p. 39-40: “A ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o *centro* do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a *segurança jurídica intangível* (*unverrückbare Rechtssicherheit*) para a singularidade da pretensão de direito material que foi deduzida em juízo. (...) A coisa julgada material é a consequência necessária do exercício do direito de ação por meio do processo, vale dizer, ajuizada a ação e julgado o mérito, a coisa julgada material ocorrerá inexoravelmente.” (Grifos no original).

investidas do legislador ordinário²²⁵⁹. Os destinatários da garantia da coisa julgada, em primeiro plano, são as partes do processo em que ela se cristalizou. Semelhante penhor tem em mira proteger também a própria coletividade. No Estado Constitucional Democrático de Direito, a sociedade exhibe evidentíssimo interesse no adequado funcionamento da máquina judiciária em especial e do aparelho estatal em geral²²⁶⁰. Trata-se de instituto processual de ordem pública, típico do processo de cognição de mérito, que vincula definitivamente as partes e o Estado-juiz. A qualquer das partes cabe, em linha de princípio, a *exceptio rei iudicatae*, no escopo de eliminar novo acerto sobre a crise de direito material definitivamente decidida em processo anterior. Pode ser, por exemplo, suscitada pelo réu, mediante preliminar de contestação²²⁶¹, ou arguida em qualquer fase do processo ou grau de jurisdição, devendo ser decretada *ex officio* pelo juiz, no fito de extinguir o procedimento sem resolução do mérito²²⁶². A alegação de coisa julgada material, para sua configuração entre duas demandas judiciais, exige, no fito de individualizá-las, a chamada tríplice identidade: partes, pedido e causa de pedir²²⁶³.

A empreitada de delimitação do âmbito da coisa julgada material evoca dois limites tradicionais: objetivos²²⁶⁴ e subjetivos. Apenas os primeiros (objetivos) se revestem, mais

²²⁵⁹ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”

²²⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 101, v. 377, p. 43-61, jan./fev. 2005, esp. p. 51: “Tal regularidade engloba, entre outros itens, a estabilidade das decisões nos precisos termos da legislação processual.”

²²⁶¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 301: “Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: VI- coisa julgada.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS 166/2010, no Senado Federal, e posteriormente na Câmara dos Deputados, onde tramita como Projeto de Lei nº 8.046/2010, art. 338: “Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: VII – coisa julgada;”

²²⁶² Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 267: “Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada. § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 495: “O órgão jurisdicional não resolverá o mérito quando: V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;” e art. 495, § 3º: “O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V e VI, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.”

²²⁶³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 301, § 2º: “Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 338, §2º: “Uma ação é idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.”

²²⁶⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1912. p. 90: “*E poichè queste manifestazioni singole di volontà attuano nel particolare la funzione che la legge attua in generale, di ripartire cioè fra i soggetti giuridici i beni della vita, noi vedremo che l'autorità della cosa giudicata*”

diretamente, de peculiar importância na perspectiva da conexão entre motivação e coisa julgada; os motivos da sentença, imbricados, por exemplo, com o acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa e com a solução das questões prejudiciais.

11.2 Concepção de dois sistemas: motivos cobertos, ou não, pelo manto da coisa julgada

A individualização da lide, sob ótica objetiva, assenta-se no pedido e na causa de pedir (fato ou conjunto de fatos que suportam a pretensão posta em juízo)²²⁶⁵. A demanda judicial, em regra, é permeada de questões fático-jurídicas (pontos controvertidos), de modo que o parâmetro da coisa julgada repousa em tudo aquilo e somente aquilo já definitivamente julgado.

As considerações sobre as relações entre motivação e julgado, ou a correlação entre motivos e coisa julgada substancial, em processo civil, podem ser desenvolvidas à luz de dois sistemas distintos: (i) de cariz amplexivo; e (ii) de jaez restritivo. O primeiro, adepto à extensão da coisa julgada material aos fundamentos da decisão judiciária²²⁶⁶, ao passo que o

consiste in questo soltanto, che nessun giudice possa accogliere domande dirette in qualsiasi modo a togliere o diminuire ad altri un bene della vita conseguito in virtù d'un precedente atto di tutela giuridica rispetto alla stessa persona. Il che l'ordinamento giuridico vuole, perchè applica all'attività dello Stato la legge del minimo mezzo. (...) Prendendo l'atto di tutela giuridica, anziché il ragionamento del giudice, come investito dell'autorità della cosa giudicata, i limiti obbiettivi di questa sono bene chiariti. Si può rimettere in discussione qualunque questione pregiudiziale alla questione decisa, purchè il valore economico della tutela giuridica già conseguita non sia in alcun modo minacciato."

²²⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 17: "Todo pedido tem uma causa. Identificar a *causa petendi* é responder à pergunta: por que o autor pede tal providência? Ou, em outras palavras: qual o fundamento de sua pretensão? Constitui-se a *causa petendi* do fato ou do conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito jurídico por ele visado."

²²⁶⁶ É digno de nota que, embora conexando erroneamente a autoridade da coisa julgada à imutabilidade não do conteúdo mas dos efeitos da sentença, autorizada voz doutrinária apresenta observações críticas à expressão "extensão da coisa julgada aos motivos da sentença", vide MESQUITA, José Ignacio Botelho de, op. cit., p. 61: "Neste sentido, é lícito afirmar-se que a imutabilidade da motivação se distingue da imutabilidade do dispositivo por ser de *natureza meramente instrumental*. A primeira é subordinada à segunda, que dela se utiliza como meio para sua realização prática. A imutabilidade da motivação consiste, pois, em um dos meios de que o processo se serve para dar vida ou para concretizar na prática a autoridade da coisa julgada (a imutabilidade dos efeitos da sentença). A posição aqui assumida revela que é errado falar-se em "extensão da coisa julgada aos motivos (objetivos ou subjetivos) da sentença", pois a imutabilidade do dispositivo não se "estende" à motivação, mas *impõe* à motivação uma imutabilidade que se distingue, já pela sua natureza já pelos seus fins, daquela atribuída aos efeitos da sentença. Revela-se, ainda, constituir um erro de perspectiva a generalizada colocação deste problema dentro do tema dos limites objetivos da coisa julgada. Este erro se deve à indevida reunião da imutabilidade e da eficácia da sentença dentro do mesmo conceito de autoridade da coisa julgada. Definida a autoridade da coisa julgada como a

segundo limita a *res iudicata* à parte dispositiva da sentença (*decisum*). Ambos os sistemas estão calcados em argumentos percucientes, a deixar entrever vantagens e desvantagens, luzes e sombras, na vida do processo, primitivo e futuro, e na dos jurisdicionados.

Em prol do sistema amplexivo, de extensão da coisa julgada aos fundamentos da decisão, podem ser didaticamente compendiados os seguintes “fatores de solução” ou razões justificativas de sua adoção: a) imperativo de certeza e paz social; b) economia judicial e processual (= redução da quantidade de processos); c) necessidade de harmonia dos julgados; d) impossibilidade da distinção entre fundamentos e decisão; e) dificuldade e arbítrio na distinção entre fundamentos e decisão.

Os três argumentos iniciais (imperativo de certeza e paz social, economia judicial e processual, necessidade de harmonia dos julgados²²⁶⁷) catalisam a ideia de que o alargamento do território da imutabilidade emergente da coisa julgada produz, de forma inversamente proporcional, a diminuição das fronteiras da litigiosidade²²⁶⁸, além de proporcionar a inegável vantagem da consistência das decisões judiciais.

O quarto (impossibilidade da distinção entre fundamentos e decisão) é um argumento de corte savignyano²²⁶⁹. O núcleo está em que os motivos ministram o conteúdo da decisão, que, assim, para não se constituir em mera abstração, deve ser por eles completada. É conexão essencial entre alma (fundamentos) e corpo (dispositivo)²²⁷⁰. A única via para se saber em que consiste a parte dispositiva do julgado (aquilo que o juiz acolhe ou rejeita) é sindicando os

imutabilidade dos efeitos da sentença, sejam quais forem os limites objetivos que a doutrina e a lei lhe imponham, tais limites nunca alcançarão os motivos determinantes da sentença ao ponto de envolvê-los. A heterogeneidade das duas categorias não permite a absorção de uma dentro do conceito de outra.” (Grifos no original).

²²⁶⁷ REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada (em especial, os arts. 810 e 817 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, ano 9, p. 7-23, abr./jun. 1984, esp. p. 14: “A necessidade de harmonia dos julgados é, sem dúvida, o argumento mais forte. Com efeito, por mais compreensível que seja, para o jurista, a possibilidade de desarmonia entre uma sentença e os fundamentos de outra, não há dúvida de que tal desarmonia é altamente indesejável, até em função da credibilidade social de que precisam gozar as decisões judiciais. Para o comum do povo são simplesmente incompreensíveis situações de contradição entre julgados.”

²²⁶⁸ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Prefácio Donaldo Armelin. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 194.

²²⁶⁹ Sobre os limites objetivos da coisa julgada referenciados ao problema da extensão do julgado à motivação da sentença, e bem ainda sintetizando a celeberrima posição de SAVIGNY, vide MESQUITA, José Ignacio Botelho de, op. cit., p. 51-52

²²⁷⁰ GORPHE, François, op. cit., p. 29: “*Mais le tout fait corps et les motifs qui sont le soutien indispensable du dispositif participent de son autorité juridique; tous constituent au moins ce qu’on appelait autrefois l’âme de la sentence, anima et quasi nervus sententiae, ils doivent mener au dispositif avec une rigueur logique.*”

motivos nos quais se ampara. Os motivos hospedam os elementos da relação jurídica tornada imutável²²⁷¹.

O quinto e último argumento (dificuldade e arbítrio na distinção entre fundamentos e decisão) guarda íntima aproximação com o anterior. Com efeito, adverte-se para a dificuldade de se traçar uma linha divisória nítida e não arbitrária em tema de diferenciação entre fundamentos e decisão (dispositivo). Significa dizer: de determinação daquilo que, na realidade, está em jogo: os fundamentos ou a própria decisão. Eloquentes exemplos doutrinários são o da ação reivindicatória²²⁷², na qual *A* pede, como proprietário, a condenação de *B* a restituir *y* que está em sua posse. O seu pedido foi acolhido e ocorre o trânsito em julgado da respectiva decisão. Posteriormente, *B*, invocando propriedade, ajuíza ação em face de *A* e pede que seja condenado a restituir-lhe *y* (no processo anterior a questão da propriedade, em si, foi resolvida como fundamento e, no rigor da teoria restritiva, não o foi em termos de caso julgado). Ulteriormente, em nova demanda judicial, os papéis se invertem e assim pendular e sucessivamente até que uma das partes formule pedido no sentido de que a questão prejudicial - a propriedade - seja resolvida como caso julgado.

A orientação ampliativa do alcance da coisa julgada material, em suas balizas objetivas, como abrangentes da causa de pedir, nela incluídas as razões de fato e de direito identificadoras da situação jurídica composta e definida na sentença de mérito, é, ao fim e ao cabo, um problema de política legislativa²²⁷³. O legislador pode identificar o objeto do processo não apenas no pedido, mas também, por alargamento, nas razões de fato e de direito nas quais se fundamenta. Nessa peculiar perspectiva, caso o fato jurídico ou principal da lide seja comunitário a vários processos (presentes ou futuros, pouco importa), será necessário e suficiente que a solução definitiva de um deles se imponha como coisa julgada material entre as mesmas partes, sendo desinfluyente que díspares sejam os pedidos formulados em cada um deles. A regra de ouro consiste em que o accertamento da verdade do fato fundamental comum não deva ser renovado. Por exemplo: numa demanda judicial decorrente de contrato de arrendamento mercantil em que se disputa o valor de determinada prestação, restou definitivamente assentada a validade do contrato, ou a capacidade contratual das partes

²²⁷¹ MENDES, João de Castro. **Limites objectivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968. p. 100-101.

²²⁷² REGO, Hermenegildo de Souza, op. cit., p. 15.

²²⁷³ MENDES, João de Castro, op. cit., p. 79: “Ora, axioma de que julgamos poder partir para a solução desse problema é o seguinte: o alargamento ou não alargamento do caso julgado aos fundamentos da decisão é, em última análise, um problema de política legislativa, não uma questão de que se possa esperar uma solução deduzida dos grandes princípios reconhecidos como basilares do processo civil no nosso ciclo cultural.”

contratantes, dê que não se afigura possível haver contrato válido entre partes incapazes. Em demanda posterior, emergente do mesmo contrato de *leasing* entre as mesmas partes, mas com pedidos diferentes, atinentes ao cumprimento de prestação diversa, não se pode mais reabrir a discussão acerca da validade daquele contrato. Outro exemplo: a ação do legatário para haver a posse do bem objeto de legado testamentário tem como questão prejudicial a validade do próprio testamento. Em outra demanda judicial entre as mesmas partes envolvendo a interpretação de determinada cláusula testamentária, não se poderá mais rediscutir a validade do testamento em si.

Nessa concepção amplexiva, não valeria obtemperar com a diversidade de pedidos, tampouco escudar-se na alegação de que a coisa julgada não ostenta a virtude de enlaçar os motivos da sentença. É digno de nota que, sob o influxo de autorizada doutrina²²⁷⁴, a posição da *Corte Suprema di Cassazione* italiana é no sentido de que transitam em julgado, com autonomia, tanto o *petitum* quanto a *causa petendi*.²²⁷⁵ O fato jurídico-principal (causal) não é pensado apenas como parâmetro interpretativo do dispositivo da sentença; antes, com a dilatação do objeto da lide, é também encarado como meta do acerto definitivo operado com potência de coisa julgada.

Disso resulta a inserção do problema não no âmbito do direito de ação ou de defesa, senão no do objeto do processo, para nele incluir-se tradicionalmente o pedido e, como novidade, a causa de pedir. A coisa julgada material incidiria apenas sobre o fato jurídico ou principal (não os fatos simples ou secundários utilizados como ponte até aqueles, com a

²²⁷⁴ SATTÀ, Salvatore. **Diritto processuale civile**. 8. edizione. Padova: CEDAM, 1973. p. 193: “*Le questioni alle quali dà luogo la determinazione dell'accertamento sono sempre molto complesse, sopra tutto per quel che riguarda i presupposti logici della decisione. La regola fondamentale, che è ormai diventata quasi tralaticia nella giurisprudenza è questa: il giudicato si forma non solo sulle statuizioni espresse nel dispositivo della sentenza ma anche su tutti gli accertamenti contenuti nella motivazione, purchè compiuti ai fini della decisione e riguardanti fatti o rapporti che abbiano formato oggetto della materia sottoposta alla decisione del giudice. Il contrapposto è insomma tra premesse necessarie o fondamenti logici e giuridici ed enunciazioni puramente incidentali o considerazioni estranee alla controversia o prive di relazione causale col tema della lite.*”

²²⁷⁵ Cass., Sent. n. 6628, de 24.3.2006 (rv. 590320): “*Se l'accertamento dell'esistenza, validità e natura giuridica di un contratto, fonte di un rapporto obbligatorio, costituisce il presupposto logico-giuridico di un diritto derivatone, il giudicato si estende al predetto accertamento e, pertanto, spiega effetto in ogni altro giudizio, tra le stesse parti, nel quale il medesimo contratto è posto a fondamento di ulteriori diritti, inerenti al medesimo rapporto.*” Assim, Cass., Sent. n. 11365, de 16.5.2006 (rv. 590540): “*In tema di autorità del giudicato, deve ritenersi che, allorquando due giudizi tra le stesse parti abbiano ad oggetto un medesimo negozio o rapporto giuridico ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento compiuto in merito ad una situazione giuridica o la risoluzione di una questione di fatto o di diritto incidente su un punto decisivo comune ad entrambe le cause o costituente indispensabile premessa logica della statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato precludono l'esame del punto accertato e risolto, anche nel caso in cui il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo ed il “petitum” del primo.*” Apud IACOBELLIS, Marcello et al, op. cit., p. 985.

função de revelar-lhes as características que embasam a pretensão ou a resistência), que foi capital no acerto do direito subjetivo. Portanto, aquilo que se revestiu de relevância para a individuação do objeto de determinado processo há de banhar-se de preclusão. Excomungasse definitivamente sua rediscussão judicial profícua em outro procedimento (*non bis in idem*), com pedido distinto, mas no qual a causa de pedir mergulhe raízes no mesmo fato histórico acertado, de maneira principal, em processo pretérito. Ou, mais propriamente, vincula-se o juiz ou tribunal em processo posterior.

Particular relevo assume a hipótese de relações que conglomerem prestações múltiplas, de arte que o objeto do processo e da coisa julgada seja constituído, além do direito deduzido em juízo pelo autor, também da relação contratual inteira, em cujo plano se fundamenta tanto a prestação pleiteada pelo autor, quanto a contraprestação concernente ao réu. É o esforço tendente a inocular maior credibilidade e confiança no sistema de administração da justiça. Demais disso, busca-se reduzir a superfície de litigiosidade²²⁷⁶ em processos vindouros, evitando-se assim decisões contraditórias mediante o alargamento dos limites (redimensionamento) da coisa julgada material.

A posição da jurisprudência da *Corte Suprema di Cassazione*, para efeito de formação da coisa julgada material, amplia o objeto do processo para alcançar a prejudicialidade lógica e jurídica, independentemente da propositura de ação declaratória incidental. Tal sucede nos casos de relação jurídica complexa (da qual derivam múltiplos direitos e obrigações e se podem extrair diversas pretensões em diferentes momentos)²²⁷⁷, deduzida em juízo de maneira fracionada. Por exemplo: acertada a existência do contrato para embasar a condenação ao pagamento de uma prestação, não se afiguraria aceitável que a existência desta relação jurídica complexa pudesse ser infirmada, se e quando outra prestação dela derivada viesse a ser exigida em outro processo entre as mesmas partes²²⁷⁸.

²²⁷⁶ No que toca ao desígnio de redução da litigiosidade, vide THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 377, p. 11-33, mar. 2009, esp. p. 31-32: “Na primeira perspectiva, não só se estimulam formas extrajudiciais de solução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, mas também se criam mecanismos voltados para impedir a reiteração constante de demandas repetitivas (causas de igual objeto, ainda que entre partes diversas), ou de causas, cujo objetivo já tenha sido, no todo ou em parte, solucionado pela justiça, entre as mesmas partes. É o que, com muita dificuldade, se intenta no direito espanhol e italiano, mediante alargamento dos limites da coisa julgada, de modo a conferir-lhe um objeto atual (real) e outro virtual cuja identificação seja hipoteticamente capaz de impor solução a futuros conflitos de origem comum (mesmo suporte fático) que eventualmente possam sobrevir entre as mesmas partes. Com os efeitos preclusivos ampliados, a *res iudicata* pode impedir ou abortar um bom número de demandas, segundo se espera nos referidos países europeus”.

²²⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 2009. p. 469-470.

²²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada, op. cit., p. 23.

Sob a ótica essencialmente teórica, semelhante jurisprudência talvez se revele mais afinada com as metas do processo justo e às exigências de efetividade do processo e de sua duração razoável, de economia processual. Todavia, a posição majoritária da doutrina italiana é no sentido de que o direito de ação foi concebido para tutelar os direitos subjetivos, e não primacialmente a verdade dos fatos.

Em posição diametralmente oposta, perfilham-se os argumentos em abono do sistema restritivo, de não extensão da coisa julgada aos motivos da decisão, ou seja, de sua cobertura circunscrita à parte dispositiva, os quais podem ser assim sumariados: a) imprescindibilidade de justiça; b) liberdade das partes e princípio dispositivo; c) centralidade ou questão crucial do processo; d) esforços processuais proporcionais ao bem da vida em jogo.

O primeiro argumento (imprescindibilidade de justiça), predisposto a confinar a coisa julgada ao dispositivo, assenta-se na noção de proteção do valor justiça. A mais elevada finalidade da coisa julgada descansa na salvaguarda de um valor fundamental: a segurança²²⁷⁹. Nalgumas situações, como quando se busca a primazia do valor supremo justiça,²²⁸⁰ pode eclodir uma tensão com a segurança jurídica, e vice-versa. Daí descende que a extensão da coisa julgada colocará água no moinho do programa de segurança jurídica, enquanto que a sua restrição depositará suas fichas na aposta de busca de justiça. Comumente, esse embate tende ao triunfo do valor segurança, de sorte que a limitação do raio de incidência da *res iudicata* guarda proporção com a concreta realização de justiça²²⁸¹.

O segundo argumento (liberdade das partes e princípio dispositivo) é forte no sentido de afastar os motivos da decisão da autoridade da coisa julgada. O autor não pode ser surpreendido com o resultado do processo (*eventum litis*) para além dos interesses que tencionou colocar em contenda judicial. Pode ocorrer, e não raro ocorre, que, por estratégia, o

²²⁷⁹ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes:” (Grifou-se).

²²⁸⁰ Constituição Federal brasileira de 1988, em seu Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a *justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (Grifou-se)

²²⁸¹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, op. cit., p. 198.

autor fracione as implicações de uma relação jurídica e, a partir daí, selecione aquela que intenda submeter à cognição judicial definitiva²²⁸².

O terceiro argumento (centralidade ou questão crucial do processo) quer denotar que apenas a solução da questão principal do processo (*punctum pruriens*)²²⁸³, anabolizadora dos esforços das partes, deve ser coberta pelo manto da coisa julgada, não os motivos da decisão. Quer-se dizer apenas a resolução do tema protagonista do processo, e não do coadjuvante, que servirá de simples duto para se alcançar aqueloutro central.

O quarto e último argumento (esforços processuais proporcionais ao bem da vida em jogo) denota que as partes têm a liberdade de modular suas energias no processo proporcionalmente à envergadura dos interesses envolvidos na causa. Os esforços processuais não de poder ser graduados, ajustados, à luz do resultado máximo possível. Não é crível explodir uma bomba atômica para matar um camundongo.

Ponha-se em alto relevo que a opção entre o sistema restritivo e o sistema ampliativo norteia-se exclusivamente por razões de natureza político-legislativa. A adesão ao sistema restritivo, de exclusão dos motivos da cobertura da *res iudicata*, decorre de uma concepção tendencialmente liberal do processo, fulcrada no valor liberdade das partes e na exaltação do princípio dispositivo. Já a preferência pelo sistema amplexivo, que estende a coisa julgada material aos motivos da decisão, seria mais consentânea com a visão publicista do processo civil.

Não se pode deixar de evidenciar que insignes vozes doutrinárias propugnam o diálogo e a mediação entre o sistema amplexivo puro e o sistema restritivo puro, através da adoção de um sistema misto, que, de um lado, possa ordenhar suas virtudes e, de outro, conjurar distorções²²⁸⁴.

²²⁸² MENDES, João de Castro, op. cit., p. 111: “Assim, o autor está no seu direito se, entre as consequências de um ato jurídico, isolar uma para, esta e só esta, ser objeto de apreciação judicial definitiva. Ultrapassaria toda a expectativa do autor que o tribunal, a propósito de um interesse isolado e porventura mínimo, devesse apreciar toda uma massa de pressupostos que o autor entendeu deixar fora da lide.”

²²⁸³ REGO, Hermenegildo de Souza, op. cit., p. 16: “O terceiro, e poderoso, argumento em favor do sistema restritivo, é aquilo a que Castro Mendes denomina “tendencialidade”. Só deve constituir coisa julgada a questão *central* do processo, para a qual convergiram todos os esforços. Sobretudo o réu tem direito a isso. Se contratou a entrega de *x*, *y* e *z*, e lhe é exigido apenas *x*, que ele não deve por qualquer circunstância, é lícito que ele invoque apenas essa circunstância, sem alegar, por exemplo, nulidade do contrato – mas sem ficar impedido de fazê-lo quando for demandado por *y* ou por *z*.” (Grifos no original).

²²⁸⁴ Para uma boa resenha acerca do sistema intermediário, com a singularização de hipóteses de inserção, ou não, dos motivos da decisão no âmbito da autoridade da coisa julgada material, com a utilização de variados critérios (*e. g.*, motivos objetivos e subjetivos, imediatos e mediatos, controvertidos e não controvertidos, necessários e não necessários; harmonia entre os julgados; distinção entre caso julgado absoluto e caso julgado relativo; a concepção de que “os motivos não são alcançados pela coisa julgada material, podendo

11.3 Exame do problema no plano dogmático-normativo brasileiro: o Código de Processo Civil de 1939

A sentença é intrinsecamente composta de três elementos essenciais: o relatório, a motivação e o dispositivo, nos termos do Código de 1939, art. 280: “A sentença, que deverá ser clara e precisa, conterà: I – o relatório; II – os fundamentos de fato e de direito; III – a decisão.” Na motivação o juiz resolve as questões de fato e de direito, *i. e.*, expressa a convicção formada sobre as mesmas, não se adstringindo, pois, à sua mera análise. Na parte dispositiva do julgado, o juiz se pronuncia acerca do pedido, acolhendo-o ou rejeitando-o. O *locus* do dispositivo não hospeda a solução de questões, mas, sim, representa a conclusão final formulada pelo juiz.

A matéria admitia controvérsia e conspícuas vozes doutrinárias profligaram a extensão da imutabilidade derivante do trânsito em julgado²²⁸⁵ (preclusão das vias recursais), e não propriamente decorrente da *autorictas res iudicata*²²⁸⁶, à motivação, à luz do disposto no parágrafo único do art. 287: “Considerar-se-ão decididas todas as questões que constituam premissa da conclusão.”²²⁸⁷ De sorte que, a par do dispositivo da sentença, entendia-se, naquele então, que os motivos que apoiam a conclusão final também eram abraçados pela coisa julgada material²²⁸⁸.

ser livremente rediscutidos e apreciados, desde que a nova apreciação não implique subtrair ao vencedor do primeiro processo o bem da vida que a sentença ali lhe garantiu.”), vide REGO, Hermenegildo de Souza, op. cit., p. 16-17.

²²⁸⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada, op. cit., p. 16: “Por “trânsito em julgado” entende-se a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável.” Nessa perspectiva, o trânsito em julgado (antecedente) é o exato momento de formação da coisa julgada material (consequente).

²²⁸⁶ Idem. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada, op. cit., p. 278.

²²⁸⁷ Soam, curiosamente, contraditórios os comentários do próprio autor do Anteprojeto do Código de 1939, MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização de José Frederico Marques. Rio, São Paulo: Forense, 1960, v. 3, t. 2. p. 292 e 294: “A tese do art. 287 é, assim, a de que só as questões expressamente referidas na parte dispositiva da sentença adquirem autoridade de coisa julgada no sentido material; (...) Em face da delicada controvérsia doutrinária, a nossa lei assumiu uma atitude prudente, mas definida. Não estende a autoridade de coisa julgada aos raciocínios lógicos que precedem o dispositivo da sentença, em regra de caráter puramente subjetivo, nem mesmo aos motivos determinantes da sua conclusão.”

²²⁸⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 64: “Assim, além da parte dispositiva da sentença, as premissas ou motivos necessários à conclusão eram, em princípio, cobertos pela coisa julgada.”

Semelhante posição doutrinária, no entanto, merece reparo, pois a inteligência do preceito em tela não permite ir tão longe²²⁸⁹. A rigor, não trata dos limites objetivos da coisa julgada tampouco neles inclui "as premissas da conclusão", que são os pontos prejudiciais²²⁹⁰. Na verdade, com fórmula imperfeita, esse dispositivo consagraria a ficção do julgamento implícito²²⁹¹, decalcado do direito italiano, e trata da eficácia preclusiva da coisa julgada²²⁹². Essa linha de entendimento mais se robustece quando se tem em consideração, embora com dicção deplorável, a norma contida no *caput* do art. 287 ("A sentença que decidir total ou parcialmente a lide terá força de lei nos limites das questões decididas"). À época da vigência do Código de 1939 havia divergência com base no parágrafo único do art. 287 entre os que,

²²⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. 1967. 132 p. Tese (livre docência) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade de Direito), Rio de Janeiro, 1967. p. 96-121, esp. p. 99: "Aqui tampouco seria imune a reparos a forma escolhida pelo intérprete para expressar seu pensamento. Particularmente infeliz parece-nos a alusão a motivos "que com a conclusão se identificam". Tal identificação é inconcebível: ou os motivos não seriam motivos, ou a conclusão não seria conclusão."

²²⁹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 493: "Em conclusão: objeto do julgado é a conclusão *última* do raciocínio do juiz, e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão, e não a série dos fatos, das relações ou dos estados jurídicos que, no espírito do juiz, constituíram os pressupostos de tal resultado."

²²⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**, op. cit., p. 105: "Nessa ótica, o verdadeiro sentido do parágrafo único há de ser, tão somente, o de pôr a *res iudicata* a salvo de ataques fundados em argumentos que poderiam ter sido, mas de fato não foram, trazidos à balha no processo. Noutras palavras: o parágrafo consagraria a doutrina do "julgamento implícito" em relação às questões não *resolvidas*, nos limites da matéria que tenha sido objeto de solução *principaliter*; esta - e só esta - torna-se intangível, ainda que em face da demonstração, que se pudesse fazer, de que a decisão seria diferente se se houvesse levado ao conhecimento do juiz alguma (ou algumas) das questões omitidas, "Quando se diz" - escreve um dos mestres (José Frederico Marques) - "que a coisa julgada material abrange o deduzido e o deduzível, o que se quer afirmar é que se não podem levantar, a *respeito da mesma pretensão*, questões argüidas *ou que o podiam ser*, se com isto se consiga diminuir ou atingir o julgado imutável, e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional nêle contida." (Reforços gráficos no original).

²²⁹² LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva & Cia., 1947. p. 165-166: "Cumprir notar que a freqüente afirmação, segundo a qual a coisa julgada se estende a todas as questões debatidas e decididas na causa, é duplamente errada. Em primeiro lugar porque não se estende apenas ao que foi discutido e julgado, mas até mesmo ao que não foi objeto de debate entre os litigantes. Assim, se uma questão podia ser discutida num processo, mas de fato não o foi, não obstante isso a coisa julgada se estende mesmo a ela, no sentido de que não poderá ser utilizada para se negar ou contestar o resultado a que se chegou no processo. Por exemplo: se o réu, em defesa, poderia opor uma série de argumentos, e não o fez, vindo a ser condenado, não mais poderá deles se valer para contestar a coisa julgada, pois a tanto se opõe a finalidade prática desse instituto, que exige o respeito à coisa julgada ainda quando importantes questões tenham sido discutidas por acaso de modo incompleto. Nela estão compreendidas tanto as questões que foram discutidas, como as que o poderiam ser. Nesse sentido dispõe precisamente o parágrafo único do art. 287 do Código de Processo Civil. Em segundo lugar, nem todas as questões discutidas e resolvidas constituem coisa julgada. Estão nesse número as que, sem constituir objeto do processo em sentido estrito, tiveram que ser examinadas como premissa lógica da questão principal (questões prejudiciais, propriamente ditas). São elas conhecidas ou apreciadas, mas não decididas, porque nada resolveu o juiz a seu respeito, podendo ser, assim, julgadas livremente em outra causa levada a juízo por outro motivo, continuando em aberto em tudo quanto não foi objeto da lide anterior."

de um lado, entendiam que ele incluiria os motivos objetivos²²⁹³ sob o pálio da coisa julgada material, e os que, de outro, afastando esse raciocínio, enxergavam no preceito em tela, com maior apuro técnico, a eficácia preclusiva da coisa julgada material²²⁹⁴.

Não se pode confundir a elevada importância da motivação para a correta interpretação do julgado com o fenômeno, em tudo e por tudo distinto, da extensão da *res iudicata*, acolá da parte dispositiva da sentença, às suas razões justificativas. Não pode haver coisa julgada sobre questões (pontos duvidosos em relação à discussão da questão principal ou relação jurídica controversa) que devam ser apenas *conhecidas* e *resolvidas* (ato de inteligência) pelo juiz para o fim de julgar a lide, e não *decididas* (ato de inteligência e de vontade)²²⁹⁵. Questões prejudiciais em sentido estrito, concernentes a outras relações ou estados jurídicos, que não integram o objeto da demanda²²⁹⁶, mas que configuram antecedente lógico e jurídico²²⁹⁷ da conclusão final, são analisadas pelo juiz, no quadrante da motivação, não para serem decididas em si mesmas, mas exclusivamente para consentir a preparação da deliberação principal.²²⁹⁸ A resolução de tais questões não exhibe valor diferenciado em relação aos demais enunciados fático-jurídicos e lógicos da decisão. Se a questão não foi

²²⁹³ Sobre a clássica doutrina de Savigny, no singular aspecto atinente à diferenciação entre motivos objetivos (elementos constitutivos da relação jurídica) e motivos subjetivos (aqueles que guiam o juiz à formação de sua convicção), bem como a abrangência apenas dos primeiros na coisa julgada material, vide SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. p. 67-68.

²²⁹⁴ Expressivamente, GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 32: “O âmbito de incidência do efeito preclusivo ultrapassa os limites objetivos da coisa julgada porque atinge questões (deduzidas e deduzíveis) que se não incluem no *decisum*.” Nessa rota, também, REGO, Hermenegildo de Souza, op. cit., p. 9: “Toda polêmica em torno do art. 287, parágrafo único, do Código de 1939, que ainda hoje repercute, muito poderia ter sido simplificada se fosse mais clara, ao tempo da elaboração e mesmo da vigência do velho Código, a distinção entre preclusão e coisa julgada.”

²²⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral, op. cit., p. 68: “Os motivos apenas se prestam para o esclarecimento do dispositivo, e com essa função esclarecedora podem se inserir a este, sem que, entretanto, se reflitam fora do processo com autoridade de coisa julgada.”

²²⁹⁶ NEVES, Celso, op. cit., p. 349: “Quanto aos *limites objetivos*, não envolvem as questões prejudiciais, incidentemente resolvidas, nem os motivos da sentença que, entretanto, servem para determinar o conteúdo da coisa julgada. Objeto do julgado é a conclusão *última* do raciocínio do Juiz e não as premissas; o último e imediato resultado da decisão e não a série de fatos, de relações ou de estados jurídicos que, na mente do Juiz, constituíram os pressupostos daquele resultado.” (Grifos no original).

²²⁹⁷ CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda, 1974. p. 117: “A questão prejudicial é um precedente lógico da decisão final. Entretanto, é mais que um precedente lógico, é também jurídico, pois dentre os inúmeros juízos formulados pelo magistrado, somente aqueles nos quais a lei é aplicada podem ser chamados prejudiciais.”

²²⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 474-475, em especial nota de rodapé n. 235, na qual se colhe um aspecto singular do problema da extensão objetiva da coisa julgada, inclusive com específica abordagem do ordenamento jurídico brasileiro, sob a égide do Código de 1939.

julgada, refoge do espectro de incidência da coisa *julgada*²²⁹⁹, salvo se se tender, por uma opção de política legislativa e arrimado em razões de conveniência prática, a alongá-la a todo pronunciamento do juiz que *resolva* uma questão.

Nessa particular perspectiva, parece tecnicamente correto asseverar que o Código de 1939 filiou-se ao sistema restritivo puro, posto haver excluído a atividade de preparação e de justificação do *decisum*²³⁰⁰. Significa dizer que nem o relatório, a traduzir simples narrativa, sem juízo de valor, tampouco os motivos estão incluídos na economia da coisa julgada material²³⁰¹. Por exemplo: a rejeição do pedido do autor em ação reivindicatória, por deficiência probatória do domínio (motivo), não faz coisa julgada material acerca do direito de propriedade. As razões do julgado, por mais agudas que sejam na formulação do dispositivo, circunscrevem-se ao plano do respectivo discurso justificativo. Resulta daí que apenas o dispositivo (comando concreto de mérito) pronunciado pelo juiz está abrangido pela coisa julgada material. A sentença, é útil reafirmar, é a resposta do Estado-juiz ao pedido do autor (ou do réu, em sede de reconvenção), acolhendo-o ou rejeitando-o²³⁰².

11.3.1 O Código de Processo Civil de 1973

O Código de 1973 emprestou sua adesão ao sistema restritivo puro e sepultou definitivamente a controvérsia. Excluiu, às expensas, da abrangência da coisa julgada as

²²⁹⁹ CARNELUTTI, Francesco, op. cit., p. 270: “*La frase “cosa giudicata”, dalla quale, per la forza dell’uso, non si può prescindere, ha più di un significato. Res iudicata è propriamente la lite giudicata cioè la lite dopo la decisione; più precisamente, se si tien conto della diversa struttura tra il latino e l’italiano, il giudizio dato sulla lite, cioè la sua decisione; in altre parole, insieme, l’atto e l’effetto del decidere, che fa il giudice intorno alla lite.*” (Grifos no original).

²³⁰⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio, op. cit., p. 51 (n. 16).

²³⁰¹ Vide, em feliz síntese, GUIMARÃES, Luiz Machado, op. cit., p. 32: “Só a pretensão formulada no *petitum* (isto é, o “bem da vida” pleiteado na ação ou na reconvenção) pode ser objeto de *decisum*: coincidem com os deste objeto os *limites objetivos* da coisa julgada substancial.” (Reforços gráficos no original).

²³⁰² COSTA, Lopes da. **Manual elementar de Direito Processual Civil**. 3. ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 219: “A coisa julgada somente pode ter como objeto o pedido. É a decisão sobre o pedido (decisão principal) que pode adquirir aquela qualidade. Não as decisões que incidentemente o juiz tem que dar para chegar à principal. Numa ação de cobrança de juros, por exemplo, o que faz coisa julgada é a sentença que decide sobre se os juros são ou não devidos, muito embora o juiz para a ela chegar tenha necessidade de, em caminho, examinar o direito ao capital, de que os juros são acessórios.”

questões resolvidas na motivação²³⁰³, até mesmo as prejudiciais²³⁰⁴. É peremptório no sentido de abduzir os motivos do âmbito da coisa julgada material: “não fazem coisa julgada os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (art. 469, n. I)²³⁰⁵. O que está sob os auspícios da coisa julgada material é justamente a resposta jurisdicional, enunciada no dispositivo, não sua justificação (motivação)²³⁰⁶. Para além dos confins do processo, o que pode ter eficácia de coisa julgada material é tão somente o enunciado sentencial²³⁰⁷. Denota remarcar que o discurso justificativo da decisão é refratário à autoridade da coisa julgada²³⁰⁸. Entrementes, não se pode atenuar a importância do binômio *causa petendi*/motivação na compreensão, com precisão cirúrgica, do dispositivo, máxime no que concerne à fixação dos limites objetivos da coisa julgada. Semelhante mister reclama

²³⁰³ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 4. p. 284: “Uma vez resolvidas, as questões se transformam em fundamentos da sentença.”

²³⁰⁴ No Direito brasileiro não há julgado implícito, nem sentenças implícitas, valendo notar que, à semelhança do parágrafo único do art. 287 do Código de 1939, o Diploma de 1973, em seu art. 474, pertine simplesmente à eficácia preclusiva da coisa julgada substancial: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

²³⁰⁵ Enunciado n. 239 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.” A Suprema Corte consagra a orientação restritiva da coisa julgada em matéria tributária, de sorte a excluir os motivos da sentença.

²³⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. 1, op. cit., p. 547: “Os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação mas não se recobrem do manto da intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta. O juiz, para julgar, exerce processualmente dois tipos de atividades: a) a *cognição* a respeito de tudo que, no plano lógico, for necessário para chegar a uma conclusão a respeito do pedido; e b) a *decisão*, que envolve a relação jurídica material controvertida e que redundando na declaração final de acolhimento ou rejeição do pedido formulado em torno da citada relação. É na *decisão* que se situa a autoridade da *res iudicata*, tornando imutável e indiscutível o que aí se declarar.” (Reforços gráficos no original).

²³⁰⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Forense. 1974, t. 5. p. 178, 179: “MOTIVOS E COISA JULGADA. O julgamento é da causa, daquilo para que se pedira tutela jurídica. Se o juiz diz “não”, ou se diz “sim”, porque admitia *a*, ou *b*, não se leva a outra causa o que ele admitiu como *a*, ou como *b*.”

²³⁰⁸ Em sentido vetorialmente oposto, como seja, vendo sob a *auctoritas rei iudicatae*, além da parte dispositiva, também a motivação da sentença, por exibir a natureza jurídica de decisão, e entendendo que o dispositivo é “a decisão no seu aspecto conclusivo” e a motivação é “a decisão em seu aspecto justificativo”, donde, conseqüentemente, a motivação descansaria dentro dos limites objetivos da coisa julgada material, vide SOUZA, Wilson Alves de, op. cit., p. 223-224.

inexorável referência aos fatos principais ou jurídicos acolhidos nos motivos que justificam a conclusão final da sentença²³⁰⁹.

Reafirme-se, em boa técnica processual, que, no dispositivo, o juiz não resolve as questões fático-jurídicas da lide, antes se pronuncia sobre o pedido. A parte dispositiva, na qual se hospeda o acerto final abonado ao conflito, que se submete ao hábito da coisa julgada, há de ser entendida em sentido substancial e não puramente formal²³¹⁰. Quer-se dizer que, em algumas hipóteses, mesmo *extramuros* do dispositivo da sentença, já agora topograficamente no lago da motivação, o juiz também poderá haver considerado, resolvido, disposto, por exemplo, acerca de um pedido cumulado (acessório) ou sobre determinado aspecto de um pedido acertado na parte dispositiva da sentença²³¹¹.

A regra é a de que a coisa julgada material cobre o dispositivo do julgado, em consonância com o princípio *tantum iudicatum quantum disputatum vel disputari debebat*. Entretanto, vertente doutrinária de primeira linhagem assentou o entendimento segundo o qual, além da parte dispositiva do julgado, também os motivos determinantes que alicerçam a decisão receberiam eficácia vinculante. Com efeito, na chamada jurisdição constitucional, no tocante às ações de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade (v. g., ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade ou representação por

²³⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 548-549: “Mesmo, pois, a *causa petendi*, configuradora de questão enfrentada e dirimida pela sentença, só faz coisa julgada em conjunto com o pedido, ou seja, como elemento da situação jurídica definida no dispositivo. Não é possível, por isso, isolar o *fundamento*, para, em contexto diverso do que foi objeto da decisão judicial, atribuir-lhe a indiscutibilidade própria da *res iudicata*. Em outros termos: o fato jurídico que serviu de motivo para a sentença só não pode ser novamente discutido em juízo se a nova pretensão conduzir a um resultado que anule, reduza ou modifique a situação jurídica acobertada pela sentença. Se, todavia, o mesmo fundamento for invocado, em processo superveniente, para sustentar pedido diverso do anteriormente decidido, não se deparará com o embaraço da *res iudicata*, de maneira que o novo julgamento poderá até mesmo interpretar a antiga *causa petendi* de maneira diferente. É nesse sentido que se deve entender o papel importante desempenhado pela causa de pedir e pela motivação da sentença, como instrumento influente na compreensão do alcance da coisa julgada, mas não como objeto mesmo da *res iudicata*.” (Grifos no original).

²³¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. **Principii di diritto processuale civile**, op. cit., p. 917: “*Questa esclusione dei motivi della sentenza dalla cosa giudicata non si deve intendere nel senso formalistico, che passi in giudicato solo ciò che è scritto nel dispositivo della sentenza: perchè al contrario per determinare la portata della cosa giudicata è per lo più necessario di risalire ai motivi, per poter identificare l'azione colla ricerca della causa petendi.*” (Grifos no original).

²³¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**, op. cit., p. 168: “Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo.” Vide, também, TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 65: “Tudo isso leva à verificação de que, em algumas hipóteses, além do comando contido na sentença, torna-se imutável parte da motivação.”

inconstitucionalidade, em nível estadual), a autoridade da coisa julgada abrangeria não apenas a resposta, pelo Estado-juiz, ao pedido formulado, senão também abarcaria vinculativamente a *ratio decidendi* (motivos determinantes) subjacente ao julgado²³¹². Contudo, o *obiter dictum* (aquilo que é dito de passagem, simples observação marginal ou opinião periférica, distinta das razões determinantes do julgado) continuaria refratário àquela autoridade. Nesses procedimentos especiais, o objeto do julgamento seria mais dilargado e, por isso mesmo, dar-se-ia o fenômeno da transcendência objetiva dos motivos que apoiaram a decisão de declaração de inconstitucionalidade, para além de sua parte dispositiva²³¹³. Ou seja: o efeito vinculante²³¹⁴ do julgado projetar-se-ia, objetivamente, também sobre os fundamentos categóricos, os motivos cruciais ou as razões justificativas peremptórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade²³¹⁵.

²³¹² BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 235: “Por essa linha de entendimento, tem sido reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.” Nessa trilha, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Redimensionamento da coisa julgada, op. cit., p. 24: “Do entendimento em questão decorre a consequência de que, decretada, por exemplo, a inconstitucionalidade de determinada lei, não é dado ao Legislativo editar outra que reproduza o quadro retratado na ação em que a coisa julgada se aperfeiçoou. A *ratio decidendi* que prevaleceu na ação de inconstitucionalidade continua oponível à lei nova, embora não tenha sido ela objeto do acertamento contido no dispositivo da sentença que a precedeu. Simplesmente é considerado como incluído na coisa julgada, em ação constitucional, o fundamento do decisório”.

²³¹³ Rcl 2363 / PA – PARÁ. RECLAMAÇÃO. Relator: Min. GILMAR MENDES. Julgamento: 23/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 01-04-2005
E M E N T A: “RECLAMAÇÃO. 2. Sequestro de recursos do Município de Capitão Poço. Débitos trabalhistas. 3. afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. 4. Admissão de sequestro de verbas públicas somente na hipótese de quebra da ordem cronológica. Não equiparação às situações de não-inclusão da despesa no Orçamento. 5. Efeito vinculante das decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade. 6. Eficácia que transcende o caso singular. 7. Alcance do efeito vinculante que não se limita à parte dispositiva da decisão. 8. Aplicação das razões determinantes da decisão proferida na ADI 1662. 9. Reclamação que se julga procedente.”

²³¹⁴ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 102, § 2º: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.”

²³¹⁵ SANTINI, Mateus Pieroni. Efeito transcendente dos motivos determinantes. **Atualidades do Direito**, mar. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/mateuspieroni/2013/03/20/efeito-transcendente-dos-motivos-determinantes/>>. Acesso em: 06 fev. 2014: “Já o efeito vinculante tem uma perspectiva objetivamente mais ampla, pois impõe obediência, por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública (direta ou indireta), nas três esferas de governo (municipal, estadual e federal), para além da parte dispositiva do julgado do STF, isto é, para os seus motivos ou fundamentos determinantes. Destarte, parece mais esclarecedora e convincente a formulação teórica segundo a qual o efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal se refere não só à parte dispositiva, mas também à fundamentação do julgado. Em outras palavras, o efeito vinculante circunscreve-se, igualmente, à própria *ratio decidendi* (fundamentos jurídicos que embasam a decisão), projetando-se, por via de consequência, para além da parte

Para semelhante concepção doutrinária e jurisprudencial, a reclamação²³¹⁶ seria o instrumento adequado para coarctar o descumprimento, por qualquer juiz ou tribunal, da tese jurídico-constitucional acolhida pela decisão do Supremo Tribunal Federal e identificada nas razões de decidir pronunciadas em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Não se exigiria que o ato abusivo (jurisdicional ou administrativo) se referisse à mesma lei, objeto de pronunciamento da Suprema Corte, mas bastaria que, de maneira oblíqua²³¹⁷, se contrapusesse àquela tese jurídica (*holding*) afirmada *erga omnes*, por exemplo, no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade. Almejava-se, sob intensa influência do direito alemão, confiar carga maior de eficácia às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado e abstrato, mediante o efeito vinculante²³¹⁸ não apenas da parte dispositiva da decisão, como através da transcendência de seus motivos determinantes (*ratio decidendi*)²³¹⁹.

dispositiva do julgamento em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou seja, extrai-se da *ratio decidendi* uma norma que pode ser aplicada em outras situações análogas.”

²³¹⁶ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: 1) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;”

²³¹⁷ Rcl 1987 / DF - DISTRITO FEDERAL
RECLAMAÇÃO Relator: Min. MAURÍCIO CORRÊA
Julgamento: 01/10/2003. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação DJ 21-05-2004 PP-00033
EMENTA: “RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento. Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o sequestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.”

²³¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 278-279: “Porém, não obstante a equivocada assimilação entre eficácia vinculante e coisa julgada, o conceito de Vogel, quando bem visto, contém um *plus* significativo em relação à ideia de eficácia vinculante ou transcendente da fundamentação. É que a ideia de norma decisória concreta diz respeito à porção da fundamentação em que se identifica o motivo pelo qual se decidiu e, portanto, com o isolamento de uma parte significativa da fundamentação, deixadas de lado aquelas que não importam como razões de decidir, que, assim, são *obiter dicta*.”(...) Nesta dimensão, de qualquer forma, não há por que não admitir a adoção de *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes de decisão de inconstitucionalidade em caso em que se impugne norma de conteúdo similar.”

²³¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 338-341: “A concepção de efeito vinculante consagrada pela Emenda n. 3, de 1993, está estritamente vinculada ao modelo germânico disciplinado no § 31, (2), da

Entrementes, em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, não se pode aderir a semelhante posição que, embasada na “transcendência”, estende a coisa julgada material (erroneamente assimilada com a eficácia vinculante) aos motivos determinantes do julgado. Há, pelo menos, três argumentos contrários que podem ser assim

Lei orgânica da Corte Constitucional. A própria justificativa da proposta apresentada pelo Deputado Roberto Campos não deixa dúvida de que se pretendia outorgar não só eficácia *erga omnes* mas também efeito vinculante à decisão, deixando claro que estes não estariam limitados apenas à parte dispositiva. Embora a Emenda n. 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original. (...) Problema de inegável relevo diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante, isto é, à parte da decisão que tem efeito vinculante para os órgãos constitucionais, tribunais e autoridades administrativas. Em suma, indaga-se, tal como em relação à coisa julgada e à força de lei, se o efeito vinculante está adstrito à parte dispositiva da decisão ou se ele se estende também aos fundamentos determinantes, ou, ainda, se o efeito vinculante abrange também as considerações marginais, as coisas ditas de passagem, isto é, os chamados *obiter dicta* (Cf. Maunz, in Maunz, et al., BVerfGG, cit., §31, I, n. 16). Enquanto em relação à coisa julgada e à força de lei domina a ideia de que elas não de se limitar à parte dispositiva da decisão, sustenta o Tribunal constitucional alemão que o efeito vinculante se estende, igualmente, aos fundamentos determinantes da decisão (BVerfGE 1, 14 (37); 4, 31 (38); 5, 34 (37); 19, 377 (392); 20, 56 (86); 24, 289 (294); 33, 199 (203); 40, 88 (93); cf., também, Maunz, dentre outros, BVerfGG, §31, I, n. 16; Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, Berlim, 1979, p. 42). Segundo esse entendimento, a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados da parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros (BVerfGE 19, 377). Outras correntes doutrinárias sustentam que, tal como a coisa julgada, o efeito vinculante limita-se à parte dispositiva da decisão, de modo que, do prisma objetivo, não haveria distinção entre a coisa julgada e o efeito vinculante (Cf., sobre o assunto, Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, cit., p. 42). A diferença entre as duas posições extremadas não é meramente semântica ou teórica, apresentando profundas consequências também no plano prático (subjacente à discussão sobre a amplitude do efeito vinculante reside uma questão mais profunda, relativa à própria ideia de jurisdição constitucional - *Verfassungsgerichtsbarkeit* - Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, cit., p. 43). Enquanto o entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional alemão importa não só na proibição de que se contrarie a decisão proferida no caso concreto em toda a sua dimensão, mas também na obrigação de todos os órgãos constitucionais de adequar a sua conduta, nas situações futuras, à orientação dimanada da decisão (Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, cit., p. 45), considera a concepção que defende uma interpretação restritiva do §31, I, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional que o efeito vinculante há de ficar limitado à parte dispositiva da decisão, realçando, assim, a qualidade judicial da decisão (Norbert Wischermann, *Rechtskraft und Bindungswirkung*, cit., p. 43). A aproximação dessas duas posições extremadas é feita mediante o desenvolvimento de orientações mediadoras, que acabam por fundir elementos das concepções principais. Assim, propõe Vogel que a coisa julgada ultrapasse os estritos limites da parte dispositiva, abrangendo também a “norma decisória concreta” (Klaus Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft*, in BVerfG und GG, cit., v. 1, p. 568 (589)). A norma decisória concreta seria aquela “ideia jurídica subjacente à formulação contida na parte dispositiva, que, concebida de forma geral, permite não só a decisão do caso concreto, mas também a decisão de casos semelhantes” (Klaus Vogel, *Rechtskraft und Gesetzeskraft*, in BVerfG und GG, cit., v. 1, p. 568 (599)). Por seu lado, sustenta Kriele que a força dos precedentes, que presumivelmente vincula os Tribunais, é reforçada no direito alemão pelo disposto no § 31, I, da Lei do Tribunal Constitucional alemão (Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. ed., Berlim, 1976, p. 291, 312 e 313). A semelhante resultado chegam as reflexões de Bachof, segundo o qual o papel fundamental do Tribunal Constitucional alemão consiste na extensão de suas decisões aos casos ou situações paralelas (Otto Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz*. AöR 87 (1962), p. 25). Tal como já anotado, parecia inequívoco o propósito do legislador alemão, ao formular o § 31 da Lei Orgânica do Tribunal, de dotar a decisão de uma eficácia transcendente (Cf. Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 420). É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tornaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung*, cit., p. 420).”

condensados: (i) a definitividade da declaração de inconstitucionalidade, que não pode ser revertida, *a contrario sensu*, pela invocação de motivo não abrangido pela expressa *ratio decidendi*, impossibilidade lógica em que os prosélitos da teoria da transcendência não atentam e que não logram superar, certificando a incoerência de seu raciocínio; (ii) o parâmetro de controle, sendo aberta a causa de pedir, é o bloco constitucional (a totalidade da Constituição, por força do princípio fundamental de sua supremacia), e não apenas um dispositivo isolado, ainda que caiba ao autor indicar os preceitos constitucionais supostamente violados e, especificamente, na ação declaratória de constitucionalidade, demonstrar a relevante controvérsia constitucional sobre o ato normativo; (iii) a fragilização da coisa julgada sobre o dispositivo, pela possibilidade de a Administração Pública e demais órgãos do Poder Judiciário afastarem o julgado do Supremo Tribunal Federal por motivos diversos da *ratio decidendi*. A refutação é, na realidade, uma confirmação: a lei foi declarada constitucional ou inconstitucional e, para concluí-lo, observa-se a parte dispositiva; se vale o dispositivo sob a coisa julgada, tira-se o foco da transcendência dos motivos determinantes e a teoria perde sentido.

O posicionamento atual e constante do Supremo Tribunal Federal, convém salientar, é no sentido de não mais placitar a teoria da transcendência dos motivos determinantes²³²⁰,

²³²⁰ Rcl 9778 AgR/RJ – RIO DE JANEIRO

AG.REG. NA RECLAMAÇÃO

Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 26/10/2011. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Ementa: “AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. SUPRESSÃO PELA FIOCRUZ DE ADICIONAL DE INSALUBRIDADE SEM OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 3. NÃO OCORRÊNCIA. APLICABILIDADE DA TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES REJEITADA PELO SUPREMO. AGRAVO DESPROVIDO. I – Só é possível verificar se houve ou não descumprimento da Súmula Vinculante 3 nos processos em curso no Tribunal de Contas da União, uma vez que o enunciado, com força vinculante, apenas àquela Corte se dirige. II – Este Supremo Tribunal, por ocasião do julgamento da Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, rejeitou a aplicação da chamada “teoria da transcendência dos motivos determinantes”. III – Agravo a que se nega provimento.” Na mesma linha, Rcl 11479 AgR / CE - CEARÁ. AG.REG. NA RECLAMAÇÃO

Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA. Julgamento: 19/12/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. PROCESSO

ELETRÔNICO. DJe-036 DIVULG 22-02-2013 PUBLIC 25-02-2013.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS POR PREFEITO AO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. INAPLICABILIDADE DA

TRANSCENDÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DETERMINANTES ADOTADOS NO JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 3.715/TO, 1.779/PE E 849/MT.

PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 3. Na espécie vertente, o que pretende o Agravante é valer-se desse instituto para exigir respeito aos fundamentos

determinantes aproveitados pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.715/TO, 1.779/PE e 849/MT, que não teriam sido observados pela autoridade

reclamada. No entanto, a aplicação da teoria dos motivos determinantes foi rejeitada por este Supremo Tribunal, sendo exemplo disso: Rcl 5.703-AgR/SP, de minha relatoria, DJe 16.9.2009; Rcl 5.389-AgR/PA,

de minha relatoria, DJe 19.12.2007; Rcl 9.778-AgR/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 10.11.2011; Rcl 9.294-AgR/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, DJe 3.11.2011; Rcl 6.319-AgR/SC, Rel. Min. Eros

rechaçando aqui a incidência da coisa julgada material (ou melhor: recusando eficácia vinculante também à *ratio decidendi*, e não apenas às *obiter dicta*). Significa dizer que, no cotidiano forense, o conteúdo essencial do julgado, formulado em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, já não poderá, por si, servir de supedâneo a reclamações²³²¹.

Por outro ângulo de mirada, mas ainda sob a influência do princípio de que, em regra, a autoridade da coisa julgada abarca apenas o dispositivo ou a ilação final da sentença, não suas razões justificativas, nas quais a motivação se integra, o Código de 1973 também estabelece que não faz coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 469, n. II). O discurso justificativo judicial, no particular aspecto concernente tanto à descoberta da verdade possível (não absoluta) dos fatos - necessária e suficiente no âmbito do processo, como premissa da justiça, para apoiar conclusão final justa - quanto aos critérios de escolha ou de valoração do acerto da verdade das *quaestiones facti* (eventos naturais ou ações humanas) - suscitadas e debatidas pelas partes, em contraditório -, não constitui objeto da coisa julgada. Com efeito, um fato jurídico principal acertado como verdadeiro em determinado processo poderá, em processo superveniente e pertinente a lide diversa, revelar-se inverídico. O juiz houve como verdadeiro o fato que, na realidade, não o era. A coisa julgada material, formada no primeiro processo, não se erige em óbice ao novel acerto em processo posterior.

Nesse teor de ideias, também não faz coisa julgada “a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo” (art. 469, n. III)²³²². Há uma gama de

Grau, DJe6.8.2010; Rcl 3.014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe 21.5.2010; Rcl 2.475-AgR/MG, Redator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, DJe 31.1.2008; Rcl 4.448-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 8.8.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.9.2007; Rcl 5.365-MC/SC, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Rel. Min. Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007.

²³²¹ ZANOTTI, Bruno. A teoria da transcendência dos motivos determinantes é atualmente aceita pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade? Análise das Rcl 11479 AgR, Rcl 13300 AgR e Rcl 1147 AgR. **Penso Direito**, nov. 2013. Disponível em: <<http://pensodireito.com.br/03/index.php/component/k2/item/78-a-teoria-da-transcend%C3%Aancia-dos-motivos-determinantes-%C3%A9-atualmente-aceita-pelo-stf-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 06 fev. 2014. “Como regra, a eficácia vinculante de uma ADI é limitada à parte dispositiva do julgado. No entanto, o STF sempre aceitou que essa eficácia vinculante incidisse também nos motivos determinantes (*ratio decidendi*) dos julgados. Consiste, essa hipótese, na teoria da transcendência dos motivos determinantes, uma vez que os motivos da declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo em certa ADI irradiariam seus efeitos para além desse julgado, de modo a ser utilizado contra outro ato normativo com conteúdo similar por meio de uma reclamação. (...) Atualmente, o STF entende que a teoria da transcendência dos motivos determinantes não é mais aceita no controle concentrado de constitucionalidade das normas.”

²³²² GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista**

questões que hão de ser resolvidas, vinculativamente, antes da questão principal: a solução de tais questões é um meio para a formulação do comando final. A questão prejudicial consiste em um antecedente lógico e jurídico (concatenação entre relações jurídicas) de cunho subordinante de outra cognominada de principal (*e. g.*, a existência da relação locatícia é antecedente lógico-jurídico e subordinante da decisão sobre o pedido de despejo)²³²³.

A questão prejudicial posta pelo autor ou pelo réu, ou por ambos, refere-se a fatos anteriores conexos à lide, ao passo que questões preliminares concernem aos pressupostos processuais e às condições da ação, a impedir, porventura acolhidas em saneamento do processo, as decisões sobre as questões subordinadas. A questão propriamente prejudicial traduz-se em um antecedente a influir na relação jurídica de direito material controvertida, sendo potencialmente autônoma, enquanto que a questão preliminar somente existe em relação à questão principal. A questão prejudicial gravita, em regra²³²⁴, na órbita do direito material, já a questão preliminar descansa à sombra do direito processual. Exemplos de questão prejudicial: a relação de parentesco em uma ação de alimentos; o domínio do imóvel em uma ação reivindicatória. Exemplos de questão preliminar: falta de citação, carência de ação. Revela-se mais adequado o emprego da locução questões prévias para açambarcar as preliminares e as prejudiciais²³²⁵.

Nessa moldura, podem-se extrair os elementos da prejudicialidade: (i) anterioridade lógica e jurídica: a decisão do mérito da causa principal (questão prejudicada) subordina-se à solução dada previamente à prejudicial; (ii) necessidade/essencialidade/interdependência: a controvérsia há de ser essencial à solução da lide, *i. e.*, o mérito não pode ser resolvido sem antes deliberar-se a questão prejudicial; (iii) autonomia: a verdadeira questão prejudicial pode

de Processo, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 101-138, abr. 2011, esp. p. 105: “A rigor, diz Barbosa Moreira, bastaria aludir aos “motivos”, em que tudo o mais já está compreendido. Nos motivos estão os fundamentos da sentença e neles se incluem a decisão sobre as questões prejudiciais. Os dois últimos incisos do art. 469 do CPC, portanto, apenas reiteram e explicitam o conteúdo do inc. I. Assim, a coisa julgada não atinge a fundamentação da sentença (inc. I), o que significa: (a) a coisa julgada não compreende os fatos que na motivação foram tidos por verdadeiros ou não (art. 469, II); (b) a coisa julgada não alcança a apreciação de questões prejudiciais resolvidas incidentalmente no processo (art. 469, inc. III), como a questão da paternidade em ação de alimentos. Mas entendemos válida a explicitação da norma. O que perde em poder lógico, ganha em conteúdo didático: a vedação expressa da coisa julgada das questões prejudiciais é relevante, em face da longa e conturbada história do instituto no Brasil”.

²³²³ PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 3. p. 567.

²³²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, 1829-1979, *op. cit.*, p. 170: “As questões prejudiciais ou são de ordem necessariamente processual e operam como exceções (*e. g.*, ter havido transação judicial), ou têm, também, conteúdo material.”

²³²⁵ *Ibidem*, p. 169.

ser objeto de processo autônomo. O fenômeno da prejudicialidade representa um liame primordial entre as figuras prejudicial e prejudicada. O prejuízo pode ser encontrado na cadeia de raciocínios nos quais vicejam etapas, uma condicionando a outra, um juízo implicando outro. Na estrutura do raciocínio, os prejuízos representam juízos logicamente subordinantes (prejulgamentos). O julgamento final (juízo) está lógica e juridicamente conformado pela solução abonada à questão prejudicial²³²⁶.

Pois bem, o juiz conhece da prejudicial e, no recinto da motivação, a resolve, sendo certo que a eficácia de tal decisão confina-se ao processo no qual foi proferida, vale dizer, a preclusão impede tão somente que a mesma questão prejudicial seja novamente nele agitada. O juiz *conhece e resolve* a questão prejudicial no fito exclusivo de aparelhar sua decisão final²³²⁷. Equivale a dizer que as partes e o juiz não se vinculam à solução da questão prejudicial de forma imutável em processo autônomo superveniente, podendo rediscuti-la, já que não está coberta pelo véu da coisa julgada.

Entrementes, as portas da coisa julgada poderão excepcionalmente se abrir à solução abonada à questão prejudicial, se e quando objeto de ação declaratória incidental²³²⁸ ou de requerimento específico das partes²³²⁹ perante juiz competente, e se constituir pressuposto imprescindível para o julgamento da lide (*e. g.*, a subsistência da relação locatícia comercial na ação de renovação do contrato). Verifica-se, pois, a ampliação do *thema decidendum* às

²³²⁶ MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1904. p. 109: “*Fu già lungamente esposto che l’interlocutoria con cui viene sciolta una questione pregiudiciale non fa che anticipare parte della motivazione della sentenza finale; ogni decisione di merito emessa inter principium et finem prepara infatti uno dei “considerando” da cui risulta la sentenza.*”

²³²⁷ CARRION, Valentin Rosique. As sentenças incompletas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, p. 106-142, out./dez. 1976, esp. p. 110.

²³²⁸ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 332: “Nessa hipótese, insere-se no processo em andamento uma nova pretensão, deduzida mediante ação declaratória incidental, que transforma também a questão prejudicial em objeto do processo, passando a ser decidida, por sentença, junto com a principal (no dispositivo da sentença e não entre os motivos).”

²³²⁹ É o que resulta da conjugação dos arts. 5º, 325 e 470, do Código de Processo Civil brasileiro de 1973: Art. 5º. “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença.” - Art. 325. “Contestando o réu o direito que constitui fundamento do pedido, o autor poderá requerer, no prazo de 10 (dez) dias, que sobre ele o juiz profira sentença incidente, se da declaração da existência ou da inexistência do direito depender, no todo ou em parte, o julgamento da lide (art. 5º)”. - Art. 470. “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide”.

questões prejudiciais²³³⁰. A função profícua desse acerto incidental da questão prejudicial, de si só, é a de contribuir antecipadamente, em regra no *locus* da motivação da sentença, sobre a questão principal discutida, fazendo coisa julgada, a par de emprestar de antemão um dos pilares da sentença final. Com o julgado sobre a relação jurídica condicionante, dotado de força de coisa julgada material, faz-se, por dizê-lo assim, um parto prematuro de parcela substancial do conteúdo da motivação da futura solução acerca da questão de mérito (principal).

Problema simpático concerne à propositura de ação com pedido condenatório ulteriormente à ação meramente declaratória²³³¹ já transitada em julgado. A sentença declaratória, quanto ao acerto da questão principal, é, em regra²³³², destituída de eficácia executiva, feita abstração de algum capítulo também condenatório (v. g., ressarcimento de despesas processuais e honorários advocatícios). Entretanto, tem a energia de coisa julgada material, em relação à declaração de certeza da existência do direito²³³³. Significa dizer que essa parte declaratória, a ser simplesmente reproduzida na motivação, já vem definitivamente prefixada com a força da autoridade da *res iudicata* e, por isso, não pode ser rediscutida no procedimento condenatório, o qual, nem mais nem menos, terá apenas a

²³³⁰ PIMENTEL, Wellington Moreira. Os limites objetivos da coisa julgada no Brasil e em Portugal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Orgs). **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70.º aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 333-347, esp. p. 343.

²³³¹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 599: “Pela sentença declaratória, o que se objetiva é, exclusivamente, a declaração do direito, sendo que a sentença declaratória vale como autêntico preceito, disciplinador das relações jurídicas (ou relação jurídica) das partes, ou do conflito de interesses retratado na lide e questões a ela agregadas.”

²³³² Diz-se em regra, porque a norma jurídica pode atribuir eficácia executiva também à sentença declaratória, como, por exemplo, emerge da hipótese normativa do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 475-N, I: “São títulos executivos judiciais: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;” (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

²³³³ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, v. 2, op. cit., p. 600: “Certamente, tendo sido movida ação condenatória quando já existente sentença declaratória, tal sentença declaratória projetava-se na ulterior sentença condenatória, com a sua força de coisa julgada material, no que tange à declaração do direito; por outras palavras, o resultado da sentença condenatória já estava prefixado (“prejulgado”) na anterior sentença declaratória. Apenas, não tendo tido a ação declaratória o fim de obter a sanção - e nem mesmo isto seria viável em seu âmbito -, a sentença respectiva não teria podido, por essa razão, acrescentar à anterior declaração positiva, sobre a qual já pesa a autoridade da coisa julgada, a respectiva sanção; nada mais.” (Reforços gráficos no original).

finalidade de adicionar intrinsecamente o correspondente componente condenatório ou - o que é o mesmo - a sanção aplicável²³³⁴.

Noutro giro, os multifários sistemas processuais, dependendo do modelo que adotem (rígido²³³⁵ ou flexível²³³⁶, oscilando no grau de alteração dos elementos objetivos do processo:

²³³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada. Ação declaratória seguida de ação condenatória. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 336, p. 85-99, out./dez. 1996, esp. p. 98: “Mas os efeitos da sentença declaratória serão intensos sobre a condenatória, tendo em vista a autoridade da coisa julgada já estabelecida em torno do primeiro julgamento.”

²³³⁵ Modelo rígido (que, de regra, beneficia o réu, a par de privilegiar a celeridade, o contraditório e o direito de defesa) de estabilização da demanda judicial, assentado no princípio da preclusão, é adotado pelo sistema processual italiano, *e. g.*, CPC italiano, art. 183 §§ 4º e 5º. Igualmente rígido é o sistema processual espanhol, a partir da nova Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) nº I, de 07 de janeiro de 2000 (que entrou em vigor em 08 de janeiro de 2001), em especial os arts. 400, n. I, 401, 412.1, 412.2 (admite-se a alteração da demanda judicial, abrangendo a técnica de cumulação de novas ações, apenas até a contestação). Depois da contestação, nas hipóteses do art. 286 (fatos supervenientes ou de conhecimento superveniente importantes para o desate da controvérsia) e do art. 426 (alegações complementares na audiência prévia do procedimento ordinário). Sobre a rigidez do modelo espanhol, vide PICÓ I JUNOY, Joan. **La modificación de la demanda en el proceso civil**. (Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 148-149: “*El modelo español rígido de modificación de la demanda es coherente con el férreo sistema de preclusiones que establecen los arts. 400 y 412 LEC. Este modelo plantea en la práctica algunos problemas, muy especialmente en aquellos casos en los que durante la pendencia del proceso el demandado destruye, anajena o grava la cosa litigiosa, o aquellos otros en los que resulta imposible la prestación solicitada, pretendiéndose reclamar su equivalente económico. En estos casos, por razones de justicia material -adecuando el proceso a los acontecimientos reales que se producen fuera de el- y de economía procesal -en orden a evitar un nuevo litigio- el legislador podía haber previsto una norma que permitiera esta modificación de la demanda, en un incidente contradictorio, flexibilizando así el modelo tan rígido instaurado en nuestra LEC, para mitigar el rigor de las formas y permitir al justiciable una plena y más rápida tutela judicial.*”

²³³⁶ Modelo flexível de preclusões (que, de regra, favorece sempre o autor, quer por poder alterar os elementos objetivos da causa, quer por poder fazê-lo após haver tido acesso à estratégia de defesa do réu, além de privilegiar a busca da verdade substancial e a efetiva resolução do conflito, agasalhando-se também o contraditório e a economia processual) admite a modificação da *causa petendi* ou do pedido durante a fase postulatória e até o final da fase instrutória, sem preclusões rígidas. É adotado pelo sistema processual alemão (*v. g.*, ZPO, § 263, § 264, § 611, n. I). Parece ter migrado para o sistema flexível o novo Código de Processo Civil português (Lei nº 41 de 26/06/2013): art. 264.º “Alteração do pedido e da causa de pedir por acordo: Havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados ou ampliados em qualquer altura, em 1.ª ou 2.ª instância, salvo se a alteração ou ampliação perturbar inconvenientemente a instrução, discussão e julgamento do pleito.” e art. 265.º “Alteração do pedido e da causa de pedir na falta de acordo.

1 - Na falta de acordo, a causa de pedir só pode ser alterada ou ampliada em consequência de confissão feita pelo réu e aceita pelo autor, devendo a alteração ou ampliação ser feita no prazo de 10 dias a contar da aceitação.

2 - O autor pode, em qualquer altura, reduzir o pedido e pode ampliá-lo até ao encerramento da discussão em 1.ª instância se a ampliação for o desenvolvimento ou a consequência do pedido primitivo.

3 - Se a modificação do pedido for feita na audiência final, fica a constar da ata respectiva.

4 - O pedido de aplicação de sanção pecuniária compulsória, ao abrigo do n.º 1 do artigo 829.º-A do Código Civil, pode ser deduzido nos termos do n.º 2.

5 - Nas ações de indemnização fundadas em responsabilidade civil, pode o autor requerer, até ao encerramento da audiência final em 1.ª instância, a condenação do réu nos termos previstos no artigo 567.º do Código Civil, mesmo que inicialmente tenha pedido a condenação daquele em quantia certa.

6 - É permitida a modificação simultânea do pedido e da causa de pedir desde que tal não implique convalidação para relação jurídica diversa da controvertida.”

causa de pedir e pedido), fazem variar o momento, fase processual mais precoce ou não, na qual, em primeiro grau de jurisdição, dar-se-á o fenômeno da estabilização da demanda judicial. Todas as alegações e pedidos já foram apresentados pelas partes em prol de suas posições jurídicas ativas ou passivas, a partir da petição inicial do autor e, após válida citação do réu (ou seu comparecimento espontâneo), com o oferecimento de resposta (v. g., contestação, reconvenção, exceções).

No sistema processual brasileiro, decorrente do Código de 1973 (mas não apenas), a alteração da causa de pedir e do pedido pode ser livremente feita pelo autor até a citação do réu, sendo certo que, ao depois, qualquer variação dependerá de sua aquiescência, mas até o pronunciamento judicial de saneamento do processo²³³⁷. É bem de ver que ao juiz cumpre decidir o conflito nos limites em que foi submetido à cognição judicial, não lhe sendo lícito conhecer de questões não trazidas ao ambiente processual, a cujo propósito seja de rigor a iniciativa da parte²³³⁸.

Nessa moldura, a alteração do *thema decidendum* (e *probandum*), com a alteração dos elementos objetivos das demandas judiciais (causa de pedir e pedido), quer pelo autor, quer pelo réu (e. g., reconvenção, pedido contraposto no procedimento sumário), em respeito aos princípios da colaboração, da boa-fé objetiva, da lealdade processual, da segurança jurídica, da confiança legítima na “não surpresa”, atrairá para o juiz o dever de instaurar diálogo judicial, mediante o contraditório das partes²³³⁹, como imperativo do direito de defesa.

Esta solução que, por razões de justiça material, flexibiliza a rigidez do sistema de preclusões, além de respeitar o direito de defesa, mediante o prévio e específico contraditório, poderia revelar a virtude prática de, por antecipada economia processual e judicial, evitar a

²³³⁷ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 264: “Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único: A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo”. Art. 294: “Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa”. Art. 321: “Ainda que ocorra revelia, o autor não poderá alterar o pedido ou a causa de pedir, nem demandar declaração incidente, salvo promovendo nova citação do réu, a quem será assegurado o direito de responder no prazo de quinze (15) dias”.

²³³⁸ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 128: “O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”

²³³⁹ Sobreleva notar, na linha da flexibilização das normas concernentes à estabilização da demanda judicial, que a proposta de *Principles of Transnational Civil Procedure*, patrocinada pelo *The American Law Institute*, associado ao *International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit)*, coordenados pelos professores Geoffrey Hazard e Michele Taruffo, consagra o princípio 10 (item 10.4), o qual preceitua que as partes têm o direito de emendar pedidos e defesas, dentro de razoável lapso temporal, assegurando-se o *contraditório* à contraparte, e desde que não retarde de forma irrazoável o procedimento nem cause injustiça.

multiplicação de demandas, haja vista que, como é intuitivo, qualquer modificação (não consentida) no curso do processo poderia ser objeto de outro, em sucessivos procedimentos.

Pois bem, a modificação substancial, sucessiva e por etapas, na demanda original, importando na configuração de uma novel demanda, exurgente de alteração de pedidos e/ou causa de pedir, com sua ampliação para compreender, por exemplo, novas questões²³⁴⁰, submete-se naturalmente à mesma disciplina da formação da coisa julgada material e de seus limites objetivos, restritos à conclusão da sentença²³⁴¹. A alteração do pedido e da causa de pedir implica cônica modificação na motivação, a fim de que possa demonstrar que o juiz levou em consideração os novos elementos objetivos individualizadores da demanda judicial.

11.4 O problema, à luz do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro

Na latitude do Código de 1973, força é convir que, em regra, com relação aos limites objetivos, unicamente a parte dispositiva da sentença de mérito é alcançada pela coisa julgada material²³⁴². Consideração especial merece o problema já agora sob a perspectiva de reconstrução dogmática do novo Código de Processo Civil brasileiro.

Com efeito, menoscabando os evidentes riscos que envolvem as definições legais, o novel Diploma, em seu art. 513, reza: “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que

²³⁴⁰ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 14-15, p. 45-71, abr./set. 1979, esp. p. 58.

²³⁴¹ PIMENTEL, Wellington Moreira, op. cit., p. 561: “O Código de 1973 estreitou os limites da coisa julgada, confinando-a à conclusão da sentença, que, a seu turno, se conformará dentro dos parâmetros da lide. O alcance da parte dispositiva da sentença significa o âmbito, os limites da parte dispositiva, do *decisum*, única a fazer coisa julgada. (...) Tampouco se perquirirá se terá sido motivo importante para a conclusão da sentença. Importantes, ou não, para a determinação do alcance da parte dispositiva da sentença, os motivos desta não se incluem na coisa julgada.”

²³⁴² BORGES, Marcos Afonso. Da Audiência, da sentença e da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p. 263-270, abr./jun. 1976, esp. p. 269. Vide, também, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do Processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1. p. 243-244: “A jurisdição não tem vocação às generalizações. E o Código de Processo Civil, refletindo o pensamento amplamente majoritário em doutrina, afasta com firmeza qualquer autoridade de julgado incidente sobre os motivos da sentença, ou sobre a verdade dos fatos por ela admitida, ou seja: afasta a possibilidade de ficarem definitivamente julgadas, com autoridade que depois se projete em outros processos e na própria vida das pessoas, as *questões* enfrentadas na sentença (cfr. CPC, art. 469, incs. I-II). O que obtém autoridade da coisa julgada material é exclusivamente o preceito concreto formulado na sentença, ou seja, é a *disposição* nela contida, acerca da situação concreta trazida para o juiz com o pedido de solução. Em cada processo de conhecimento o resultado prático obtido é o pronunciamento do juiz acerca de uma pretensão, a saber, a sua conclusão no sentido de que ela procede ou improcede, merece ou desmerece satisfação. Os fundamentos da sentença são apenas *fundamentos*, *i. e.*, os alicerces sobre que o comando concreto se apóia.” (Grifos no original).

torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.” Três observações críticas são oportunas: (i) a imutabilidade é corolário natural do trânsito em julgado, não propriamente decorrência da coisa julgada; (ii) a redação parece soar redundante, pois, se é imutável, já está ínsita nessa ideia a indiscutibilidade, afigurando-se, pois, supérfluo dizer expressamente que é indiscutível; (iii) o texto agora emprega o gênero decisão de mérito, a englobar suas espécies: sentença, acórdão e até decisão *stricto sensu*, de natureza interlocutória, que haja concedido antecipação de tutela²³⁴³ ou tutela de evidência²³⁴⁴, posto que referenciadas ao mérito da causa.

A regra “antiga” usava a expressão “não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”, ao passo que a nova fala, *sic et simpliciter*, em “não mais sujeita a recurso.” Suprimiu-se a parte final “ordinário ou extraordinário”, cuja classificação foi alvo de censura pela doutrina especializada²³⁴⁵.

O marco relevante é o trânsito em julgado. Por assim ser, o problema gravita na órbita do empeco, ou não, do trânsito em julgado, ante a interponibilidade de determinada classe de recursos: ordinários ou extraordinários. A partir da natureza das funções exercidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, como instâncias recursais extraordinárias *a priori* restritas às *questiones iuris*, o recurso extraordinário em sentido estrito e o recurso especial consideram-se espécies do gênero recurso extraordinário. Tais Cortes exercem (a) função de revisão ou (b) circunscrevem-se ao papel institucional de manter a unidade e a uniformidade de interpretação do direito federal constitucional e infraconstitucional, sem qualquer inquietação com a correção ou justeza da decisão impugnada? Caso se adira à posição (b), a exclusão do recurso extraordinário da norma do art.

²³⁴³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 273, incisos I e II.

²³⁴⁴ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 306, incisos I, II, III e IV.

²³⁴⁵ Vide, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. p. 254-256: “A distinção entre recursos *ordinários* e recursos *extraordinários*, a que alude a parte final do art. 467, é nítida e importante em alguns sistemas jurídicos: por exemplo, no português, onde à vista de textos expressos (...), os recursos chamados *extraordinários* se diferenciam com toda clareza dos *ordinários* pelo fato de que a interponibilidade de qualquer destes últimos impede o trânsito em julgado, ao passo que a decisão já se considera passada em julgado mesmo que ainda suscetível de impugnação por algum dos primeiros. Também na Itália costuma falar-se de *mezzi ordinari* e *mezzi straordinari* para designar-se, respectivamente, os remédios que *obstam* ao trânsito em julgado e aqueles que, ao contrário, o *pressupõem*. (...) Diversa é a sistemática do ordenamento brasileiro, no qual a mencionada distinção não tem relevância teórica nem prática. Merece ela, em nossa opinião, ser arquivada para todo o sempre, além do mais, pelos equívocos que é capaz de gerar, e de fato tem gerado, mercê da constante e notável flutuação dos critérios doutrinariamente sugeridos para fundá-la. A rigor, não existe entre nós *uma classe* de recursos a que se possa aplicar, segundo critério preciso do ponto de vista científico e útil ao ângulo prático, a denominação genérica de *extraordinários*.” (Grifos no original).

513 poderia autorizar a interpretação segundo a qual o trânsito em julgado se operaria a partir do exaurimento dos recursos nas instâncias ordinárias (*e. g.*, apelação, embargos infringentes, embargos de declaração) ou da consumação do chamado reexame necessário ou duplo grau obrigatório de jurisdição, com os recursos que lhe são inerentes (*e. g.*, embargos de declaração).

Semelhante exegese, no entanto, afigura-se inexata. No sistema processual brasileiro, os recursos extraordinários (especial e extraordinário) não são de pura *cassação*. É dizer: quando providos, não necessariamente devolvem o julgamento da causa à instância de origem. Trata-se, na realidade, de recursos de *revisão*, a denotar que o próprio órgão competente para o seu julgamento promoverá, quando for o caso, o julgamento da causa²³⁴⁶. Aliás, o próprio texto constitucional, em seu art. 102, III, preceitua, expressamente, que “compete ao Supremo Tribunal Federal (...) III - *julgar*, mediante recurso extraordinário, *as causas* decididas em única ou última instância (...)”²³⁴⁷, formulação que é reproduzida em relação ao recurso especial, no art. 105, III, ao estatuir que “compete ao Superior Tribunal de Justiça (...) III - *julgar*, em recurso especial, *as causas* decididas, em única ou última instância (...)”.

À semelhança da sistemática do Código de 1973, o novo Diploma processual também exclui, explicitamente, dos confins da autoridade da coisa julgada tanto “os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, quanto “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença” (art. 515, incisos I e II).

Pela nova sistemática, em regra, apenas a parte dispositiva - na qual o juiz se pronuncia efetivamente sobre o pedido e decide a lide - é alcançada pela autoridade da coisa julgada material. Não colhe objetar que o novo Código brasileiro teria fracionado os elementos essenciais da sentença, separando os motivos do dispositivo, para fins de cobertura pela coisa julgada material. E não colhe, de vez que a finalidade primordial do processo é a justa composição da lide, pelo julgamento final da *res in iudicium deducta*, na parte dispositiva da sentença. Esta é a concreta resposta do Estado-juiz ao conflito que lhe foi submetido, consistente na relação jurídica controvertida²³⁴⁸. É tal dispositivo que, *e. g.*, no

²³⁴⁶ Supremo Tribunal Federal brasileiro, 2ª Turma, RE 346736, AgR-ED/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 4/06/2013, publicação no DJ de 18/06/2013.

²³⁴⁷ Enunciado n. 456, da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal: “O Supremo Tribunal Federal, conhecendo o recurso extraordinário, *julgará a causa*, aplicando o direito à espécie.” (Grifou-se).

²³⁴⁸ REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1957, v. 1. p. 65-66: “*Risulta dall’art. 2909 cod. civ. già richiamato fino da allora che può avere quella autorità di cosa giudicata soltanto un accertamento e soltanto se contenuto in una pronuncia (dictum) del giudice, emanata a sua volta nelle*

escopo de segurança e de estabilidade das relações jurídicas, se submete à autoridade da coisa julgada material. Doutrina clássica já advertia que resolver uma questão é diverso de decidir sobre uma relação jurídica controvertida²³⁴⁹. Numa locução: as razões justificativas do juiz, articuladas no texto da motivação para alcançar sua decisão, não compartilham do valor normativo desta conclusão final.

Os motivos do *decisum*, que justificam aquela ilação final do juiz, exercem a prestimosa função de definir a correta interpretação do julgado e de seu alcance²³⁵⁰. Se assim é - e assim efetivamente o é -, o dispositivo da sentença, mesmo que por si só, absolutamente não se constituirá numa “abstração inaplicável e inadmissível”, na célebre imagem savignyana. Aquela função exegética, expressa nos motivos como elementos de interpretação da parte dispositiva do julgado, independe de a motivação estar, ou não, açambarcada pela coisa julgada material²³⁵¹. Em outras palavras, a adstrição da coisa julgada substancial ao acolhimento ou rejeição do *petitum* (parte dispositiva da sentença) não implica segregar o *decisum* dos motivos que o justificam. A motivação, repita-se à exaustão, é valiosíssimo fator

forme solenni di una sentenza. L'accertamento può esaurire il contenuto della pronuncia o servire soltanto di premessa ad altri provvedimenti (costitutivi, di condanna ecc.). In ogni caso però, per acquistare quella autorità, deve costituire già in sè e per sè un provvedimento cioè la deliberata espressione della volontà (funzione-potestà) normativa del giudice per il caso concreto. Tale non è per esempio una qualunque affermazione di carattere narrativo o una argomentazione che il giudice, il quale come sappiamo ha l'obbligo di motivare, inserisca per incidens o per occasionem nella sua motivazione.”

²³⁴⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1933, v. 4. p. 429: “Non è la stessa cosa risolvere una questione oppure decidere in torno alla esistenza, alla costituzione o alla modificazione di un effetto giuridico. Come ho già detto più volte, quello è il mezzo e questo il fine.” Em sentido análogo, afirmando que a relação existente entre a motivação e o dispositivo da sentença é de causa e efeito, vide MESQUITA, José Ignacio Botelho de, op. cit., p. 59, 62. Semelhantes entendimentos, no entanto, revelam-se insatisfatórios, porquanto não explicam, por exemplo, as hipóteses de omissa, insuficiente ou contraditória motivação. Tampouco se harmonizam, e. g., com a hipótese de o juiz, por erro, não decidir a demanda que deveria decidir (o objeto do processo é mais amplo que o da decisão) ou decidir uma demanda que não fora proposta (o objeto da decisão é mais amplo que o do processo). Ademais, não consonam com a natureza de discurso justificativo da motivação da sentença.

²³⁵⁰ Vide, no ponto, *Ordinamento Giudiziario e Codice di Procedura Civile dello Stato della Città del Vaticano*, de 1946, art. 302. - §1. “La sentenza forma cosa giudicata, in quanto decide, nella parte dispositiva, sull'oggetto delle domande delle parti, quando sia trascorso il termine stabilito per l'appello e quello per ricorso per cassazione, senza che le impugnative siano state proposte, o quando siano state respinte. I motivi della sentenza hanno importanza, in proposito, in quanto sia necessario risalire ad essi per determinare la portata della parte dispositiva della sentenza medesima.”

²³⁵¹ Em sentido contrário, com observações críticas endereçadas, no particular, ao Código de 1973 (mas que permanecem válidas em relação à abordagem da matéria feita pelo novo Código, especialmente no que toca à exclusão dos motivos da decisão da autoridade da coisa julgada material), vide MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro, op. cit., p. 206-210.

de interpretação do dispositivo da sentença, no fito da escoreita demarcação de suas fronteiras²³⁵².

Demais disso, semelhante opção de política legislativa do novo Código coaduna-se, no ponto, com a doutrina amplamente majoritária de que o objeto do processo é delimitado tão somente pelo pedido, não hospedando a causa de pedir. O pedido de tutela jurídica é definido pela petição inicial da demanda judicial, a qual, em linha de princípio, não pode ser ampliada nem reduzida. Daí descende a posição tradicional segundo a qual a sentença de mérito traduz o julgamento pelo Estado-juiz da lide formulada naquela peça processual. A decisão, em obséquio ao princípio da correlação ou da congruência, deve ater-se ao pedido, sob pena de, não o fazendo, configurar-se julgamento *extra petita*.

Para essa posição conflui o entendimento amplamente majoritário de nossa doutrina, adotado pelo Código de 1973. A glorificação do princípio dispositivo, firme no valor liberdade dos litigantes, deriva de uma concepção liberal do processo, que se nutre da seiva do paradigma individualista.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil, olhando em outra direção, consagra radical inovação, ao estabelecer, em seu art. 514, § 1º, a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais. Vale dizer: possibilita a inserção da questão prejudicial dentro dos limites objetivos da coisa julgada material, atinentes em regra à questão principal: “A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 514).

O móvel dessa novidade descansa na ideia de coerência nas decisões judiciais, evitando-se a prolação de sentenças contraditórias, e no prestígio do princípio da economia judicial e processual. Não padece dúvida de que sua fonte de inspiração é a doutrina do *stare decisis* (teoria dos precedentes vinculantes), em especial a estrutura da coisa julgada no sistema da *common law*. Na tradição romano-germânica (*civil law*), a fonte primária do direito é a lei, ao passo que, na anglo-saxônica, é o precedente judicial, ao qual se vinculam necessariamente os julgamentos futuros análogos.

²³⁵² Corte Suprema di Cassazione italiana, Sent. n. 2721, de 7.2.2007 - rv. 595224 (vide também, Cass. Sent. n. 1093, de 18.1.2007): “Il giudice del merito, nell'indagine volta ad accertare l'oggetto ed i limiti del giudicato esterno, non può limitarsi a tener conto della formula conclusiva in cui si riassume il contenuto precettivo della sentenza previamente pronunciata e divenuta immutabile, ma deve individuarne l'essenza e l'effettiva portata, da ricavarsi non solo dal dispositivo, ma anche dai motivi che la sorreggono, costituendo utili elementi di interpretazione le stesse domande delle parti, il cui rilievo a fini ermeneutici, se non può essere proficuamente utilizzato per contrastare i risultati argomentabili alla stregua di altri elementi univoci che inducono ad escludere un'obiettivo incertezza sul contenuto della pronuncia, può tuttavia avere una funzione integratrice nella ricerca degli esatti confini del giudicato ove sorga un ragionevole dubbio al riguardo.” Apud IACOBELLIS, Marcello et al, op. cit., p. 983.

A *claim preclusion* e a *issue preclusion* são duas figuras que integram a estrutura da coisa julgada no sistema da *common law*. A primeira (*claim preclusion*), cujas raízes mergulham no Direito romano, derivante da extinção da demanda judicial por seu julgamento, exhibe o condão de tornar preclusas todas as questões atinentes ao caso que foram ou poderiam ter sido deduzidas no processo²³⁵³. De modo que, fora do âmbito da demanda judicial primitiva, com sentença final transitada em julgado, a parte não pode, em litígio ulterior, rediscutir uma questão que foi determinante para o julgamento da causa primitiva. Opera-se uma ficção, por força da eficácia preclusiva da coisa julgada material, a impedir a alegação de toda e qualquer matéria que foi ou poderia ter sido alegada no julgamento da causa inicial.

Já a segunda (*issue preclusion*), originada no direito germânico, interdita às partes (vencedora ou derrotada, não importa) a possibilidade de invocar, em nova demanda judicial, qualquer questão de fato ou de direito que haja sido essencial para o julgamento da causa²³⁵⁴. É dizer: fora do âmbito da ação inicial, independentemente da vitória no julgamento, a parte não pode rediscutir qualquer questão de fato ou de direito que se tenha revelado determinante para condicionar a decisão final. Tal figura deita raízes nas ideias de economia judicial e processual e de segurança jurídica, tendendo a evitar pronunciamentos jurisdicionais contraditórios. A *issue preclusion* lembra, no direito brasileiro, a projeção da coisa julgada à decisão acerca de questões prejudiciais, com a nota da essencialidade para o julgamento de determinada lide. Entretanto, à semelhante concepção é refratário o Código de 1973, como, de resto, ressumbra da dicção de seus arts. 469, III, e 470.

Todavia, o art. 514, § 1º, do novo Código de Processo Civil, ao alongar a incidência da coisa julgada às questões prejudiciais, deu pistas de haver transplantado a *issue preclusion* - órgão típico da anatomia da *common law* - para um corpo da *civil law*. São intensas e recíprocas as importações de institutos²³⁵⁵ e de experiências entre os dois grandes sistemas

²³⁵³ Cumprer-se notar que a *claim preclusion* guarda estreita aproximação com o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada substancial, consagrado no Código de 1973, art. 474: “Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 519: “Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.”

²³⁵⁴ SMITH, Diane Vaksdal. Finality of judgment: issue preclusion, claim preclusion, and law of the case. **The Colorado Lawyer**, Denver, v. 35, n.7, p. 43-48, July 2006, esp. p. 43: “The doctrine of issue preclusion or collateral estoppel provides that a court’s final decision on an issue actually litigated and necessarily decided in a previous suit is conclusive of that issue in a subsequent issue. This doctrine is “intended to relieve parties of the cost and vexation of multiple lawsuits, conserve judicial resources, and, by preventing inconsistent decisions, encourage reliance on adjudication.”

²³⁵⁵ O Brasil, por exemplo, importou do sistema da *common law* os seguintes institutos: o modelo federativo, o Supremo Tribunal Federal, o recurso extraordinário, o *habeas corpus*, *Alternative Dispute Resolution* -

jurídicos, máxime em um mundo cada vez mais condicionado pelo fenômeno da globalização. Trata-se de constante movimento de aproximação entre o sistema da *common law* e o da *civil law*, cumprindo-se, assim, aquele centenário vaticínio chiovendiano.

A problemática não reside propriamente nos movimentos migratórios mútuos em si; antes representam, em larga medida, experiências alvissareiras. O problema, na realidade, está em que não se pode, *tout court*, mutuar um instituto que floresceu em determinada ambiência axiológica, social, política, econômica e cultural, para outra paisagem institucional completamente diferente. Muito pior, sem um exame de ressonância magnética das eventuais cargas nocivas ou do esquadrinhamento dos efeitos colaterais do transplante da *issue preclusion*, até do risco de rejeição do órgão transplantado, por absoluta incompatibilidade com a tradição jurídico-processual do sistema no qual, sem mais nem menos, foi acriticamente implantado.

Sob a ótica da competência, a *issue preclusion* pressupõe que todas as cortes ostentem a mesma capacidade decisória acerca de determinada questão²³⁵⁶. Mas não é só. A cláusula *due process of law*, a fim de que a coisa julgada substancial possa legitimamente se propagar sobre a questão prejudicial, reclama, cumulativamente (i) sua essencialidade para o julgamento do conflito; (ii) efetiva controvérsia e previsibilidade de resultado para ambas as partes; (iii) possibilidade de produção de prova e de contraprova adequada e suficiente, no tocante às questões prejudicial e principal; (iv) contraditório eficiente; (v) expressa decisão acerca da questão prejudicial. A ser diferente, faltante um requisito que seja, a coisa julgada material não poderá legitimamente lançar seus tentáculos sobre a solução dada à questão prejudicial. Muito para dizer que, em regra, a *issue preclusion* afigura-se, na prática, de difícil comprovação, a par de tornar os processos mais complexos e morosos²³⁵⁷.

ADR's (e. g., arbitragem, conciliação, mediação), as *class actions* (e. g., ações coletivas), small claims courts (e. g., juizados especiais cíveis), *binding precedents* (e. g., Súmulas Vinculantes do Supremo Tribunal Federal), *petition of certiorari* (e. g., repercussão geral da questão constitucional). No caminho inverso (do *civil law* para o *common law*), o exemplo mais ilustre talvez seja o do Código de Processo Civil escrito da Inglaterra, desde 26.4.1999, sob a denominação oficial de *Rules of Civil Procedure*, cuja vigência também se estende ao País de Gales.

²³⁵⁶ Francamente, não é o caso do Brasil, no qual, em tema de competência, vigem sistemas centralizados. Decerto, a importação de modelo de preclusões afeiçoado a uma estrutura federativa descentralizada (e. g., o norte-americano) acarretará problemas no campo da competência dos juízos e tribunais. Implica dizer que, aqui, nem todos os Tribunais têm a mesma capacidade de decidir determinada questão, implodindo-se, pois, um dos pilares de aplicação da fórmula da *issue preclusion*.

²³⁵⁷ GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella, op. cit., p. 118: “Tantos requisitos, exceções e flexibilidade tornam a aplicação da *issue preclusion* extremamente difícil na prática e dependente das peculiaridades fáticas e jurídicas de cada caso. As vantagens perseguidas com a adoção da regra amplexiva dos limites objetivos da coisa julgada – economia processual e respeito pelas decisões

Seja como for, o art. 514, § 1º, do novo Código de Processo Civil, ao esticar, em abstrato, a incidência da coisa julgada às questões prejudiciais, independentemente de qualquer pedido das partes, mitigando o princípio dispositivo, reclama a observância cumulativa de quatro requisitos. Primeiro: a questão prejudicial deve ser decidida expressa e incidentalmente no processo (art. 514, § 1º). Como não se presumem na lei palavras inúteis, o emprego do advérbio “incidentalmente” pode ser interpretado não como uma decisão apartada da sentença de mérito, mas, por economia processual e razão metodológica, como um tópico autônomo e destacado de sua motivação²³⁵⁸, obviamente antecedente, por representar questão relacionada com o principal assunto do juízo. Segundo: dessa resolução depender o julgamento do mérito (art. 514, § 1º, I). Essa disposição, fruto de má técnica legislativa, é redundante: sendo a questão prejudicial, já está implícito que, de sua solução, depende o julgamento do mérito (da questão principal). Terceiro: contraditório prévio e efetivo em relação à questão prejudicial, não se aplicando no caso de revelia (art. 514, § 1º, II). A referência à revelia não chega a ser supérflua, porque existe revelia total e parcial. Contudo, na hipótese de revelia total não se poderá ter a questão prejudicial coberta pela mantilha da coisa julgada material, isto é, a extensão do disposto no *caput* do art. 514 à resolução da questão prejudicial. O réu pode ter contestado, mas não ter se manifestado sobre o ponto prejudicial. Porém, em se tratando de direitos disponíveis, o termo “efetivo” não pode significar manifestação real, mas, isto sim, possibilidade visível de manifestação, ainda que, por liberdade e tática de defesa, se tenha calado sobre esse ou aqueloutro ponto. Do contrário, a eficácia concreta do dispositivo ficaria completamente subordinada à vontade do réu de se manifestar sobre o ponto. Aparentemente (mas apenas aparentemente), na interpretação preconizada haveria um *déficit* de garantismo processual. É que, a não ser assim, haveria uma quebra da isonomia, pois, na sistemática do Código de 1973, tanto o autor quanto o réu podem ajuizar ação declaratória incidental a respeito de questões prejudiciais, cuja decisão exhibe aptidão para formar coisa julgada material. Ou seja: se manifestar sobre o ponto teria a mesma eficácia de ajuizar uma declaratória incidental, mas o contrário também seria válido. No fim das contas, em resumo, a melhor interpretação é que a referência à revelia é para

judiciais – podem não ser efetivamente alcançadas ou superadas pelas dificuldades apontadas. Muito pelo contrário, é provável que a discussão sobre todos esses requisitos no segundo processo termine por alongar desnecessariamente o seu andamento. Outra consequência indesejada é que as partes podem aumentar desnecessariamente o esforço empregado na litigância das questões incidentais no primeiro processo, tentando comprovar e controverter todas as questões envolvidas, a fim de evitar prejuízos futuros. Isso torna os processos ainda mais complexos e demorados, o que é contrário ao ideal de economia processual.”

²³⁵⁸ Sobre ser a questão prejudicial solucionada na motivação, *i. e.*, na fundamentação da sentença, vide FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 52.

deixar claro que o réu deve ter apresentado defesa, mas não necessariamente ter se manifestado de fato sobre o ponto prejudicial. Se contestou, mas, por estratégia defensiva, não se manifestou sobre o(s) ponto(s), isso não impede que a prejudicial seja alcançada pela coisa julgada material. Quarto: o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal (art. 514, § 1º, III).

Vale notar, no entanto, que a resolução da questão prejudicial não descansará dentro dos limites objetivos da coisa julgada caso ocorra, no procedimento, uma dessas duas possibilidades: ocorrência de restrições ao direito à prova ou limitações à cognição que estorvem o aprofundamento do *check-up* da questão prejudicial (art. 514, § 2º).

Essa disposição se afigura bem intencionada, sobretudo em razão dos valores que teoricamente visa tutelar (segurança jurídica, confiabilidade, previsibilidade, estabilidade, economia judicial e processual), mas, no plano empírico, é ruim. Apenas piora os efeitos práticos da opção de estender a coisa julgada sobre os pontos prejudiciais. O legislador não tinha total convicção e preferiu se agarrar à válvula de escape da cognição total e exauriente. Se isso já cria problemas à estabilidade da solução da lide, com a fórmula do § 2º fica pior ainda, pois torna esfumado o que já produzia instabilidade. Isto é, fez-se uma opção para dar estabilidade, mas, ironicamente, ela produz instabilidade, pois é muito fácil relativizar o que não houver sido abrangido pela coisa julgada, bastando mínimas alterações de forma nos elementos da demanda, sobretudo na causa de pedir. Fosse pouco, a regra desse § 2º cria ainda mais incerteza. A uma, porque parece tratar de uma exceção que na prática é quase uma outra regra: são muitos os procedimentos que apresentam restrição probatória e/ou cognitiva. A duas, porque isso será mais um pretexto para enfraquecer e até afastar a solução que já fora dada à lide.

Os problemas não se camuflam. Nessa ótica, a coisa julgada material, ao açambarcar tudo quanto a parte poderia pretender e deduzir em relação ao tema disputado no processo, há de ser examinada *cum grano salis*²³⁵⁹. Não se pode cogitar que, na totalidade dos casos, se estendam futuramente os limites de eficácia do acerto fático-jurídico a outros

²³⁵⁹ RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Rodrigo_Ribeiro.html>. Acesso em: 04 fev. 2014. “Não obstante o instituto da *issue preclusion* seja adotado por países da *common law* e por alguns países da *civil law*, é patente que se trata de um instituto complexo, que acaba por complicar a tramitação processual. Paradoxalmente, a busca incessante por economia processual e coerência entre as decisões acaba por ensejar mais demora, complexidade e incoerência na tramitação dos processos. Por fim, conclui-se que a adoção de um critério restritivo no que tange aos limites objetivos da coisa julgada, tal qual se dá no Código de Processo Civil de 1973, é ainda mais efetiva que a migração da *issue preclusion*. A legislação processual vigente é mais simples e econômica, outorgando mais efetividade à prestação jurisdicional.”

procedimentos entre as mesmas partes, embora versando sobre relações diversas daquela decidida e com pedido diferente, sob pena de se deprimir o direito de ação e de defesa.

No Projeto de Código de Processo Civil brasileiro²³⁶⁰, na linha do Código em vigor²³⁶¹, tanto o pedido quanto a causa de pedir da demanda, pelo autor, ou a reconvenção, pelo réu, podem ser objeto de modificação até o saneamento do processo, flexibilizando, assim, o princípio de que a lide deve estar integralmente formulada na petição inicial. Ou seja: enquanto não for saneado o processo, podem, por exemplo, ser suscitadas novas questões principais e prejudiciais, através da metamorfose radical do pedido e de seu substrato fático-jurídico, admitindo-se ainda a extirpação de questões prejudiciais originárias.

A este propósito é de se manifestar uma considerável dose de ceticismo. O legislador brasileiro, em tema de prejudicialidade, sob o perfil prático, parece criar mais estabilidade, com a finalidade de redução da litigiosidade, através da frustração de processos futuros e a eliminação do grave risco de decisões discrepantes. Porém, é o contrário que acontece²³⁶²: cria-se formidável instabilidade para as partes acerca da abrangência da demanda²³⁶³, com a perda do controle do processo, máxime por força da diferente natureza das questões prejudiciais. As questões intermediárias, suscitadas no *iter* do procedimento, são imprevisíveis, a par de não concretizarem o ideário de economia e de efetividade processual, por engravidar o litígio de complexidade, ingurgitando sua tramitação, tornando-a mais

²³⁶⁰ Com o patente propósito de extrair o maior rendimento possível de cada processo em si mesmo considerado, vide art. 330: “O autor poderá: I – até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente do consentimento do réu; II – até o saneamento do processo, com o consentimento do réu, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de quinze dias, facultado o requerimento de prova suplementar. Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.”

²³⁶¹ Código de Processo Civil brasileiro de 1973: “art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.” (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

²³⁶² GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella, op. cit., p. 135: “Em suma, a solução restritiva adotada atualmente no Brasil com relação aos limites objetivos da coisa julgada sobre as questões prejudiciais é mais simples, econômica e efetiva, e deve ser mantida.”

²³⁶³ RIBEIRO, Rodrigo Koehler. op. cit.: “Diante dessa observação da realidade forense nacional, forçoso concluir que a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, da forma analisada acima, acabará por tornar a tramitação do processo mais demorada e complexa – terá o efeito prático inverso daquele a que se originariamente propôs o instituto. A adoção da *issue preclusion* pelo nosso ordenamento jurídico pode trazer um excesso de litigiosidade e de complexidade para o nosso processo, o que é preocupante. A realidade demonstra que um processo simplificado, desprovido de tantos ônus e preclusões pode atender mais aos anseios da economia processual, da coerência e da segurança que um processo que busca centralizar o máximo de demandas em seu bojo.”

demorada, na contramão da garantia fundamental da duração razoável do processo²³⁶⁴. Nessa perspectiva, não são desprezíveis as dificuldades práticas e o custo de tempo, dinheiro e energia. Cada processo se transformaria, como bem se compreende, num abismo sem fundo ou - caso se prefira - o céu passaria a ser o limite, possibilidade e alcance de todo conflito²³⁶⁵.

Comumente, não se afigura conveniente²³⁶⁶ às partes que o julgamento abarque relações jurídicas estranhas ao âmbito do pedido do autor formulado na petição inicial ou do réu em sede de reconvenção. Por ocasião da propositura da demanda judicial podem surgir, *e. g.*, óbices à obtenção do material probatório indispensável a supedanejar a adequada formulação e ampla dialeticidade das questões prejudiciais. De qualquer modo, no livre exercício de suas estratégias no processo, às partes é sempre franqueado o ajuizamento de ação declaratória incidental. É dizer: o princípio dispositivo coaduna-se, pois, com a possível exigência de acertamento das questões prejudiciais. Nesse tema, mesmo sob as lentes de uma concepção publicística do processo, o valor liberdade e conseqüentemente a vontade das partes devem prevalecer, a fim de que se imprima, ou não, decisão sobre a questão prejudicial sob o manto da autoridade da coisa julgada material.

A solução sobre a questão prejudicial, com a cobertura da *res iudicata*, dar-se-á no espaço físico destinado à motivação (fundamentação) da sentença, a conformar, lógica e juridicamente, a solução da questão principal ou de mérito em sua parte dispositiva. Por assim ser, o dispositivo do art. 514, § 1º, que expande os limites objetivos da coisa julgada de molde a compreender as questões prejudiciais, parece estar em forte rota de colisão com o dispositivo do art. 515, inciso I, que expressamente exclui daqueles limites “os motivos ainda

²³⁶⁴ Constituição Federal brasileira, art. 5º, inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

²³⁶⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, op. cit., p. 475: “Do ponto de vista prático, deve-se observar que o estender-se a coisa julgada a todas as questões decididas poderia encerrar alguma vantagem, porque evitaria algum processo futuro e decisões contraditórias. Seriam, porém, muito mais graves os inconvenientes de semelhante extensão. As partes, ao proporem uma ação ou ao se defenderem, não teriam mais nenhuma certeza sobre os limites e o alcance da lide; e seriam forçadas a preparar um esforço de ataque e de defesa efetivamente desproporcionado à sua intenção. (...) Daí a necessidade de manter a coisa julgada nos *confins da demanda*, e de discernir na *cognição* as *questões prejudiciais* ou *motivos*, sobre os quais o juiz decide *incidenter tantum*, ou seja, com o fim exclusivo de preparar a decisão final, (...)” (Reforços gráficos no original).

²³⁶⁶ DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *Quieta non movere*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, p. 35-43, abr./jun. 2011, esp. p. 38: “Trata-se, claramente, de uma situação que causará insegurança jurídica e demandará, por parte do advogado, um extremo cuidado na hora de elaborar a inicial ou a contestação, para que não seja levantada uma questão que possa ser considerada como prejudicial – a qual ou demandará maior dilação probatória (e maior demora na tramitação do processo) ou eventualmente não seria conveniente para debate naquele momento. Há um claro enfraquecimento do princípio dispositivo.”

que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, já que as questões prejudiciais ganham solução justamente na motivação da sentença²³⁶⁷.

²³⁶⁷ O ponto contraditório não escapou à percepção de GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella, op. cit., p. 134: “Portanto, se as questões prejudiciais ficarão revestidas de autoridade de coisa julgada, não se pode afirmar que “os motivos não fazem coisa julgada”.”

12 MOTIVAÇÃO COMO INESTIMÁVEL FATOR DE LEGITIMAÇÃO DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

12.1 Representatividade política *versus* Juiz profissional

A regra de ouro da legitimação política é o voto, que dá voz à vontade popular. No regime democrático, fruto de importante conquista civil, através de sufrágio universal, igual, direto e secreto, o povo escolhe seus representantes para o exercício de funções estatais, em linha de princípio, no Executivo e no Legislativo. Trata-se de sistema de mandatos eletivos com periodicidade. A alternância no poder é inerente à própria ideia de democracia. O voto, por assim dizer, confere aprioristicamente ao titular do cargo eletivo legitimidade, *ab ovo*, para o exercício do respectivo mandato. A ideia de legitimidade do poder estatal, em sua dimensão axiológica, além da consonância do ato ou da atividade com os valores vigentes no seio da nação em determinado momento histórico, compreende o problema complexo, nas sociedades contemporâneas, da irradiação de convicção, de consenso e de aceitabilidade sociais.

Entrementes, no que concerne à função jurisdicional (na clássica concepção montesquiana tripartite das funções de Estado), feita abstração de países de sistema jurídico do *common law* (família anglo-saxônica), como o norte-americano, em que juízes podem ser selecionados pelo voto popular²³⁶⁸, nos países componentes do *civil law* (família romano-germânica), como os da Europa continental e o Brasil²³⁶⁹, a jurisdição é exercida, em regra, por juízes profissionais, burocráticos, com investidura técnica, mediante concurso público de provas e de títulos. Vale dizer: os membros do Poder Judiciário não são democraticamente escolhidos pelo povo, tampouco nomeados de forma política, embora o respectivo sistema de seleção seja permeável a todos os segmentos da população: homens, mulheres, ricos, pobres. Nessa perspectiva, sem a imperativa unção do voto popular, o juiz não exhibe aprioristicamente legitimidade política alguma. A peculiaridade da legitimação do exercício da função

²³⁶⁸ Releva registrar que transborda do objeto do presente estudo analisar a problemática sobre ser adequada, ou não, a eleição de juízes, mormente à luz do impacto de semelhante sistemática de provimento de cargos judicantes nas garantias de independência e de imparcialidade do juiz. Sabe-se que, no sistema judiciário norte-americano, juízes eleitos costumam, em suas sentenças, abonar indenizações maiores. Quiçá com os olhos voltados para a próxima eleição...

²³⁶⁹ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 93, inciso I.

jurisdicional está em que, ao contrário dos titulares de mandatos eletivos, somente pode ser medida e avaliada, ulterior e condicionadamente, através do exame da atuação do juiz no cotidiano forense, em cada caso concreto, e da fundamentação jurídica e racional de suas decisões (legitimação *a posteriori*, de exercício²³⁷⁰ e condicionada)²³⁷¹. Por assim ser, o juiz padece de um deficit de legitimidade, originário, mas que, no dia a dia de sua concreta atuação, em cada decisão, pela energia argumentativa contida na motivação, o Judiciário pode transformar, na conta democrática de balanço, em superavit de legitimidade.

No âmbito de um Estado Constitucional Democrático de Direito, o poder do juiz (ou melhor: qualquer poder) exhibe cariz representativo, no preciso sentido de que é exercido por delegação do povo soberano. Porque assim é, ante as legítimas expectativas da sociedade referentes à Justiça, parece não mais haver espaço para o fenômeno do solipsismo judicial²³⁷², refratário à dialeticidade do processo, *i. e.*, para o juiz enclausurado solitariamente dentro de uma redoma artificial²³⁷³, longínquo do contraditório, distante do substrato da sociedade e de seus valores espirituais, ético-morais, jurídicos, de justiça. Disso resulta que ao juiz cumpre incondicionalmente prestar contas à sociedade, pois que a legitimidade democrática do poder jurisdicional assim o impõe. Não por acaso a autoridade do juiz, no regime democrático, para

²³⁷⁰ POSTIGO, Víctor Ticona. La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. **Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia**, Lima, año 3, n. 9, p. 1-25, ago./oct. 2005, esp. p. 23: “De otro lado, sí el Juez tiene una legitimidad democrática derivada y no de origen, no obstante ello debe adquirir tal legitimidad en cada sentencia y resolución en general que dicte. Con alguna razón Luis López Guerra sostiene que la legitimidad del Juez en un Estado Constitucional es una legitimidad de ejercicio, y en razón de ello es que cada día y en cada sentencia el juez va legitimándose a través de sus decisiones justas, o va deslegitimándose con decisiones arbitrarias e injustas.”

²³⁷¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. 1. p. 55: “Ao contrário do administrador e do legislador, que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades (já que tal legitimação provém do voto popular), o juiz não é previamente legítimo. A legitimação do juiz só pode ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções. Assim, a fundamentação das decisões é essencial para que se possa realizar o controle difuso da legitimidade da atuação dos magistrados.” Assim, também, ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 2497-2536, 2012, esp. p. 2504: “Ao contrário dos representantes dos poderes Executivo e Legislativo que recebem sua legitimação antes de exercerem suas atividades através do voto popular, o magistrado, integrante do poder Judiciário, não é previamente legítimo eis que, apesar de inserido em um sistema democrático, não tem sua ascensão ao cargo através de uma eleição. Sua legitimação só pode, portanto, ser verificada *a posteriori*, através da análise do correto exercício de suas funções.”

²³⁷² DELFINO, Lúcio. **Direito processual civil**: artigos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 39.

²³⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 105: “pode-se dizer portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constrange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais.”

fazer cumprir suas decisões, depende, em larga medida, da confiança dos cidadãos no exercício da função jurisdicional: na imparcialidade, na honestidade, no rigor intelectual e moral, na capacidade de juízo e na competência técnica do juiz²³⁷⁴. Tal fidúcia, a proporcionar adesão e aceitação sociais, será tão mais idônea quanto mais houver conformação da decisão aos valores constitucionais duradouros, aos anseios legítimos e ao sentimento mediano de justiça compartilhados pelos membros da sociedade.

No quadro de um Estado Constitucional Democrático de Direito, erige-se em exigência medular que os casos concretos postos à decisão jurisdicional sejam julgados com esteio em fatos devidamente provados e mediante aplicação imparcial do direito vigente. Para que se possa efetuar o respectivo controle, é indispensável que o juiz preste contas dos critérios de escolha ou de valoração empregados, por meio de razões justificativas, jurídica e racionalmente válidas, de sua decisão. Nessa perspectiva, ao juiz cumpre explicitar o mapa lógico que o transportou até a formulação de sua conclusão final²³⁷⁵.

Não se pode olvidar, na dimensão da legitimidade do poder no Estado, que a organização e a demarcação das funções dos órgãos jurisdicionais, bem como a consagração das garantias da magistratura, têm jaez constitucional, ou seja, estão disciplinadas na Constituição²³⁷⁶. De mais a mais, em uma sociedade democrática, em cujo âmbito, dentre outros, viceja o princípio do pluralismo, o poder jurisdicional também se legitima quando exerce o controle tendente a resguardá-lo.

O problema da falta de legitimidade política do juiz²³⁷⁷ assume coeficiente dramático, por exemplo, na assim chamada jurisdição constitucional, máxime no que toca ao controle de constitucionalidade de leis (*lato sensu*) votadas e aprovadas pelo parlamento, cujos membros, estes sim, desfrutam, originariamente, de legitimidade política, que escorre do voto popular e conquistada em certames eleitorais. Entrementes, a ideia de democracia experimenta

²³⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. **Reforma Judicial**: Revista Mexicana de Justicia, México-DF, n. 15-16, p. 3-18, 2010, esp. p. 15.

²³⁷⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983, esp. p. 81: “Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio”.

²³⁷⁶ CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema jurídico. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 17, p. 115-133, ago. 2004, esp. p. 120.

²³⁷⁷ MARÍA CÁRCOVA, Carlos. La dimensión política de la función judicial. In: **Derecho, política y magistratura**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006. p. 97-111, esp. p. 104: “*Está claro, pues, que cuando se reconoce la dimensión política de la función judicial se hace mención a una actividad que tiene como finalidad alcanzar la realización del entramado de principios, valores, instituciones y comportamientos sociales que están definiendo y constituyendo un cierto orden.*”

formidável anabolização por força da defesa dos direitos fundamentais patrocinada, em linha de princípio, pela jurisdição constitucional, tendo como epicentro axiológico a dignidade da pessoa humana. Nessa peculiar perspectiva, democracia e jurisdição constitucional não são realidades fenomênicas que, reciprocamente, se excluem; antes, ao contrário, esta é o fermento daquela. Não se pode olvidar do mecanismo essencialmente político de escolha, aprovação e nomeação de todos os magistrados que integram o Supremo Tribunal Federal brasileiro, enquanto guardião da Constituição (cujo modelo se reproduz mundo afora): a nomeação cabe ao Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal²³⁷⁸. Pode-se então dizer que, por vontade do legislador constituinte originário, os membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro são eleitos democraticamente, pelos cidadãos indiretamente. Nessa peculiar perspectiva, talvez se possa pensar que, em sua gênese, ao substrato da jurisdição constitucional brasileira não faltaria legitimação democrática²³⁷⁹.

Outro problema, que se conexas com o anterior, concerne à legitimidade da função criativa da jurisdição. A atividade da jurisdição criadora de direito²³⁸⁰ é típica do sistema *common law*, no qual os remédios precedem os direitos. Já fenômeno vetorialmente inverso se verifica no sistema *civil law*, em que os direitos precedem os remédios. Nesta última seara, sobretudo, partindo da premissa de que os juízes não são eleitos - e, por conseguinte, carecem de legitimação por um consenso majoritário -, a teoria da objeção contramajoritária²³⁸¹ preconiza que eles não poderiam praticar atos de natureza

²³⁷⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: III - aprovar previamente, por voto secreto, após arguição pública, a escolha de: a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;”, combinado com o art. 84: “Compete privativamente ao Presidente da República: XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal (...)” e art. Art. 101: “O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

²³⁷⁹ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003. p. 564. Assim, também, NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quita movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 90 ss.

²³⁸⁰ Sobre a legitimidade do poder político da jurisdição constitucional, no específico aspecto de sua potencial função criadora, vide JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J. La legitimidad del juez constitucional. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, n. 36, p. 303-325, 2002, esp. p. 312-323.

²³⁸¹ No que concerne ao problema da tensão entre jurisdição e democracia, notadamente em sede de controle de constitucionalidade, no qual o Judiciário invalida leis e atos normativos provenientes da atividade de representantes democraticamente eleitos pelo povo, vide DELFINO, Lúcio, op. cit., p. 34-40.

substancialmente legislativa²³⁸². Contudo, doutrina de boa linhagem sustenta que a questão da legitimidade democrática da função jurisdicional e, portanto, da criação jurisprudencial do direito exprime-se na observância de duas regras medulares do processo. Primeira: a que, em linha de princípio, firme no valor liberdade e no princípio dispositivo, vincula a instauração do processo civil à iniciativa da parte ou do interessado (*ne procedat iudex ex officio*)²³⁸³. Segunda: como corolário do valor igualdade²³⁸⁴ e das garantias fundamentais de imparcialidade do juiz, do direito de defesa e do devido processo legal, o juiz deve fazer observar e, ele próprio, observar o contraditório, nas estruturas dialéticas do procedimento²³⁸⁵.

²³⁸² Relativamente à possibilidade de a sentença judicial constituir ou não fonte de direito (*i. e.*, um momento da ordem jurídica), vide HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 280: “Dissemos que o jurista por excelência é o juiz: cabe a ele expressar o direito, declarar o justo nas relações humanas concretas. Nesse sentido, o que compete propriamente ao juiz é a interpretação e aplicação das normas jurídicas quanto a seu cumprimento. Segundo isso e de acordo como o que foi dito repetidamente, a função do juiz pressupõe o direito – seu título e sua medida – e a norma pré-constituída enquanto causa e medida do direito. Portanto, considerada a função do juiz, não cabe à sentença judicial criar normas jurídicas. E mais: supondo a constituição dos Estados modernos baseada na separação de funções e poderes, a função do poder judiciário deveria limitar-se, em relação à norma jurídica, apenas a interpretá-la e aplicá-la. Porém, a vida do foro é muito mais complexa que as teorias políticas e as distinções científicas. Quando o juiz deve resolver as controvérsias forenses, nem sempre encontra a lei aplicável (lacunas de legislação), nem leis estabelecidas com clareza e de modo indubitável nos atos que criam ou transmitem direitos à titularidade e à medida desses direitos, sem que o juiz possa escudar-se nesses fatos para deixar de proferir sentenças. Há, além disso, um fator histórico que influi também nas decisões judiciais. A interpretação da lei e das instituições jurídicas necessita de uma adaptação às mudanças ideológicas, psicológicas e sociais que produzem na sociedade. Tudo isso implica que, às vezes, a sentença judicial não se limita a expressar o direito e a aplicar a norma, mas age como norma estabelecendo a medida dos direitos e ainda fixando seus titulares. Igualmente, segundo a forma de interpretar uma norma, na realidade pode estar criando uma nova, como ocorre com a interpretação analógica, a interpretação extensiva e a progressiva ou, às vezes, quando recorre aos princípios gerais do direito”.

²³⁸³ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 2º: “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 2º: “O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.”

²³⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 373: “O Direito é uma ciência que não pode restar *in fieri*, mas deve justificar-se *in actu*. Essa realização prática do Direito não pode ser alcançada fora dos parâmetros da *justiça* e da *certeza*, justamente porque é esse binômio que imprime *legitimidade* à função judicante do Estado. É dizer: a existência do braço judiciário do Estado só se justifica, social e funcionalmente, enquanto vetor para a preservação do *justo*, valor este que deve ser atribuído em modo *certo*, para *todos* que se encontram em situação *análoga*.” (Grifos no original).

²³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro, op. cit., p. 92-107, esp. p. 101-102: “Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária”.

Prestigiosa doutrina²³⁸⁶ sustenta que a jurisdição exhibe dois traços característicos fundamentais: (i) aplicação, aos casos concretos, das normas substanciais violadas ou ameaçadas de vulneração; e (ii) a comprovação dos direitos com base nas provas, como premissa necessária à adequada aplicação das normas materiais. Portanto, o núcleo central da jurisdição, como um dos critérios gerais do processo justo, é a comprovação adequada dos fatos relevantes, mediante correta reconstrução em juízo, concernente ao alegado direito submetido à cognição judicial.

A orfandade de legitimação política do juiz pode ser contornada quando se tem em linha de consideração que há dois tipos diversos de legitimação: (i) a eletiva, típica do poder político; e (ii) a típica do poder jurisdicional, consistente na sujeição do juiz à juridicidade. Ou seja, para ser mais exato, a legitimação dos juízes é uma legitimação democrática *sui generis*, que não se conxiona com a democracia política, de caráter essencialmente representativo, mas, sim, com a sua função medular de garantia dos direitos fundamentais e dos princípios axiológicos²³⁸⁷.

Demais disso, o poder jurisdicional é um “poder-saber”, tanto mais legítimo quanto maior seja o ‘saber’²³⁸⁸. Nessa perspectiva, ganhou terreno e fez fortuna a categoria da representação argumentativa do juiz²³⁸⁹, como justificação racional e inteligível do discurso judicial, na qual se concretiza a motivação, e que, para além de mero componente retórico da decisão, se erige em fonte legitimadora da atuação de juízes e tribunais; o dever de justificação de cada decisão, na incessante busca de adesão e de consenso sociais, os impele a argumentar com mais seriedade, correção, intensidade.

²³⁸⁶ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. Madrid: 2009. p. 28.

²³⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 3. ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 27.

²³⁸⁸ Idem. **Derecho y razón**: Teoría del garantismo penal. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. p. 45-46: “*Con una fórmula sintética, se puede decir que el juicio penal –como por lo demás toda actividad judicial- es un “poder-saber”, es decir, una combinación de conocimiento (veritas) y de decisión (autorictas). En semejante entrelazamiento, cuanto mayor es el poder tanto menor es el saber, y vice-versa. (...) Conforme a ello, diremos que las garantías legales y procesales, además de garantías de libertad, son también garantías de verdad; y que “saber” y “poder” concurren en medida distinta en el juicio según aquéllas sean más o menos realizables y satisfechas.*”

²³⁸⁹ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999, esp. p. 66: “A chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão. O princípio fundamental: “Todo o poder estatal origina-se do povo” exige compreender não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo. A representação ocorre, decerto, de modo diferente. O parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.”

Por seu turno, a legitimidade da representação argumentativa exige a existência: (i) de argumentos válidos ou corretos; (ii) de pessoas racionais dotadas de capacidade e de disposição direcionadas à aceitabilidade de tais argumentos, posto que distinguidos pela força da validade ou correção, no sentido de que as escolhas axiológicas são adequadas.

Na contramão do lugar-comum sobre o tema, é de se enfatizar que a função primária do juiz, na fundamentação de sua decisão, não é a de persuadir ou convencer as partes, os jurisdicionados ou a sociedade acerca da bondade de seus critérios de escolha ou de valoração²³⁹⁰, ou no tocante à correção interna e externa das premissas e dos argumentos que consubstanciam as razões justificativas, bem como a justeza da conclusão final. O escopo da motivação, bem pesadas as coisas, sob o prisma estritamente jurídico, é o de justificar racionalmente o *decisum*²³⁹¹, e não o de fazer abrolhar consenso irracional em torno do julgado. De modo que, endo e extraprocessualmente, o controle há de ser em relação à juridicidade e à racionalidade²³⁹² dos argumentos empregados na empresa de justificação. Daí se segue necessariamente que não é suficiente ou indispensável que a motivação ostente virtude persuasiva, embora, reconheça-se, é útil que o seja. Com efeito, é concebível que um discurso irracional, e meramente retórico, possa ser persuasivo, enquanto que um discurso argumentativamente racional, estribado em justificação impecável, não seja suasório. Numa palavra: nas sociedades contemporâneas, profundamente marcadas pelo multiculturalismo

²³⁹⁰ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 237, set. 2007: “*In realtà il giudice non deve persuadere le parti, o altri soggetti, della bontà della sua decisione: ciò che occorre è che la motivazione giustifichi razionalmente la decisione.*”. Na mesma rota, IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 135: “*La función del juez no reside en persuadir incondicionadamente a alguien de algo, sino en justificar sus decisiones mediante razonamientos válidos y controlables. Si por añadidura se provoca la persuasión –y es normal que eso suceda– bienvenida sea.*”; HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 144-145.

²³⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 39-40: “O juiz deve atuar sem arbitrariedade; sua decisão deve ser fundamentada em uma *argumentação racional*. Deve ter ficado claro que a lei escrita não cumpre sua função de resolver um problema jurídico de forma justa. A decisão judicial preenche então essa lacuna, segundo os critérios da razão prática e as ‘concepções gerais de justiça consolidadas na coletividade’.” (Grifos no original).

²³⁹² BÁEZ SILVA, Carlos. Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación. In: BÁEZ SILVA, Carlos; SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Sergio Arturo Guerrero (Coords.). **Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas**. 2 ed. Mexico: Editora Laguna, 2010. p. 11-33, esp. p. 31: “*La validez de la sentencia judicial, en tanto norma jurídica individualizada, descansa en la racionalidad de la misma, que convence por sí misma y conduce, idealmente, al reconocimiento universal de la corrección de la decisión. Y recordemos que “una acción es racional cuando puede ser justificada con razones que pueden ser discutidas”, de forma tal que la validez de la decisión judicial, es decir, su obligatoriedad internamente reconocida por los destinatarios de la misma, tiene su origen en las razones que justifiquen tal decisión; de aquí se puede desprender que no es la legalidad, sino la justificabilidad lo que es esencial para la validez de las decisiones judiciales en particular y del resto de normas jurídicas en general.*”

doméstico, pluralismo, antagonismo de ideias e dissenso, a racionalidade do discurso justificativo, paradoxalmente, nem sempre é capaz de produzir em torno de si consenso, convencimento e aceitação das partes, dos jurisdicionados ou da sociedade, expressada na opinião pública.

Nada obstante, há vozes doutrinárias, quiçá fazendo coro amplamente majoritário, consistentes na assertiva de que o discurso justificativo judicial haveria, sim, de ostentar a sagacidade de persuadir as partes²³⁹³ (ou, quando menos, a motivação deveria constituir uma “tentativa de persuasão”)²³⁹⁴ e de convencer a comunidade acerca da bondade dos critérios de julgamento, da validade e da tecnologia de justiça da solução adotada no caso concreto posto à decisão.

A motivação, em sua concepção de justificação racional do juízo, espelha (ou deveria espelhar) o resultado prático da participação democrática das partes em contraditório²³⁹⁵. O dever de motivar as decisões judiciais concretiza-se, mais do que no *iter* lógico-psicológico e na explicitação dos motivos de fato e de direito que guiaram o juiz até a conclusão final, na exteriorização de razões que justifiquem jurídica e racionalmente o julgado, com a finalidade de consentir o respectivo controle endo e extraprocessual sobre sua correção e justiça. Os juízes, bem vistas as coisas, não precisam explicar suas decisões; o que se lhes impõe é justificá-las.

Contudo, é útil reafirmar, parece inexato dizer que, ao ângulo estritamente jurídico, a motivação deva revelar a aptidão de persuadir ou de convencer as partes do processo²³⁹⁶,

²³⁹³ PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 569: “Concluindo, motivar uma sentença é justificá-la, não é fundamentá-la de um modo impessoal e, por assim dizer, demonstrativo. É persuadir um auditório, que se deve conhecer, de que a decisão é conforme às suas exigências. Mas estas podem variar como o auditório: ora são puramente formais e legalistas, ora são atinentes às consequências; trata-se de mostrar que estas são oportunas, equitativas, razoáveis, aceitáveis. O mais das vezes, elas concernem aos dois aspectos, conciliam as exigências da lei, o espírito do sistema, com apreciação das consequências.”

²³⁹⁴ SAUVEL, M. T. Histoire du jugement motivé. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, v. 61, 1955. p. 6.

²³⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. **Rivista di diritto processuale civile**, Padova, v. 6, Parte 1, p. 3-81, 1929, esp. p. 21: “*Il vero rendimento nel processo lo danno le due parti insieme, non ciascuna parte da sola. Quando il carro del processo non è trainato dalla pariglia, rischia di ribaltare.*”

²³⁹⁶ Em sentido contrário, vide RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 274; ARENAS LÓPEZ, Mailín; RAMÍREZ BEJERANO, Egil Emilio. La argumentación jurídica en la sentencia. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, octubre 2009. Acesso em: 15 abr. 2014. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/06/alrb.htm>. “*La finalidad de la motivación puede reducirse a tres aspectos fundamentales: 1- garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los tribunales superiores; 2- convencer a las partes y a la sociedad en general sobre la justificación y legitimidad de la decisión judicial*”

máxime aquela sucumbente, da correção dos critérios de escolha ou de valoração abraçados no julgamento da causa. Qual seria a consequência jurídica da eventual ausência de convencimento das partes? Nenhuma, até por exigência de segurança jurídica. A persuasão e o convencimento das partes, embora benfazeja, não se afiguram juridicamente forçosos. Porém, o convencimento da sociedade insinua relevância, sob um prisma de mirada que transborde do leito jurídico, para invadir, *v. g.*, os domínios da sociologia e da política, como fermento de legitimação do concreto exercício da função jurisdicional.

Em perspectiva externa, já agora para além das fronteiras do processo judicial, a participação da comunidade em geral, e de cada cidadão em especial, consentida pela função extraprocessual da motivação, como exigência de participação política direta²³⁹⁷ ou indireta, de controle jurídico e racional sobre a concreta administração da justiça, revela dupla finalidade no mundo de carne e osso: perscrutar sua legitimidade²³⁹⁸ e conferir-lhe legitimação democrática. Conducente dizer que ao juiz cumpre demonstrar que empregou em sua decisão os valores da sociedade na qual está inserido, e não seus valores pessoais ou sua particular visão de mundo.

O jaez garantístico da motivação obrigatória e pública, como condição indispensável da jurisdição - embora mergulhe raízes na doutrina jurídico-política do Iluminismo e, na Itália, transpire da famosa *Prammatica* de 1774, promulgada pelo rei Ferdinando IV, reorganizadora da administração da justiça no Reino de Nápoles (despachos reformistas do grande ministro Bernardo Tanucci) -, desabrochou, definitivamente, na estufa do constitucionalismo moderno, o qual, em muitos países com dignidade constitucional, sagra formalmente um sistema de garantias fundamentais à administração da justiça.

Influente vozes doutrinárias reconhecem um modelo constitucional de processo²³⁹⁹, como paradigma imprescindível de estudo científico, de novel interpretação e aplicação do

y, 3- verificar que la decisión no es producto de un actuar arbitrario del juez, sino de la válida aplicación del derecho, en vistas de un proceso garante y transparente.”

²³⁹⁷ Constituição italiana, art. 102, § 3.: “*La legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all’amministrazione della giustizia*”.

²³⁹⁸ PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 176: “A finalidade última da motivação, pois, é garantir, pela transparência, o *efetivo controle sobre a legitimidade do ato decisório*. Interpretando os motivos que levaram o julgador a decidir desta ou daquela forma, e num apelo ao passado, o observador pode constatar sua consonância com o ordenamento e os fins por ele propostos, o que a transforma no elemento-chave que irá distinguir o *legítimo exercício do poder* – aquele poder de que o juiz é investido e *que emana do povo e em seu nome é exercido* - da arbitrariedade.” (Reforços gráficos no original).

²³⁹⁹ De maneira especial, ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Turim: Giapicchelli, 1990. p. 13 e ss.

Direito Processual Civil. Nessa perspectiva, não se pode abonar o equívoco das teorias hermenêuticas tradicionais em cindir conhecimento-interpretação de aplicação (*applicatio gadameriana*)²⁴⁰⁰. Na teoria da decisão judicial, ante a concepção alográfica do processo de realização da norma jurídica²⁴⁰¹, há evidente conexão interna entre compreensão-aplicação: a interpretação somente se basta na aplicação, porquanto interpretar já envolve aplicar²⁴⁰². A norma é esculpida, pelo intérprete, no transcorrer do processo de concretização do Direito. De sorte que, a um só tempo²⁴⁰³, a operação interpretativa representa a comunhão indissolúvel entre o autor do texto legal (legislador) e o intérprete (doutrina ou operadores do direito). Numa locução: interpretação e aplicação não se materializam autonomamente, senão que consubstanciam um processo unitário; a interpretação do direito - inclusive olhando-se através da neblina da intenção legislativa²⁴⁰⁴, malgrado as dificuldades que emergem da circunstância de a legislatura ser um corpo coletivo -, consiste em concretizar a lei em cada caso, vale dizer, na sua aplicação. Entretanto, no contexto desse amálgama entre interpretação-aplicação da regra jurídica (e haja vista que a atividade de interpretar pressupõe uma eleição dentre as diversas possibilidades interpretativas legitimamente válidas, endereçada à sua aplicação em um caso particular), o juiz não se desonera naturalmente do discurso de justificação

²⁴⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas 4. ed. 2. tiragem São Paulo: Saraiva, 2012.p. 484. Em posição oposta, no sentido da possibilidade de cisão entre aplicação e interpretação, vide ALEXY, Robert, op. cit.

²⁴⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 81-82: “Podemos distinguir dois tipos de expressão artística: o das artes *alográficas* e o das artes *autográficas*. Nas artes *alográficas* (música e teatro) a obra apenas se completa com concurso de dois personagens: o autor e o intérprete; nas artes *autográficas* (pintura e romance) o autor contribui sozinho para a realização da obra. Em ambas (artes *alográficas* e artes *autográficas*) há *interpretação*, mas são distintas, uma e outra. A interpretação da pintura e do romance importa *compreensão* (a obra, *objeto da interpretação*, é completada apenas pelo seu autor; a *compreensão* visa à *emoção estética*, independentemente da mediação de um *intérprete*). A interpretação musical e teatral importa *compreensão + reprodução* (a obra, *objeto da interpretação*, para que possa ser *compreendida*, tendo em vista a *emoção estética*, reclama um *intérprete*; o *primeiro intérprete* compreende e reproduz e o *segundo intérprete* compreende mediante a -através da - *compreensão/reprodução* do *primeiro intérprete* (ainda que nessa *segunda* compreensão se manifeste, também, a construção de uma *nova forma de expressão*).” (Grifos no original). No que toca à interpretação de obras de arte, como objetos paradigmáticos da interpretação, vide RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 235-265.

²⁴⁰² GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. 13. edición. Salamanca: Sígueme, 2012.

²⁴⁰³ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 90.

²⁴⁰⁴ Sobre a “intenção legislativa”, vide BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito, op. cit., p. 205-232, esp. p. 212-219. Vide, também, ALEXANDER, Larry. Tudo ou nada? As intenções das autoridades e a autoridade das intenções. In: MARMOR, Andrei, op. cit., p. 537-608; DAN-COHEN, Meir. Interpretando o discurso oficial. In: MARMOR, Andrei, op. cit., p. 651-674, esp. p. 668-673.

relativamente aos critérios de escolha ou de valoração usados em seu processo exegético de criação (*rectius*, reprodução) da norma encapsulada no enunciado do texto²⁴⁰⁵.

O processo, em sua linha evolutiva, passa a representar o espaço de realização de valores fundamentais e, além de fornecer nova base metodológica, através da couraça da motivação, no marco teórico de *garantia do garantismo processual*, desempenha o papel de contenção do autoritarismo e da arbitrariedade judiciais²⁴⁰⁶. A partir da ideia de tutela constitucional do processo, a jurisdição é pensada como função essencialmente essencial, conforme as diretivas do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Porque assim é, no âmbito da definição de processo como instrumento ético-moral, democrático e técnico de resolução de conflitos intersubjetivos e coletivos, a doutrina silogística da decisão judicial, em sua dimensão de exclusividade, cede o passo à teoria da argumentação jurídica, enquanto comunicação e matriz do discurso justificativo judicial. De sorte que, por exemplo, quanto maior for o compasso de abertura da norma tanto mais intenso será o esforço argumentativo do juiz, em motivação reforçada, que leve em conta os valores e princípios constitucionais, senão também a exigência de justificação.

²⁴⁰⁵ GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 86-87: “Isso, contudo - note-se bem -, não significa que o intérprete, literalmente, *crie* a norma. Dizendo de modo diverso: o intérprete não é um criador *ex nihilo*; ele *produz* a norma - não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no sentido de *reproduzi-la*. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a *norma*) parcialmente *preexiste*, potencialmente, no invólucro do *texto*, invólucro do *enunciado*. (...) Vale dizer: a *norma* encontra-se (parcialmente), *em estado de potência*, involucrada no *enunciado* (*texto* ou *disposição*); o intérprete a desnuda. Neste sentido - isto é, no sentido de desvencilhamento da *norma* de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do *texto*, do *enunciado* - é que afirmo que o intérprete *produz a norma*. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação.” (Grifos no original).

²⁴⁰⁶ MILIONE, Ciro. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico. **XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España**: La tutela de los derechos fundamentales, Barcelona, 2013. Acesso em 15 abr. 2014. Disponível em: <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-Ciro_Milione.pdf>. p. 1-15, esp. p. 2-3: “*En realidad, la necesidad de motivar todas las resoluciones judiciales, y no sólo las sentencias, responde a una exigencia que emana del principio de legitimación democrática del poder judicial y, además, en ella se sustancia la proscripción de la indefensión. (...) En este sentido, la motivación sirve para demostrar que el fallo representa una decisión razonada en términos jurídicos y no un simple y arbitrario acto de voluntad de quien está llamado a juzgar.*”

12.2 O amor ao contraditório como expressão do princípio político da participação democrática das partes no processo dialético. Representatividade argumentativa: racionalidade do discurso justificativo judicial

Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, o princípio político da participação democrática é tão vital quanto o é o oxigênio para os seres vivos. Daí resulta, também como imperativo de cidadania, que o modo de ser do procedimento deve democraticamente abrir suas portas à oportunidade de participação das partes²⁴⁰⁷ (v. g., dinâmica dialética do pedir/alegar/provar) e “pelo juiz”²⁴⁰⁸ em contraditório, como exigência do poder-dever do órgão julgador de participar pela via de instauração de contínuo fluxo de diálogo, sob influxo dos princípios da colaboração, da boa-fé, da lealdade, da probidade processuais. A dialeticidade, como expressão de civilidade jurídica, é a pedra angular do processo justo²⁴⁰⁹. Nessa dinâmica dialógica, envolvendo juiz, partes e, sobretudo, advogados, quão emblemas da razão crítica, sobreleva o valor liberdade como poderosíssimo antídoto

²⁴⁰⁷ 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. 449-464, apr./giu. 2005, esp. p. 457-458: “*La decisione deve esprimere la migliore soluzione della controversia, e l'atto decisorio deve evidenziare in forma cristallina la sintesi dei contributi raccolti nell'esercizio del contraddittorio, anche se per rifiutare gli argomenti irrilevanti per la risoluzione della lite. In questo contesto, la concezione del contraddittorio come diritto di influenza è giustificata nello scenario della democrazia deliberativa e partecipativa. Di fatti, fra gli scopi politici del processo risalta la missione di aprirlo alla partecipazione dell'individuo alla vita politica del paese. Questo riguarda un aspetto particolare della condizione di cittadino, lo status activus processualis, che corrisponde al diritto fondamentale di partecipazione attiva nei procedimenti decisorii statali, ossia, il diritto d'influenzare la formazione delle norme vincolanti.*”

²⁴⁰⁸ Entrementes, para uma resenha das causas da insatisfatória participação do juiz no processo, confira-se, por todos, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 53-66, esp. p. 59-61.

²⁴⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di) **Opere giuridiche**, v. 1, op. cit., p. 678-690, esp. p. 683: “*Se in regime di democrazia il processo dev'essere invece un colloquio civile tra persone poste allo stesso livello umano, è facile intendere quale sia, in un ordinamento democratico della giustizia, l'importanza dell'avvocato: anzi degli avvocati, interlocutori necessari di questo dialogo. L'esito del processo e quindi la sorte della giustizia dipende dall'amichevole e leale svolgimento di questo colloquio: dalle buone realizzazioni tra i giudici e gli avvocati dipende, più che dalla bontà delle leggi, il buon funzionamento della giustizia. Già rilevai, nella prima lezione, che per il buon funzionamento del processo conta, più delle leggi, il costume giudiziario: ora i creatori di questo costume giudiziario sono per l'appunto, colla loro moralità, colla loro correttezza, colla loro reciproca comprensione, i giudici e gli avvocati. Giudici e avvocati somigliano, nel processo, a un sistema di vasi comunicanti: cultura e lealtà si mantengono costantemente, per i giudici e per gli avvocati, allo stesso livello; si innalzano o calano, per gli uni e per gli altri, in misura uguale e costante. I buoni giudici fanno i buoni avvocati, e vice-versa: i magistrati che disprezzano i difensori, disprezzano sè stessi; ma gli avvocati che non rispettano la dignità del magistrato offendono la dignità della propria toga.*”

contra todas as espécies de autoritarismo²⁴¹⁰. É necessário forjar uma consciência empírica segundo a qual, na experiência do processo, o exercício do poder jurisdicional somente se legitimará com o diálogo, com a dialeticidade, com o pluralismo de ideias contrapostas, a fim de que, ao decidir, o juiz possa haurir a realidade-síntese que pulsa entre tese e antítese.

O contraditório (saber) das partes, como singular método dialético de apuração da verdade dos fatos pelo juiz, deriva de sua própria imparcialidade e probidade, valendo notar que a adequada audiência bilateral não prescinde de que se proporcionem às partes as mesmas oportunidades de acesso à Justiça e de exercício do direito de defesa (essencial paridade de armas). A bilateralidade da audiência (*audiatur et altera pars*) tem como premissa o tratamento igualitário das partes no processo. Ante as multifárias desigualdades dos sujeitos parciais (culturais, sociais, econômicas), o juiz tem o dever de equalização, seja no acesso à Justiça, seja no exercício do direito fundamental de defesa. E não valerá objetar que a imparcialidade do juiz, ou o mito de sua neutralidade, exhibe a dimensão de alforriá-lo de semelhante empreitada; antes, ao contrário, o órgão julgador, sem que se lhe exija a feitura de benemerência e na medida do que for praticamente possível, haverá de promover a compensação das desigualdades com a finalidade de assegurar a efetiva paridade de armas entre os litigantes. Sob o ângulo de mirada da instrumentalidade negativa, o processo não se constitui em um fim em si mesmo e, por isso, é infenso a ser fonte geradora de direitos materiais²⁴¹¹. A necessária intervenção do órgão julgador, com inspiração igualitária, tem duplo escopo: (i) tornar a Justiça acessível para todos e, (ii) como anteparo, impedir que uma parte prepondere apenas pela destreza, cultura ou império econômico.

No influxo da preponderante ideologia publicista do processo, cumpre ao juiz despir-se de conduta passiva, caracterizada pela mera recepção de informações, para, inversamente, assumir papel ativo, instaurando interlocução humana com as partes, em comunicação oral ou escrita, de mão e contramão (dupla direção), tendente à construção intelectual conjuminada da decisão. No modelo constitucional de processo, o juiz não mais se adstringirá, em silêncio sepulcral, a ouvir as partes, senão que, sob inspiração da humanização do procedimento²⁴¹²,

²⁴¹⁰ CALAMANDREI, Piero. La dialetticità del processo, op. cit., p. 684 e 691: “*Gli avvocati nel processo rappresentano la libertà; sono il simbolo vivente di quello che forse è il principio vitale delle democrazie moderne: che per arrivare alla giustizia bisogna passare attraverso la libertà; che la libertà è lo strumento indispensabile per conquistare una maggior giustizia. (...) Questo binomio “Giustizia e Libertà” vale come premessa indispensabile anche per il funzionamento del contraddittorio giudiziario.*”

²⁴¹¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 47-48.

passará a compartilhá-lo dialogicamente. Noutro dizer, no ambiente democrático e participativo do processo, o diálogo humano, profícuo e construtivo, entre juiz e partes, e vice-versa, com projeção sobre a qualidade do conteúdo material da motivação, tornar-se-á um dos principais vetores de julgamento intrinsecamente dotados de adequado predicado técnico: a tutela jurisdicional, qual uma rosa, exalará o perfume da efetividade e da legitimação ao exercício da função jurisdicional²⁴¹³. O sistema da oralidade no procedimento, animado pelo contraditório, dotado de estrutura dialética e plasmado pela comunicação verbal entre juiz e partes, traduz prestimosa ferramenta operacional do julgador, na realização dos valores constitucionais, tendo como centro de gravidade axiológico a dignidade da pessoa humana²⁴¹⁴ e mola propulsora a eficácia concreta dos direitos fundamentais.

Note-se bem - e o ponto é de superlativa importância - que, sob o ângulo de mirada qualitativo, a participação dialética das partes e do juiz no procedimento, tendo-se em conta seu dever de consulta conexionado ao princípio da colaboração, passou a significar o traço característico do contraditório, desde a colheita do material probatório (prova e contraprova), até a interlocução contínua concernente às questões ou pontos de fato e de direito relevantes da demanda que o juiz pretenda utilizar como fundamento de sua decisão²⁴¹⁵. Todos os perfis fático-jurídicos do processo hão de se submeter necessariamente ao filtro purificador do contraditório. É mais do que a dinamicidade dialética do processo civil, através da fecunda polémica dos argumentos: tese e antítese. Portanto, é a integração do juiz ao quadrante lógico do contraditório, juntamente com as partes, em contínuo tráfego de comunicação oral, como nota essencial de uma concepção democrática do poder jurisdicional.

²⁴¹² SENTIS MELENDO, Santiago. **Estudios de derecho procesal**. Buenos Aires: EJE, 1967, p. 237: “*Es necesario que, en el desarrollo del proceso, se hable cuando en la vida real la gente se entiende hablando.*”

²⁴¹³ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico-práctica. In: REDONDO, María Cristina (Org.). **Estado de Derecho y decisiones judiciales**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 1-13, esp. p. 2: “*La legitimidad de la decisión judicial no se presume; no es meramente formal, o por razón de la investidura; tiene que acreditarse mediante la incorporación de una ratio decidendi de calidad; y, como no podría ser de otro modo, la carga de hacerlo pesa directamente sobre el juez.*”

²⁴¹⁴ No tocante à ideia de dignidade humana e às concepções kantianas de “*agentes morais, dotados de autonomia, de responsabilidade*” e de “*subjetividade constitutiva*”, as quais propiciaram a abertura da modernidade filosófica, o sujeito como base do conhecimento e não mais o mundo, vide MILOVIC, Miroslav. KANT, Emmanuel. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 498-501, esp. p. 499.

²⁴¹⁵ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 150: “*Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo.*”

Nessa ambiência de dialeticidade participativa, de teatro de colaboração e de cooperação intersubjetiva (bifronte: dever das partes de cooperar com o juízo²⁴¹⁶ e o correlato dever do juiz de consulta e de cooperação com as partes)²⁴¹⁷, o órgão judicial haverá de primar pelo tratamento isonômico entre as partes, pela estrita paridade de armas entre elas, proporcionando-lhes simétricas e reais oportunidades, proporcionais e concretas chances: reconstrução da realidade fenomênica perante o juízo (*scilicet*, através de adequada atividade probatória), constante fluxo e influxo argumentativo.

Somem-se a eficácia concreta dos direitos fundamentais e o princípio político da participação democrática, pois que o contraditório assegura às partes o direito de influir (*Einwirkungsmöglichkeit*), através do exercício das faculdades, dos direitos e dos poderes hospedados na relação jurídica processual²⁴¹⁸, como peculiar expressão da democracia deliberativa no âmbito do processo²⁴¹⁹, concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz²⁴²⁰ e na formulação das decisões judiciais²⁴²¹. O contraditório implica uma

²⁴¹⁶ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

²⁴¹⁷ Sobre a exigência de o juiz também participar em contraditório, mediante diálogo, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação** - Fundamentos do processo civil moderno. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 1. p. 135: “O *juiz mudo* tem também algo de *Pilatos* e, por temor ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça.” (Grifos no original).

²⁴¹⁸ No tocante à legitimação pelo procedimento, vide DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 77: “O que caracteriza fundamentalmente o *processo* é a celebração *contraditória* do procedimento, assegurada a participação dos interessados mediante exercício das faculdades e poderes integrantes da relação jurídica processual. A observância do procedimento em si próprio e dos níveis constitucionalmente satisfatórios de participação efetiva e equilibrada, segundo a generosa cláusula *due process of law*, é que legitima o ato final do processo, vinculativo dos participantes.” (Grifos no original).

²⁴¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 456: “*Tuttavia, non si può ignorare l’innegabile interesse pubblico alla motivazione delle decisioni. Quest’interesse si mostra nel controllo dell’attività giurisdizionale (ad opera delle istanze superiori nella revisione della materia decisa, ed anche da parte della società con la censura pubblica alla giurisprudenza) e nella garanzia della partecipazione politica attraverso il processo. 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. Il giudice, all’interno delle sue prerogative funzionali, può considerare errati gli argomenti usati dalle parti, ma deve, per quanto riguarda il diritto di influenza, prenderli in considerazione, facendo menzione espressa delle tesi proposte dai soggetti processuali.*”

²⁴²⁰ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. 2. p. 321: “(...) impõe-se que o magistrado dê legitimidade à sua tarefa. É aí que surge a necessidade da justificação quanto à formação da sua convicção e, pois, a exigência de fundamentar a sua decisão.”

²⁴²¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**, v. 1, op. cit., p. 449.

limitação aos poderes do juiz, no sentido de que o desenvolvimento das próprias razões de defesa pelas partes haverá de anteceder o exercício dos poderes do juiz. Não se trata, como bem se compreende, de mera faculdade discricionária do órgão julgador, mas de verdadeiro poder-dever censurável, em caso de violação, como vício *in procedendo*, de proporcionar o prévio contraditório²⁴²², mesmo em relação às questões de fato e/ou de direito que lhe franqueiam conhecimento de ofício²⁴²³, evitando-se, assim, decisões “*a sorpresa*”²⁴²⁴.

A presunção judicial, construída pelo juiz com base em regras de experiência comum²⁴²⁵, também há de se abrir à participação das partes, submetendo-a previamente ao crivo do respectivo contraditório. A não ser assim, estar-se-á violando o contraditório, o direito de defesa e o devido processo legal. Ademais, em casos tais o juiz deve justificar explicitamente a construção da presunção judicial (v. g., por que escolheu determinada regra de experiência comum; por que lhe conferiu aquela interpretação; por que a entendeu aplicável ao caso concreto). Toda e qualquer dedução do órgão julgador, precedida de indispensável consulta às partes, deve ser expressamente fundamentada, sob pena de deslegitimação da decisão judiciária.

A doutrina de constitucionalização do processo modernizou o conteúdo do contraditório. No momento de hodierno, fala-se, também, em visão cooperativa da dinâmica

²⁴²² CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. **Il Foro Italiano**, Roma, Parte Quinta (Monografie e varietà), anno 124, v. 122, p. 1-10, gen. 1999, esp. p. 3: “*Ciò significa valorizzare e accrescere gli spazi di collaborazione tra giudice e parti, al fine di realizzare un approfondito confronto su tutto il materiale immesso nel “laboratorio processuale” (...).*”

²⁴²³ GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. **Rivista di diritto processuale**, Padova, anno 65, n. 4, p. 826-848, lug./ago. 2010, esp. p. 826: “*Se è vero che il giudizio è un actus trium personarum che si svolge nel dialogo fra le parti e il giudice, risulta senz’altro condivisibile, se non addirittura necessaria, l’idea secondo la quale deve ritenersi vietata qualsiasi forma di «solipsismo processuale» del magistrato, di guisa che ogni qual volta lo stesso decida di rilevare ex officio una questione pertinente al giudizio, ovvero di esercitare i poteri istruttori ufficiosi riconosciutigli dalla legge, egli è tenuto a concedere alle parti, anche qualora siano decorsi i termini di preclusione e decadenza, la possibilità di spiegare le difese che siano la conseguenza di quel rilievo o di quell’ammissione probatoria: ciò in ossequio al principio del contraddittorio, oggi sancito dall’art. 111, comma 2°, Cost., ma già ampiamente ricavabile anche in passato dall’art. 24, comma 2°, Cost., principio che il giudice deve far rispettare e rispettare a sua volta.*”

²⁴²⁴ DELFINO, Lúcio, op. cit., p. 47: “*Com alicerces nesse viés, relacionado à legitimidade e ao controle da própria jurisdição e de seu resultado, aviva-se o entendimento centrado na invalidade de decisões-surpresa, referentes a questões fáticas e/ou jurídicas, porque atentatórias ao contraditório em sua acepção dinâmica – e, portanto, atentatórias à própria democracia.*” (Grifos no original).

²⁴²⁵ Código de Processo Civil brasileiro de 1973, art. 335: “*Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*” Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 382: “*O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.*”

processual. Nesse contexto, o princípio da cooperação intersubjetiva²⁴²⁶ é o motor de arranque da integração entre juiz e partes, no fito de uma melhor qualidade técnica do pronunciamento jurisdicional. De regra, entra em cena o interesse comum em fazer-se, de forma satisfatória, a resolução do conflito, com justiça. Portanto, a garantia do contraditório, coligada à essência do fenômeno processual, de alcance ético-ideológico, como meio de influenciar concreta e eficazmente na convicção intelectual do juiz e na sua decisão, vincula-se à colaboração/cooperação entre partes e juiz, e vice-versa, como também ao diálogo humano entre juiz e demais sujeitos do processo.

Por singular fortuna, em sua linha evolutiva, o contraditório experimentou formidável revalorização, através da recuperação de sua concepção clássica jusnaturalista, como ferramenta operativa do Juízo e cerne essencial do processo²⁴²⁷. O foco primacial é o Juízo, pois que o contraditório purificou-se de sua função de instrumento de luta entre as partes, assumindo, como técnica dialética, argumentativa e justificativa, o papel de protagonista do Juízo²⁴²⁸.

A motivação da sentença no processo, seja ele de que natureza for (civil, penal, trabalhista), como bem se compreende, é garantia inerente ao Estado Constitucional Democrático de Direito. Constitui requisito (*rectius*, elemento) essencial da estrutura da sentença. Daí se segue necessariamente que, como penhor para os litigantes e, difusamente, para os jurisdicionados, os sistemas jurídicos, nalguns em sede constitucional²⁴²⁹, impõem ao órgão julgador que, em seu discurso, justifique os critérios de escolha ou de valoração empregados na decisão, ou seja, ministre as razões que condicionaram sua convicção no tocante às questões ou pontos fáticos e jurídicos relevantes para o julgamento do conflito.

O escopo principal do discurso judicial, mais do que o controle *ex post* do processo de formação da convicção do juiz, é o de servir de instrumento de controle jurídico e racional da

²⁴²⁶ Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, art. 5º: “As partes têm direito de participar ativamente do processo, *cooperando* com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência”.

²⁴²⁷ PICARDI, Nicola. **Torniamo al giudizio?** La giurisdizione all'alba del terzo millennio. Milano: Giuffrè, 2007, p. 246: “*Vista in prospettiva, la suggestiva esortazione “torniamo al giudizio” ha rappresentato un chiaro segno del ridestarsi dell’interesse del giurista per i meccanismi di formazione del giudizio e, primo fra tutti, per il contraddittorio e la collaborazione delle parti nella ricerca della verità. Anzi, data l’intima “connaturalità” fra il processo e il giudizio, è stata in tal modo aperta la via per recuperare giudizio e contraddittorio e fare di essi, ancora una volta, i momenti centrali dell’esperienza processuale*”.

²⁴²⁸ *Ibidem*, p. 248: “*Una volta spostato l’angolo visuale sul giudice, il contraddittorio diviene il cardine della ricerca dialettica condotta con la collaborazione delle parti*”.

²⁴²⁹ Por exemplo: Constituição Federal brasileira, art. 93, inciso IX, e Constituição italiana, art. 111, § 6º.

correção da decisão. Em semelhante contexto, o que se exige é uma justificação racional²⁴³⁰ resultado da atividade judicial e consubstanciada no ato de vontade e de inteligência estatal. É o reino dos porquês: o juiz deve explicitar razões, a uma, por que os fatos relevantes da causa foram conformados daquele modo; a duas, por que entendeu que era aplicável aquele dispositivo legal, por que lhe abonou aquela interpretação. Há de demonstrar que a fundamentação não apenas é formalmente correta, senão também é substancialmente aceitável. Numa locução: sentença referenciada a um *standard* de motivação, no qual o juiz, atento às coordenadas do pensamento racional, com a responsabilidade de refrear o fluxo das palavras a uma medida (admirável tradição retórica da Antiguidade greco-romana)²⁴³¹, de forma escoreita e clara, em estilo direto e objetivo, sem contradições, obscuridades, omissões, com consistência de atributos e de demonstrações. Na motivação o juiz deve prestar contas dos critérios de escolha ou de valoração que foram utilizados para a resolução do conflito, no âmbito de processo nutrido de meios e de fins justos (*fair hearing*).

A regra de ouro é que motivação intrinsecamente há de ser idônea para permitir que as partes entendam as razões postas como fundamento da decisão. Disso resulta a indispensabilidade de o discurso utilizar critérios objetivamente controláveis. A não ser assim, haveria burla ao dever constitucional de motivação²⁴³².

Numa perspectiva interna do processo, e sob o prisma do princípio da livre convicção do juiz, a motivação desempenha importante função técnico-jurídico-instrumental, dêis que se erige em ponte entre a decisão e sua impugnação, a par de permitir, *in concreto*, a valoração das garantias constitucionais do processo, tais como acesso à Justiça, igualdade substancial, independência, imparcialidade, contraditório, ampla defesa, inadmissibilidade de utilização de provas adquiridas ilícitamente, duplo grau de jurisdição, devido processo legal. As razões justificativas explicitadas pelo juiz, alocadas na base de sua decisão, têm por finalidade

²⁴³⁰ PERELMAN, Chaim. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. (Justiça e direito). p. 171: “Essa concepção da justificação nos conduz à conclusão de que ela ocorre sempre num contexto em que se reconhece a existência de razões que nos permitem orientar nossos atos, nossas decisões e nossas atitudes; a justificação não se exerce num vácuo espiritual, mas é inserção num âmbito prévio, pelo menos se rejeitarmos a ideia de uma justificação absoluta. Esse âmbito é um dado de fato que não se pode ignorar, pois toda justificação é relativa a um contexto. Esse próprio contexto não é inabalável, e cada um dos seus elementos seria suscetível de contestação se razões efetivas pudessem ser invocadas para tanto. Dizemos, pois, que justificar é refutar objeções a respeito de um ato ou de uma atitude.”

²⁴³¹ Não parece duvidoso que, dentre muitas outras, a amostra expressiva seja a retórica aristotélica. ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: EDIPRO, 2011.

²⁴³² VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile**: parte generale. 6. edizione. Napoli: Jovene, 2002. p. 8: “Si può osservare che se il discorso giustificativo della decisione, nel quale si concreta la motivazione, non fosse condotto utilizzando strumenti obiettivamente controllabili, e perciò razionali, il dovere imposto dalla norma costituzionale sarebbe chiaramente eluso.”

imprimir plena, efetiva e concreta atuação a tais garantias: não apenas se a sentença é justa, senão também se ela apresenta erro na formulação da solução das questões de fato (*e. g.*, se o juiz avaliou illogicamente uma prova documental) e/ou de direito (*e. g.*, se o juiz errou ao individualizar, interpretar e aplicar uma regra ou um princípio jurídico).

Reafirme-se que a garantia fundamental da obrigatoriedade de motivação pública das decisões judiciais é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito. Conducente sustentar a posição teórica de que a motivação é a *garantia do garantismo processual*, posto que a decisão jurisdicional deve estar respaldada por um discurso justificativo, no qual se concretiza a motivação, apto a evidenciar, racionalmente, em cada caso concreto, a efetiva observância daqueles outros penhores do processo.

Já agora na dimensão externa do processo, avulta a função político-garantística da motivação, iluminada pelo princípio da publicidade, a franquear adequada possibilidade de controle social, democrático e difuso, sobre a concreta administração da justiça (*v. g.*, imparcialidade do juiz e adstrição, em regra, à juridicidade), constituindo-se, pedagogicamente, em *standards* de conduta social²⁴³³, além de tonificar a confiança do povo em seu sistema de Justiça, como vetor de coesão social²⁴³⁴. De sorte que, sob a ótica extraprocessual (função eminentemente política do dever de motivar), a motivação é um campo de efetiva participação popular à administração da Justiça, possibilitando, a quem não seja parte no processo, a verificação dos modos e dos critérios com os quais o juiz decide uma demanda judicial. A finalidade da motivação, a par de evidenciar a razoabilidade da decisão, está na justificação do *quomodo* do exercício do poder pelo juiz. Consente, por isso mesmo, que a coletividade possa exercer controle sobre a “*obra*” de membro de um dos poderes fundamentais do Estado²⁴³⁵.

²⁴³³ FERNANDES, José Henrique Lara. **A fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 52-53: “Merece destaque, outrossim, a função pedagógica da prestação jurisdicional, apontando para a sociedade o caminho correto a ser seguido, diante das perplexidades geradas pelo fato ou pela norma em conflito. (...) E é através da fundamentação que se torna efetivo o imprescindível papel pedagógico inerente aos pronunciamentos judiciais.”

²⁴³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p. 162-173, esp. p. 171: “Esse clima de respeitabilidade da Justiça e confiabilidade no modo como é conduzida neutraliza em medida satisfatória a força centrífuga representada pelo alto preço, demora, formalismo, impunidade. E, mesmo sem crer na eficiência da Justiça, a população confia na sua idoneidade; mesmo preferindo não recorrer a ela, sabe que em nada mais poderá confiar, quando não contar com ela. Por isso, acata-a. E nisso reside a legitimidade do poder exercido *sub specie jurisdictionis*, que opera como fator de manutenção das regras sociais de convivência e de garantia contra as inevitáveis tendências à desagregação social e das metas coletivas.”

²⁴³⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, *op. cit.*, p. 79-80: “Por isso que nos regimes democráticos a legitimação dos membros do Judiciário - que não resulta da forma de

Nessa perspectiva, a motivação experimenta uma dimensão genuinamente político-garantística, como passaporte de controle social sobre o exercício da função jurisdicional. Vale notar, entretanto, que a técnica jurídico-processual mostra visíveis sinais de impotência, para, por si só, nortear o juiz na elaboração da motivação da sentença. A teoria da argumentação - nutrida pela Filosofia do Direito, pela Filosofia Moral -, como ferramenta de atenuação do rigor formal do positivismo jurídico, serve a municiar o órgão julgador, no escopo de aprimoramento qualitativo da motivação (problema que se conexas com o contínuo aperfeiçoamento da formação do magistrado)²⁴³⁶, de efetividade da tutela jurisdicional e, ao fim e ao cabo, de concreção do ideário de paz social, com justiça material.

Quer-se dizer que não se pode visualizar a motivação, de forma estanque, sob o aspecto puramente conceitual (como silogismo jurídico, uma espécie de álgebra do direito), sob a ótica simplesmente hermenêutica (como exteriorização do itinerário percorrido pelo juiz para determinar o sentido da regra²⁴³⁷, a fim de aplicá-la ao caso particular) ou sob o prisma exclusivamente argumentativo (o texto da motivação tenderia ao “convencimento” das partes ou de determinada assistência de que a decisão é jurídica e racionalmente correta). Daí descende que o discurso justificativo da decisão jurisdicional, no qual se concretiza a

investidura no cargo – só pode derivar do *modo* pelo qual é exercida a sua função. Isso quer dizer que, para ser legítima, a atividade judiciária deve ser exercida com respeito às garantias da *justiça natural*: o juiz não age de ofício, nem em causa própria, e a sua decisão é um ato que nasce do diálogo *entre* as partes e *com* as partes, que são destinatárias da decisão. Como uma espécie de prestação de contas desse modo de atuar, a motivação das decisões judiciais adquire uma conotação que transcende o âmbito próprio do processo para situar-se, portanto, no plano mais elevado da *política*, caracterizando-se como o instrumento mais adequado ao controle sobre a forma pela qual se exerce a função jurisdicional. (...) Isso implica que os destinatários da motivação não sejam somente as partes, seus advogados ou os juízes superiores que irão apreciar eventuais impugnações, mas também a *opinião pública*, ou seja, o próprio povo em nome do qual a sentença é pronunciada. Na democracia, como argutamente observou Ramat, a opinião pública é o *juiz natural* da magistratura.” (Grifos no original).

²⁴³⁶ Como fator de legitimação das decisões judiciais - sobre enfatizar a imparcialidade do juiz, a aceitabilidade social da decisão concernente ao raciocínio judicial, o diálogo democrático do Poder Judiciário com a sociedade em geral -, no viés do aperfeiçoamento da formação dos magistrados e na perspectiva do expressivo papel da universidade, vide MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XX: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil**: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132-155, esp. p. 153: “A universidade, por outro lado, não deve ser aliada desse processo de aperfeiçoamento dos magistrados, seja através de cursos próprios ou de convênios e intercâmbios a serem mantidos com as instituições judiciárias, com o que os dois segmentos estariam lucrando, na medida em que ambos são portadores de um significativo manancial do conhecimento humano e jurídico, seja pelos programas de pós-graduação, onde a pesquisa e, portanto, o debate crítico e democrático encontra espaço fértil para enfrentar tema de tamanha relevância jurídica, social e política como a democratização do Poder Judiciário e a legitimação de suas decisões.”

²⁴³⁷ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito, op. cit., p. 303-418, esp. p. 328: “o significado da regra está sempre “esperando para ser capturado”.”

motivação, bem pesadas as coisas, é empiricamente uma mescla dessas três concepções de fundamentação, ou métodos de trabalho do juiz.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e justa não se compraz com qualquer resposta do Estado-juiz, senão que, à luz das peculiaridades de cada caso concreto, a decisão judiciária deve primar pela juridicidade e racionalidade. Este ponto é nodal: o Estado tem o dever de se relacionar com seus cidadãos de forma racional, em obséquio aos valores que, contemporaneamente, guardam relação simbiótica com o princípio de justiça (v. g., dignidade humana, igualdade efetiva). Quando o juiz se desincumbe do dever de dar contas, irradia-se a legitimidade da decisão judicial, exprimindo, dia após dia, a justificação do exercício do poder no caso concreto²⁴³⁸.

A sentença, como expressão de vontade e de inteligência do Estado-juiz, é fruto do exercício de um poder público. A motivação exhibe a virtude de comprimir o exercício da jurisdição estatal (ou privada, como na arbitragem, mesmo que por equidade, cuja sentença também está submetida incondicionalmente à exigência de motivação). O dever de prestar contas, no espaço da motivação, é um poderoso antídoto contra o autoritarismo²⁴³⁹, a arbitrariedade irracional²⁴⁴⁰ e a parcialidade judiciais²⁴⁴¹, além de consubstanciar concentração argumentativa²⁴⁴², da qual descende a legitimação do exercício da jurisdição,

²⁴³⁸ TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Motivação judicial sob a perspectiva ética. In: **Princípios de la ética judicial iberoamericana: Motivación judicial**. (Colección Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Série Monografías Premiadas, v. 4). México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación; Cumbre Judicial Iberoamericana; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012. p. 1-33, esp. p. 5: “Como a legitimidade daqueles que operam a relevante função de dizer o direito em casos concretos não é de origem, mas de exercício, põe-se a necessidade do estabelecimento de certas exigências relativas ao modo como essa função deve ser desempenhada. O juiz do modelo constitucional não pode ser nem um oráculo, nem uma pitonisa, senão um operador racional, que motiva suas decisões com base em argumentos dotados de validade intersubjetiva.”

²⁴³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 18: “Mas um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, ou seja, isto que Merryman apelida, com expressão que oculta um pouco o seu conteúdo ideológico, de falta de “organização racional” mas que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania.”

²⁴⁴⁰ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 273: “*la exigencia de motivación constituye una garantía esencial del justiciable mediante la cual se puede comprobar que la resolución judicial es el resultado de una exégesis racional de ordenamiento jurídico y no fruto de la arbitrariedad, irrazonabilidad o, como en alguna sentencia se ha dicho, del “absolutismo judicial”.*”

²⁴⁴¹ ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? **Revista de Derecho**, Valdivia, v. 15, p. 9-35, dez 2003, esp. p. 13: “*La exigencia de fundamentación se constituye así, para las partes del proceso, en una garantía que les permite constatar que su situación jurídica ha sido evaluada por el juez con imparcialidad y sin arbitrariedad.*”

²⁴⁴² AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v. 10, n. 2, p. 317-338, 2. sem. 2010, esp. p.

máxime a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais em baldrame racionalmente estruturado²⁴⁴³, e em sistemas jurídicos, como o brasileiro, em que juízes, escolhidos por concurso público de provas e títulos, apresentam investidura técnica, sendo a magistratura profissional e burocrática. De resto, não são eleitos pelo povo, vale dizer, indigentes de unção pelo sufrágio universal que flui da soberania popular²⁴⁴⁴. Na realidade, o juiz exerce seu poder por delegação do povo, em cujo nome as decisões jurisdicionais são pronunciadas²⁴⁴⁵.

A consistência lógico-argumentativa da motivação é importante não só como discurso justificador da decisão, senão também, e sobretudo, como certificação de que, em sua elaboração, o juiz levou em conta as alegações, provas e contraprovas produzidas pelas partes. É voz corrente, na doutrina especializada, que a motivação não serve para justificar a própria decisão, sob pena de transformar-se em uma garantia puramente formal e ilusória. Portanto, o ponto nevrálgico é o seguinte: a motivação deve evidenciar *quantum satis* que o órgão julgador respeitou plenamente a garantia do contraditório, como expressão magna do direito de defesa e do princípio político de participação democrática das partes. O tema se reveste de invulgar importância, pois que, para além de refletir mero componente formal da sentença, a motivação, em perspectiva substancial, é o ambiente de realização plena, de verificação *in concreto* e de derradeira manifestação de todas as demais garantias constitucionais do processo equo e justo.

324-325: “Partindo do fato de que as decisões podem e devem ser justificadas, as teorias da argumentação refutam as idéias de que (i) as decisões não precisam ser justificadas porque partem de uma autoridade legítima ou são simples resultados de aplicação de normas gerais (determinismo metodológico) e (ii) de que as decisões não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade (decisionismo metodológico). A primeira idéia - determinismo metodológico - resta há muito superada, primeiro porque no Estado Democrático de Direito a legitimidade da decisão judicial é argumentativa, devendo-se justificá-las para torná-las aceitáveis pela sociedade pluralista – que não mais tem na tradição e na autoridade fontes de legitimidade. Segundo, pela própria constatação de que a aplicação do Direito exige muito mais do que podem fornecer os processos dedutivos típicos das operações de silogismo formal.”

²⁴⁴³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 574: “A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a idéia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão. À luz dessa reflexão, a institucionalização de uma jurisdição constitucional cujas decisões sejam passíveis e carentes de fundamentação e crítica em um discurso racional no âmbito dos direitos fundamentais é algo inteiramente racional.”

²⁴⁴⁴ Constituição Federal brasileira de 1988, Parágrafo único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo,” Assim também, Constituição italiana de 1947, art. 1º, § 1º: “*La sovranità appartiene al popolo,*”.

²⁴⁴⁵ Constituição italiana de 1947, art. 101, § 1º: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*”

12.3 Motivação: ápice do diálogo judicial e da humanização do processo. A justiça material animada na sentença e sua legitimidade

Faz-se mister esculpir um novo costume judiciário. O contraditório implica a necessidade de o juiz dialogar com as partes (através, em regra, de seus advogados), em sentidos vetorialmente duplos. É a humanização do processo²⁴⁴⁶, pelo fio lógico-condutor do diálogo humano²⁴⁴⁷, através da integração do juiz às estruturas dialéticas, nas quais se materializam as exigências próprias do contraditório, juntamente com as partes, em constante fluxo de comunicação oral²⁴⁴⁸, que é a mais perfeita, por permitir impressões pessoais imediatas e diretas. Não é outro o significado atual do princípio da oralidade, o qual, na centenária visão chiovendiana, exhibe a virtude de contribuir para a formação de uma Justiça intrinsecamente melhor. O categórico diálogo judicial (*Verfassungsgebot zum Rechtsgespräch*) tem o condão de converter o juiz em “partícipe” da causa; poderá geri-la e dirigi-la com maior precisão, por melhor conhecer sua anatomia. O juiz, assim “participante”, terá em mãos as rédeas do processo, permitindo-lhe dominá-lo com maior eficiência e, de conseguinte, proferir decisão mais justa e aderente à realidade fática subjacente à causa.

²⁴⁴⁶ No prefácio da tradução alemã da 3ª edição de sua obra “Elogio dei giudici scritto da un avvocato”, vide CALAMANDREI, Piero. Anche i giudici sono uomini. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di) **Opere giuridiche**, v. 2, op. cit., p. 478-481, esp. p. 481: “*Ma in tutto il libro, qualunque sia il tempo in cui le pagine sono state scritte, è rimasta costante e invariata una convinzione: che il buon funzionamento della giustizia dipende dagli uomini e non dalle leggi, e che l’ottimo sistema giudiziario è quello in cui i giudici e gli avvocati, legati da reciproca fiducia, cercano la soluzione dei loro dubbi, più che nella pesante dottrina, nella viva e fresca umanità. Il significato di tutto il libro è quella sigla che fino dalla prima edizione italiana torna, come un motivo ricorrente, ad ogni fine di capitolo: la bilancia che su un piatto porta dei grossi volumi in folio, e dall’altro la lieve gentilezza di una rosa: e si vede che in quella bilancia, in contrasto colle leggi fisiche, la rosa pesa più dei grossi libri. Affinchè la giustizia funzioni umanamente, bisogna che la bilancia penda dalla parte della rosa.*”

²⁴⁴⁷ CALAMANDREI, Piero. Relazioni di buon vicinato tra giudice e difensori. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**, v. 2, op. cit., p. 403-411, esp. p. 403: “*Il nuovo codice, com’è risaputo, ha messo in più stretto contatto, nel periodo dell’istruzione, i giudici e i difensori: le loro relazioni, che nel vecchio processo si svolgevano a distanza, attraverso la solennità dell’udienza dove gli umori personali rimanevano mortificati sotto la compassata uniformità della toga, oggi si sono ravvicinate fino a diventare una conversazione a tu per tu, che lascia riaffiorare gli estri e le sorprese del discorso vivo. Naturalmente non sta al codice dettar le regole di questo dialogo, e segnare i limiti che non si debbono varcare affinché la confidenza e la sincerità non sacrificino la discrezione ed il reciproco rispetto: queste sono questioni di buona creanza, non di procedura.*”

²⁴⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo, op. cit., p. 458-459: “*(...) il diritto d’influenza giustifica i principi dell’oralità e dell’immediatezza (identità fisica del giudice). Il dibattito attraverso la parola orale umanizza le manifestazioni dei soggetti processuali con la concezione che l’influenza può anche essere esercitata per mezzo dell’emozione e dei sentimenti, che soltanto personalmente - e non colla freddezza degli archivi giudiziari - possono essere trasmessi.*”

O contraditório como dever põe em relevo a oralidade na estruturação do procedimento²⁴⁴⁹, a potencializar melhor participação e publicidade²⁴⁵⁰: a palavra oral é o meio mais sublime e eficaz de comunicação humana. Ademais, anaboliza a garantia fundamental de publicidade dos atos processuais, por consentir o controle social concernente à aferição do dever judicial de observar o contraditório e de dialogar no processo com as partes. Não por acaso, a publicidade do processo é penhor de modelo de Justiça democrática e protetora da liberdade individual contra o autoritarismo e a arbitrariedade judiciais. Nesse contexto, a oralidade desempenha proeminente papel, porque, como é intuitivo, apenas um julgamento oral é suscetível de ser genuinamente franqueado ao público, permitindo que os indivíduos tenham, de forma direta e imediata, ao alcance de seus sentidos, percepções concernentes aos fatos e conjunturas condicionantes das premissas lógicas da decisão. A publicidade é, pois, imprescindível instrumento de controle social sobre o concreto exercício da jurisdição.

A oralidade também se projeta sobre a motivação analítica das decisões judiciais, com justificação racional. A motivação argumentativa é o derradeiro teste de sensibilidade do contraditório²⁴⁵¹, no sentido de que o teor das razões justificativas denuncia se, de verdade, o juiz o concretizou, considerando e sopesando, uma a uma, todas as questões e alegações relevantes aduzidas pelas partes em defesa de suas posições jurídicas ativas ou passivas. Sob o influxo dos princípios da colaboração e da cooperação intersubjetiva - os quais ostentam função legitimadora da atividade decisória do juiz, sob pena de total esvaziamento do contraditório e do direito de defesa -, ao juiz cumpre levar em conta, na fundamentação da decisão, todas as alegações salientes das partes concretamente produzidas. Não à irrefreável discricionariedade do juiz. O controle da racionalidade da decisão reclama que o órgão julgador responda aos argumentos fático-jurídicos postos, contrapostos e debatidos pelas partes em contraditório. A ser diferente, afigura-se impossível aferir se efetivamente o juiz conferiu concretude ao contraditório das partes, através da chave do diálogo judicial

²⁴⁴⁹ Averbe-se, à guisa de ilustração, que a oralidade tem assento nas Constituições da Espanha (art. 120, 2), da Dinamarca (art. 65, 1) e da Áustria (art. 90, 1).

²⁴⁵⁰ VESCOVI, Enrique. “Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el proceso por audiencia pública”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coords.). **Participação e Processo**, op. cit., p. 370-371.

²⁴⁵¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães, op. cit., p. 100: “Na significativa observação de Colesanti, a garantia da motivação representa a *última manifestação do contraditório*, pois o dever de enunciar os motivos do provimento traduz-se, para o juiz, na obrigação de levar em conta os resultados do contraditório e, ao mesmo tempo, demonstrar que o *iter* de formação do provimento desenvolveu-se à luz da participação dos interessados.” (Reforços gráficos no original).

cooperativo, como expressão, no processo humanizado, do primado da dignidade humana²⁴⁵². É precisamente o jogo dialético das partes que conformará uma decisão mais adequada, efetiva e justa²⁴⁵³. A organização do processo não pode prescindir da exigência do contraditório entre as partes, em cujo contexto também está necessariamente inserido o juiz, como traço característico do modo de ser do processo equo e justo.

Nesse passo, é útil abrir-se um parêntesis para dizer que, desde uma perspectiva democrática, a legitimação (indireta) da função judiciária resulta, em uma ideologia constitucional, de fatores sortidos: independência e imparcialidade do juiz, inamovibilidade, responsabilidade, sujeição ao ordenamento jurídico, publicidade, oralidade, contraditório, obrigatoriedade de motivação das decisões²⁴⁵⁴. Fecha-se o parêntesis.

Agora bem, a motivação importa o clímax do diálogo judicial e a apoteose da humanização do processo. O dever de fundamentação da sentença (como, de resto, qualquer outra decisão de cunho decisório) consubstancia a derradeira manifestação do contraditório, por possibilitar que as partes possam se certificar de que foram efetivamente ouvidas e que, em última análise, puderam influir na conformação da decisão²⁴⁵⁵. Donde a dialeticidade do procedimento não se exaurir na formal participação das partes em contraditório. Assim sendo, em visão sistêmica e coerente da ordem jurídico-constitucional, há irrefreável entrelaçamento entre a garantia fundamental ao contraditório e o dever de motivação das decisões jurisdicionais²⁴⁵⁶, a expressar traço característico do processo justo²⁴⁵⁷.

²⁴⁵² Ao propósito do contraditório como expressão, no processo humanizado, da condição essencial da dignidade humana, vide GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 158.

²⁴⁵³ VERDE, Giovanni, op. cit., p. 106: “(...) *si ritiene che il gioco dialettico posto in essere dalle parti, sorrette da interessi contrapposti, sia lo strumento migliore e più facilmente utilizzabile perché il giudice possa raccogliere il materiale necessario all’emanazione del provvedimento più giusto.*”

²⁴⁵⁴ RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza, op. cit., p. 562.

²⁴⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 389: “A garantia da motivação consiste na *última manifestação do contraditório*. De fato, de nada serviria outorgar às partes aquele amplo e complexo feixe de prerrogativas, poderes e faculdades, que convergem pra a obtenção de resultado favorável no fim do processo, se as atividades concretamente realizadas pudessem ser desprezadas pelo juiz no momento da decisão. A estrutura dialética do processo não se esgota com a mera participação dos interessados em contraditório, mas implica sobretudo a *relevância* dessa participação para o autor do provimento: seus resultados podem ser até desatendidos, mas jamais ignorados.” (Grifos no original).

²⁴⁵⁶ BARROSO, Marcelo Lopes. Contraditório e motivação das decisões judiciais. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 2, n. 2, p. 1-15, ago./dez. 2010, esp. p. 13: “A observância do princípio da motivação das decisões judiciais é condição para o exercício do contraditório.”

Contudo, não se pode contentar unicamente com a justeza do procedimento (*fair hearing*); antes, ao contrário, é útil reafirmar, como duas inseparáveis faces de uma mesma medalha, que meios e fins hão de ser justos²⁴⁵⁸. Numa linha: negada a justeza do antecedente estará negada a do conseqüente, e vice-versa. A ideia de decisão justa assenta-se em, pelo menos, três valores cumulativos, de textura aberta e de conteúdo mínimo, vinculados a contextos sócio-jurídico-político-cultural-históricos distintos, nos quais se insere o problema da administração da justiça: (i) correção da escolha e da interpretação aceitável da regra jurídica aplicável ao caso particular, revelando, nessas atividades do juiz, o princípio da integridade dworkiniano²⁴⁵⁹, em conformidade com arquétipos consensuais do discurso jurídico; (ii) acerto esperável dos fatos relevantes para o julgamento causa, como meio necessário à busca da verdade; e (iii) utilização de um procedimento válido, equo e justo para alcançar a decisão final.²⁴⁶⁰

Demais disso, a imagem difusa de legitimidade - enquanto substrato de validade do poder político - deita raízes no consentimento fundado nas leis naturais, embasado no argumento medieval segundo o qual *quod omnes tangit* (aquilo que atinge a todos tem de ser aprovado por todos) e congregado à filosofia nominalista. A legitimidade não apenas política, senão também jurídica, promana da autoridade soberana do titular do poder (do jaez contratualista, institucionalizado pelo consentimento dos súditos, à absolutização do poder: Hobbes). Em Locke e, ao depois, em Kant, o Direito Natural terá a função de justificar moralmente a validade da realidade normativa. Em Rousseau, o viés contratualista está no atrelamento da legitimidade das decisões institucionais ao apropriado cumprimento da suma vontade do povo.

²⁴⁵⁷ MITIDIERO, Daniel, op. cit., p. 153-154: “o dever de fundamentação das decisões consiste na “última manifestação do contraditório”, porquanto a motivação “garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas”. Há, pois, um nexos inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo.”

²⁴⁵⁸ Hodiernamente, o eixo de visão deslocou-se do devido processo legal para o devido processo justo. Sobre o tema, com percucientes argumentos, vide COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie costituzionali e “giusto processo”* (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998.

²⁴⁵⁹ BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 75: “Assim sendo, o princípio da integridade se mostra em dois momentos particulares: anteriormente à elaboração das regras do jogo (Constituição) e já posteriormente ao seu estabelecimento, podendo aparecer nas decisões legislativas e judiciais; neste último caso, no ato de interpretar e aplicar determinada lei, norma ou princípio.”

²⁴⁶⁰ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: _____. **Sui Confini**: scritti sulla giustizia civile, op. cit., p. 219-234, esp. p. 224.

Modernamente, a partir da obra (1822) de Antoine Fabre D'Olivet (*Historie philosophique du genre humain*) sobrevém a distinção entre legitimidade e legalidade, cuja afinidade remontava ao mundo romano, posto que, sob o prisma etimológico, legitimidade deriva do latim *legitimus* (de *lex*).

Com a ascensão do positivismo jurídico no século XIX, a esfera jurídica foi o terreno fértil para que a legitimidade fosse equiparada e transmutada no princípio da legalidade. Na trilha da linha evolutiva da ideia de legitimidade, Max Weber (início do século XX) enfoca-a sob a ótica do *check-up* sociológico, a par de relacioná-la com a chamada “fórmula de obediência”, por meio da trilogia ideal de autoridade legítima: tradicional, carismática e racional-legal.

Niklas Luhmann, ao ancorar a legitimidade em pressupostos sistêmico-funcionais, conectou a aquiescência dos procedimentos decisórios estatais, no sistema jurídico, com a sua índole cognitivo-funcional de êxito na mitigação das expectativas sociais e na neutralização das frustrações (e ilusões) de seus destinatários. A existência de “boas razões” é erigida por Habermas como alicerce da legitimidade (reconhecimento) de um sistema político, vale dizer, aceitabilidade sob duplo prisma: do justo e do equânime²⁴⁶¹.

Parece bem enfatizar que os fundamentos de legitimidade estão naturalmente acoplados à possibilidade de o poder (máxime o político) submeter-se ao crivo de valorações sociais, cognições da comunidade (interna e internacional). Sob o prisma de mirada da filosofia (política), não seria fadiga inútil remarcar que o conceito de legitimidade, nos múltiplos contextos histórico-sociais, está associado à reflexão crítica e ao incandescente debate em torno dos fundamentos da autoridade política, da tábua de critérios para justificação do poder, da anuência de seus destinatários. Formulam-se juízos críticos acerca da “fórmula de obediência”, entre o direito do governante de ordenar e o dever do governado de obedecer. O pensamento filosófico é plasmado por excitantes questões e aflições nevrálgicas, tais como: qual a fonte da força legitimadora do poder político e de validade da ordem jurídica? O que, em essência, elas significam? Qual é a anatomia da obediência/submissão e da aceitação de uma dominação? Nessa moldura, quais seriam os papéis dos valores comunitários e dos interesses estratégicos (segurança, justiça, paz social, prosperidade)?

Tais indagações se desdobram em outras tantas, as quais se estilhaçam em multifárias perguntas, num dinâmico e perene processo de atomização dos problemas e pulverização das

²⁴⁶¹ Sobre o esboço histórico do problema da legitimidade, tal como delineado linhas acima, vide DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**, op. cit., p. 515- 516.

inquietações humanas. O mesmo fenômeno de fragmentação, de mutação, de atualização de antigos alicerces, de ressurgimento de novas bases, envolve diversas conjunturas históricas e contingentes contextos socioculturais, transpirando significados residuais, múltiplas e sucessivas respostas relativamente aos critérios de justificação do poder e da ordem jurídica (míticas, religiosas, juracionistas, jurídico-formais, ético-políticas, morais), pacientemente moldadas pelas reflexões críticas de juristas, de filósofos do direito e da moral, de sociólogos, de antropólogos. Ademais, a justificação do exercício do poder político não repousa tão somente em sua juridicidade, mas, especialmente, em sua racionalidade, *i. e.*, a exteriorização de razões que justifiquem a respectiva correção. Tendo-se em mira semelhante aspecto, a motivação das decisões judiciais revela uma faceta regeneradora do poder estatal.

Nessa perspectiva, a legitimidade, perenemente aberta, estará fadada a ser sempre uma obra inacabada, *ad instar* da mortalha de Laertes, cuja confecção fora astuciosamente arquitetada por Penélope, a fiel e bela esposa de Ulisses²⁴⁶².

Para rematar este tópico, três observações são oportunas.

Primeira: o problema da pretensão de legitimidade da decisão judicial - para além de uma visão meramente dogmática ou positivista de correta aplicação da lei -, por estar naturalmente vinculado aos fundamentos de validade, suscita reflexões críticas e debates precipuamente no campo da ética, tendo como paradigmas valores, tradições e condicionantes culturais em cada sociedade. Por assim ser, quer às partes da demanda judicial em especial, quer à população de um modo geral, é franqueada, pelas razões justificativas nas quais se concretiza a motivação, a possibilidade de formulação de juízo axiológico, positivo ou negativo, sobre a justiça material abrigada na sentença judicial, em consonância com os valores, concepções e compreensões predominantes em determinado espaço sociocultural do que se considera bom e daquilo que se entende por justo. Havendo coincidência, nalguma medida, o *decisum* exibirá a nota de legitimidade; antes, ao revés, ocorrendo total desconformidade, o decisório receberá o epíteto de ilegítimo. A nova concepção de jurisdição e de processo, ancorada na preservação dos direitos fundamentais e das garantias constitucionais titularizados pelos indivíduos, mediante motivação reforçada²⁴⁶³, é o meio

²⁴⁶² GRIMAL, Pierre. **Dicionário de mitologia grega e romana**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p. 364-365.

²⁴⁶³ SEGURA ORTEGA, Manuel. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. p. 78: “*Parece que en el caso del ejercicio del arbitrio judicial este deber de motivación se encuentra especialmente reforzado cuando la decisión se refiere a determinados asuntos. Concretamente, cuando están en juego derechos fundamentales se exige esta motivación reforzada (...)*”.

mais seguro e menos traiçoeiro de afirmar a legitimidade das decisões jurisdicionais pronunciadas no processo²⁴⁶⁴.

Segunda: os aspectos normativos dos critérios de justificação (v. g., correta escolha, interpretação e aplicação da lei) realçam as cores da legitimidade da decisão judiciária. Significa asserir que a decisão é legítima somente quando, mediante razões justificativas apropriadas, demonstre a própria legitimidade.

Terceira: como decorrência das duas anteriores, é a de que os problemas valorativos são suscetíveis de solução com fulcro em uma argumentação prática racional, legitimadora do discurso jurídico, arraigada na motivação da sentença, a também se constituir em invulgar expressão de sua legitimidade, dentro das fronteiras investigativas e dos domínios de pesquisa da Filosofia do Direito, bem como no quadro de legitimidade da ordem jurídica do Estado Constitucional Democrático de Direito. O juiz deve demonstrar que sua decisão é racional. Semelhante revelação dá-se por meio da racionalidade argumentativa, legitimadora do discurso judicial.

12.4 O discurso justificativo da decisão judiciária, no qual se concretiza a motivação: consenso social e o problema da aceitabilidade e legitimação do exercício da função jurisdicional

Em países como o Brasil, nos quais a jurisdição estatal é exercida por juízes profissionais, burocráticos, com investidura técnica, a legitimação do exercício do poder jurisdicional, no Estado Constitucional Democrático de Direito, a par do devido processo legal em sua feição processual, decorre essencialmente de, pelo menos, sete fatores medulares: (i) no procedimento equo e justo, colaboração, cooperação e participação idônea das partes em contraditório ininterrupto e constante diálogo judicial, mediante efetivas oportunidades para participar, podendo apresentar alegações, produzir provas e contraprovas, como direito de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz e, *ipso facto*, no conteúdo da decisão judicial; (ii) observância das garantias constitucionais de justiça processual (v.g., contraditório, imparcialidade do juiz, publicidade); (iii) o poder jurisdicional é um poder-saber, cuja legitimação é diretamente proporcional ao “saber”, vale

²⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 290.

dizer, quanto maior o “saber” que, com a adoção no discurso justificativo do melhor argumento, extraído da atividade das partes e da relação dialógica com a sociedade²⁴⁶⁵, se manifeste na argumentação racional do juiz²⁴⁶⁶, maior será o grau de legitimação²⁴⁶⁷; (iv) legitimidade da decisão, conformada aos direitos fundamentais, afigurando-se, pois, inaceitável a ideia de sua absorção pela legitimação da jurisdição pelo procedimento²⁴⁶⁸; (v) procedimento tecnicamente idôneo às necessidades de tutela dos direitos materiais, e bem ainda estruturado de forma consentânea com os direitos fundamentais materiais, notadamente a igualdade²⁴⁶⁹; (vi) universalização do acesso à Justiça, inclusive dos juridicamente miseráveis ou hipossuficientes²⁴⁷⁰; (vii) canal de participação popular nos destinos da nação, a denotar, além dos desígnios jurídicos e sociais, o escopo político do processo.

Merece menção à parte a motivação da decisão judicial como fator de legitimação da função jurisdicional²⁴⁷¹. Com efeito, a carga argumentativa, jurídica e racional, encapsulada

²⁴⁶⁵ Com influência habermasiana, vide CAYMMI, Pedro Leonardo Summers, op. cit., p. 126: “Assim, a legitimidade do discurso jurídico pressupõe que o procedimento discursivo tenha racionalidade prática, ou seja, que a decisão jurisdicional se produza dentro de determinados padrões da razão comunicativa.”

²⁴⁶⁶ BÁES SILVA, Carlos, op. cit., p. 28: “*Al argumentar sus decisiones, los juzgadores cumplen con una necesidad política: justificar el ejercicio del poder político que se les ha conferido. De esta forma los juzgadores funcionan como legitimadores del poder político y sientan las bases para el mantenimiento de una relación de gobernabilidad entre sociedad y Estado. Pero no es ésta la única función que desempeñan los juzgadores al fundar y motivar sus decisiones jurisdiccionales. Al argumentar los juzgadores también recrean las bases o fuentes de la validez del orden jurídico.*”

²⁴⁶⁷ TARUFFO, Michele. **Páginas sobre justicia civil**. Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. Madrid: 2009. p. 28.

²⁴⁶⁸ Em posição oposta, vide LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p. 31-32, para quem a legitimidade da decisão estaria absorvida pela legitimação da jurisdição pelo procedimento. Contudo, não se olvide que o procedimento legítimo é necessário, mas não suficiente. Impõe-se, na esteira da legitimação dos atos de poder, que a participação das partes dê-se mediante contraditório e devido processo legal e justo e que a aplicação da lei observe os direitos fundamentais e os valores vigentes na sociedade. Pelo mesmo diapasão, afina-se MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. p. 463.

²⁴⁶⁹ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A motivação dos julgamentos dos Tribunais de 2º grau na visão do Superior Tribunal de Justiça: acórdão completo ou fundamentado? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 162, p. 197-227, ago. 2008, esp. p. 216.

²⁴⁷⁰ TROCKER, Nicolò. **Processo civile e costituzione**: Problemi di diritto tedesco e italiano. Milano: Giuffrè, 1974, p. 698-699: “*In verità, la scarsa sensibilità per il concreto adeguamento del meccanismo processuale alle caratteristiche dei diritti sostanziali e alla posizione sociale delle parti è stato uno dei difetti che spesso ha caratterizzato le nostre codificazioni processuali, troppo preoccupate a disegnare un sistema lineare e “puro”*”.

²⁴⁷¹ SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, Valencia, n. 13, p. 1-18, 2006, esp. p. 5: “*Una tercera función que cumple la fundamentación de los fallos judiciales se refiere a la legitimación del poder ejercido por el Estado sobre los ciudadanos. Una sentencia,*

nas razões justificativas do *decisum* é diretamente proporcional ao coeficiente de sua legitimidade²⁴⁷² e de legitimação democrática da jurisdição²⁴⁷³. É dizer: legitimação assinala um problema de justificação²⁴⁷⁴. Demais disso, é através da *ratio decidendi* que o Estado-juiz e o direito vivo interagem politicamente com a cidadania e dialogam democraticamente com a coletividade²⁴⁷⁵.

Mas não é só. Releva a plenitude do discurso justificativo judicial, no sentido de que, pela motivação, o juiz evidencie que a decisão é juridicamente correta²⁴⁷⁶ e, sobretudo, que as razões aduzidas e as provas produzidas pelas partes, em contraditório, foram efetivamente valoradas, apreciadas, levadas em conta no instante do decisório. Se ao juiz fosse dado desdenhar da atividade das partes, no momento culminante do processo, o contraditório e o

*independientemente de si ésta es “racional” o no, implica ejercicio directo de las potestades de imperio de la administración pública. Esta refleja de una forma –a veces brutal como sucede en el Derecho penal– la autoafirmación del Leviatán social sobre el individuo concreto. Es probable que si el Estado no motivara sus decisiones (o al menos no aparentara hacerlo) se enfrentaría, tarde o temprano, con el poder despótico de las masas clamando por “Justicia”.”; CAYMMI, Pedro Leonardo Summers, op. cit., 129: “A fundamentação, assim, pode-se resumir, atua como fator de legitimação da decisão judicial, sendo o agente legitimador *a posteriori* do Poder Judiciário como expressão do poder institucionalizado.”; OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na constituição**, op. cit., p. 193-214, esp. p. 202-203: “a legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação da decisão judicial, sendo a falta de fundamentação verdadeiro atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal.”*

²⁴⁷² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, op. cit., p. 335: “poder-se-á, também, por meio do exame da motivação da decisão, verificar da sua legitimidade.”

²⁴⁷³ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 415: “Ocorre que, enquanto os demais agentes do estado (legisladores e administradores) são legitimados *a priori* para exercer suas funções, o que se dá pelo voto, o juiz é um legitimado *a posteriori*, eis que sua legitimidade para exercer o poder que lhe é conferido só pode ser verificada após o efetivo exercício. Assim é que a motivação da decisão é a resposta política que o juiz dá para explicitar sua legitimação.”

²⁴⁷⁴ PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 153

²⁴⁷⁵ PACHECO, Antonio Marcelo; MELLO, Rafael Corte. Da decisão judicial: conflito entre o ato de fundamentar e a ação de motivação como uma crise de legitimidade do Poder Judiciário no Brasil. **XV Encontro Preparatório do CONPEDI/UNICAP**, Recife, p. 1-17, 2006, esp. p. 3: “A fundamentação é aqui uma condição de legitimidade e eficácia da decisão judicial, uma vez que é não somente condição para uma relação política entre a sociedade e o Estado, mas princípio constitucionalmente normatizado. A presença da fundamentação, (...) é condição para que direito e sociedade possam travar uma comunicação mais democrática.”

²⁴⁷⁶ CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 2. p. 100: “Há ainda uma razão de ordem política, que justifica cabalmente a exigência: somente pelos motivos as partes podem verificar se a justiça lhes foi feita, e só na Justiça reside a utilidade pública dos decretos do poder judiciário, e, portanto, a sua legitimidade.”

direito de defesa seriam reduzidos a menos que zero²⁴⁷⁷. Conducente dizer que não apenas a hipótese de decisão vencedora mas também a hipótese derrotada deverão ser adequada e expressamente justificadas²⁴⁷⁸, por força da transcendentalidade da igualdade, como valor universal no Direito. Não seria despropositado fazer uma construção analógica entre a indispensabilidade de justificação explícita da hipótese de decisão vencida em primeira instância (e, nas decisões colegiadas, a possibilidade de declaração de “voto vencido ou de divergência” – *dissenting opinion, concurring opinion*) com a necessária fundamentação e publicidade da posição hospedada no dissenso.

O ponto é assaz significativo sob o ponto de vista da legitimidade da decisão: a efetividade do contraditório como direito de influir na formação intelectual da convicção do juiz e, em certa medida, no conteúdo da decisão implica o dever de o órgão julgador ministrar explicitamente os motivos pelos quais não acolheu as alegações, provas ou contraprovas do litigante vencido, seja ele o autor, seja o réu. A parte sucumbente tem o direito fundamental de saber por que suas razões fático-jurídicas foram enfeitadas pelo Estado-juiz, mediante exteriorização expressa da *ratio decidendi*. A não ser assim, a obrigatoriedade de motivação pública seria iludida, em detrimento das partes, dos jurisdicionados e da comunidade. A motivação implícita, em regra, não se compraz com a vida do Estado Constitucional Democrático de Direito.

A legitimação da função jurisdicional conexas-se, em extensa medida, também com a função endoprocessual da motivação (tecnico-instrumental). O princípio político da participação democrática, que se consubstancia nas estruturas dialéticas do procedimento em contraditório, reclama, conjugado com o direito de defesa e o devido processo legal, que as

²⁴⁷⁷ MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira, op. cit., p. 692: “Em nada adiantaria oportunizar as razões de pretensão ou de defesa sem a contrapartida de que o órgão destinatário as cotejará com segurança. O diálogo em juízo é a fonte vital para um processo social e democrático. A busca da solução justa é um empreendimento a que se somam esforços de todos os lados.”

²⁴⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento. 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra Manual do processo de conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. p. 468: “Na prática forense, são usuais as sentenças motivadas *somente* com base nas provas que demonstram a hipótese vencedora. Alguém dirá que isso é natural, pois o juiz, quando motiva, deve justificar a razão pela qual optou pela versão de uma das partes. Porém, embora o que ocorra na prática possa parecer lógico, o certo é que o juiz não justifica as suas razões apenas ao aludir às provas produzidas por uma das partes. Para que possa realmente justificar a sua decisão, o magistrado não pode deixar de demonstrar que as eventuais provas produzidas pela parte perdedora não lhe convenceram. (...) Desse modo o juiz não justifica as suas razões, mas sim as razões de uma das partes. Por isso, é preciso eliminar a idéia de que justificar a decisão é o mesmo do que lembrar as provas e argumentos que servem ao vencedor.”

partes saibam quais razões e provas prevaleceram e quais feneceram. As partes são credoras privilegiadas do Estado-juiz de tal justificação.

Agora bem, a pedra angular da legitimação do exercício da jurisdição²⁴⁷⁹ é a função extraprocessual da motivação²⁴⁸⁰ (político-garantística), por consentir controle jurídico e racional sobre os critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz na decisão²⁴⁸¹. É dizer: descortina a possibilidade democrática, expressada na opinião pública, de que qualquer cidadão syndique o *quomodo* da concreta administração da justiça²⁴⁸². O juiz, sem jamais abdicar de sua independência e imparcialidade, submete-se, no entanto, à responsabilidade social²⁴⁸³ (aferível somente através do exame da *ratio decidendi*) e à censura ulterior sobre seus atos, em cujo espectro devem figurar todos os que exercem poder público. De sorte que a fundamentação, seu controle extraprocessual, a controlabilidade social e o direito de crítica

²⁴⁷⁹ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione, op. cit., p. 42: “*Tutto ciò porta ad individuare la fondazione essenziale dell'obbligo di motivazione come garanzia costituzionale essere sintetizzata in due elementi. Da un, di può dire che vi è valido esercizio della giurisdizione soltanto dove vi è motivazione, ossia che l'amministrazione della giustizia si legittima attraverso la giustificazione e la controllabilità dei provvedimenti giurisdizionali. Dall'altro 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. 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. Attraverso il controllo, ed anzi per effetto della sua stessa possibilità, 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.*”

²⁴⁸⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**, op. cit., p. 623: “*Al mismo tiempo, en cuanto asegura el control de la legalidad y del nexo entre convicción y pruebas, la motivación tiene también el valor “endo-procesal” de garantía de defensa y el valor “extra-procesal” de garantía de publicidad. Y puede ser considerada como el principio parámetro tanto de la legitimación interna o jurídica como de la externa o democrática de la función judicial.*”

²⁴⁸¹ CÂMARA, Alexandre Freitas, op. cit., p. 415: “*Em segundo lugar, a motivação da sentença é garantia de controle externo da atividade do juiz, o qual é exercido pelo povo, em verdadeiro controle difuso da atividade judiciária, a fim de se permitir a verificação da exatidão e legalidade da decisão. Sob este aspecto, a motivação da decisão é uma exigência do Estado democrático. Esta exigência democrática de fundamentação decorre da necessidade de legitimação do exercício do poder.*”

²⁴⁸² MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**, Brasília, n. 44, nov. p. 101-120, 2006, esp. p. 120.

²⁴⁸³ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** op. cit., p. 47: “*Entendo preferível, em lugar disso, mencionar uma forma mais comum de responsabilização social dos juízes perante o público em geral. Desejo referir-me à exposição do comportamento dos juízes à crítica pública, especialmente pelos meios de comunicação de massa, mas também pela literatura especializada e outros instrumentos de informação; trata-se, obviamente, de um instrumento de responsabilização que traz consigo grande potencialidade nos países onde os cidadãos gozem da liberdade de palavra.*” (Grifos no original).

dos cidadãos, permitidos pela obrigatoriedade de motivação-justificação pública, são indubitáveis fatores de legitimação democrática do poder jurisdicional²⁴⁸⁴.

Nessa latitude, a obrigatoriedade de motivação pública (justificar-se, dar contas) pressupõe o assentamento da legitimidade das críticas emanadas da cidadania e da sujeição do poder jurisdicional ao controle da opinião pública, em base ideológica de corte democrático que fez irromper semelhante princípio político. A motivação, como fenômeno pluridimensional, além de representar um dique de contenção do exercício do poder jurisdicional²⁴⁸⁵, traduz o elo de interlocução entre a concreta administração da justiça e a sociedade, expressada na opinião pública²⁴⁸⁶. Não basta afirmar que o Estado Constitucional Democrático de Direito é o Estado que se justifica, que declara, expõe e demonstra todas as suas atividades. O juiz, como agente público, deve prestar contas (*reddere rationem*) de seus critérios de escolha ou de valoração, justificando jurídica e racionalmente sua decisão, e, através do discurso argumentativo-justificativo, legitimando sua atuação institucional. Mister se faz, um passo à frente, que se criem mecanismos que possibilitem empiricamente aferir semelhante justificação. Perscrutá-la e contrastá-la com os valores fundantes de uma sociedade justa, fraterna e igualitária, em determinado lugar e quadra histórica.

A par do contraditório entre as partes e com as partes, no viés do devido processo legal e da cooperação/colaboração das partes, no processo dialético, e como expressão do princípio político da participação democrática, já agora sob o ângulo de mirada externo, a participação popular na administração da justiça, reclamada pelos direitos fundamentais, concretiza-se, por

²⁴⁸⁴ ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004. p. 57.

²⁴⁸⁵ TROPER, Michel. La motivation des décisions constitutionnelles. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études, op. cit., p. 287-302, esp. p. 301-302: “*On a tenté de montrer qu’au contraire l’autorité d’application était juridiquement libre. Mais cela n’empêche pas naturellement que ses décisions soient déterminées par des causes diverses, sociales, économiques ou psychologiques. Au nombre de ces causes, il y a la motivation. Celle-ci s’inscrit donc bien dans l’idéologie d’un pouvoir centralisé. Elle fonctionne elle-même comme une idéologie: elle masque; elle dissimule le fait du pouvoir en valeur du droit. Mais, elle trouve dans sa structure propre son autonomie: en même temps qu’elle donne forme au pouvoir, elle le limite.*”

²⁴⁸⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, v. 1. p. 246-247: “*Ma che cosa si intende per giusta composizione della lite? Ho già avvertito che giustizia è conformità a una regola (supra, n. 7); pertanto la composizione è giusta quando è conforme alla regola che nel processo si deve applicare, perciò, secondo i casi, quando è conforme al diritto o alla equità. Peraltro la conformità alla regola è, a sua volta, un giudizio; perciò la composizione è giusta in quanto sia giudicata tale; e sotto questo profilo si distingue la giustizia individuale, dalla giustizia sociale. Ora non vi è dubbio che la giustizia, alla quale deve soddisfare la composizione della lite, è questa seconda, non la prima; in altre parole, che la conformità della soluzione alla regola deve essere riconosciuta dall’opinione pubblica.*”

exemplo, através da realização de audiências públicas²⁴⁸⁷, mediante editais de convocação da sociedade civil no fito de formulação de súmulas vinculantes²⁴⁸⁸, como penhor de legitimação da atividade judiciária, especialmente no terreno da jurisdição constitucional.

Merece menção à parte o instituto do *amicus curiae*, justamente por exibir a função de proporcionar julgamento mais próximo à realidade dos fatos, e, por isso mesmo, tende a se constituir, principalmente no âmbito da jurisdição constitucional, em fator de legitimação do processo, da jurisdição e de legitimidade democrática da decisão²⁴⁸⁹. Configura, no procedimento, o eco de vozes sociais. O amigo da corte é um terceiro que intervém no processo, sem interesse jurídico, mas com capacidade agregadora, com a finalidade primacial de pluralizar o debate, através do fornecimento de elementos e de informações ao órgão julgador, e, com jaez institucional e ressonância social, legitimar a decisão judicial perante a sociedade. A figura do *amicus curiae* insere-se (i) em uma nova dimensão do contraditório; (ii) na concepção ampla dos sujeitos participantes do processo; e (iii) no contexto cooperativo

²⁴⁸⁷ Exemplificativamente, na: (i) ação direta de inconstitucionalidade (Lei federal nº 9.868, de 10.11.1999, art. 9º, § 1º “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”); (ii) ação declaratória de constitucionalidade (Lei federal nº 9.868, de 10.11.1999, art. 20, §1º, e RISTF, art. 13, XVII, e 21, XVII); e (iii) arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei federal nº 9.882, de 03.12.1999, art. 6º, § 1). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, 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.”

²⁴⁸⁸ Constituição Federal brasileira de 1988, art. 103-A.

²⁴⁸⁹ Vale a pena passar em revista algumas amostras significativas de participação judicial do *amicus curiae*: (i) no incidente de inconstitucionalidade (CPC, art. 482, § 3º); (ii) na análise da repercussão geral da questão constitucional, no recurso extraordinário (CF, art. 102, § 3º), o ministro relator, no Supremo Tribunal Federal, poderá admitir a manifestação de terceiros (CPC, art. 543-A, § 6º, e RISTF, art. 21, XVIII), valendo notar que idênticas atribuições são conferidas ao Presidente do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 13, XVIII); (iii) no regime de recurso especial repetitivo, o ministro relator, no Superior Tribunal de Justiça, poderá admitir manifestação de pessoa, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia (CPC, art. 543-C, § 4º); (iv) no processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade (Lei nº 9.868, de 10.11.1999, art. 7º, § 2º); (v) no processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (Lei nº 9.882, de 03.12.1999, art. 6º, § 1º); (vi) na proposta de edição, revisão ou cancelamento de Súmula Vinculante (Lei nº 11.417, de 19.12.2006, art. 3º); (vii) no incidente de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais federais (Lei nº 10.259/01, art. 14, § 7º). Projeto de Código de Processo Civil brasileiro: (i) art. 138. “O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a manifestação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de quinze dias da sua intimação. § 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvada a oposição de embargos de declaração. § 2º Caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*. § 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.”; (ii) no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 992); (iii) na declaração de inconstitucionalidade (art. 962, § 3º).

da dinâmica processual²⁴⁹⁰. A intervenção do *amicus curiae* permite maior participação no debate e na formação do consenso, máxime em causas de natureza constitucional, com forte cunho legitimador das decisões concernentes às normas constitucionais e aos direitos fundamentais.

No procedimento de arbitragem, dotado de jurisdicionalidade, como forma heterocompositiva de conflitos, dependendo das regras aplicáveis ao tribunal arbitral específico, o árbitro exhibe, em geral, poderes para aceitar ou recusar a apresentação pelo *amicus curiae* de opinião sobre aspectos técnico-jurídicos²⁴⁹¹. O acesso aos documentos dá-se de forma limitada, em razão da confidencialidade do procedimento arbitral e do interesse privado das partes, oportunizando-se-lhes o contraditório acerca dos pontos suscitados pelo *amicus curiae*.

Sobreleva notar, nesse passo, em prol do robusteço da legitimação do concreto exercício da jurisdição, que a motivação também exerce a relevantíssima função de *garantia do garantismo processual*. Apenas através da motivação é que, em cada caso concreto, se poderá sindicarse, e em que medida, foram efetivamente respeitadas as garantias fundamentais do processo justo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade, imparcialidade do juiz, contraditório²⁴⁹² e ampla defesa, publicidade, devido processo legal). Não por acaso, ora se preconiza que a obrigatoriedade de motivação pública representa a maior conquista civilizatória do processo. Conducente dizer, com apoio em prestigiosa doutrina²⁴⁹³, que, sem razões fáctico-jurídicas que justifiquem o *decisum*, não há exercício legítimo da jurisdição, enquanto poder público.

²⁴⁹⁰ TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – O *amicus curiae* no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105-141, esp. p. 110.

²⁴⁹¹ TUPINAMBÁ, Carolina, op. cit., p. 137, especialmente nota n. 86.

²⁴⁹² OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. Jurisdição criativa e motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**, op. cit., p. 561-632, esp. p. 617: “Se o processo se legitima democraticamente pelo contraditório, é mediante a motivação da decisão que se afere essa legitimação.”

²⁴⁹³ TARUFFO, Michele. La fisionomia della sentenza in Italia. **La sentenza in Europa**: metodo, tecnica e stile, op. cit., p. 180-214, esp. p. 188-189: “Dall’altro lato, la collocazione della norma in apertura delle “Norme sulla giurisdizione” ed il riferimento testuale a “tutti i provvedimenti giurisdizionali” rendono evidente che la motivazione viene concepita come modalità necessaria per il valido esercizio del potere giurisdizionale in quanto tale, e non in vista di scopi interni al processo.”

Sob outro ângulo de mirada, acesa controvérsia gravita em torno do fenômeno da aceitabilidade social²⁴⁹⁴ da decisão judiciária, a cujo propósito não faltam autorizadas vozes doutrinárias no sentido de que a decisão jurisdicional prescinde mesmo de aceitação no meio social. Seja como for, não se pode perder de vista que a perspectiva de aceitabilidade da decisão judicial²⁴⁹⁵, para além de acoplar-se à obtenção de adesão ao que os cidadãos estabelecem como consenso perelmaniano no espaço público, ou à cooperação intersubjetiva comunicativa habermasiana, ou, ainda, à concepção luhmanniana de legitimação da jurisdição através da participação no procedimento, conexas-se à justiça substancial que o pronunciamento jurisdicional hospeda, como expressão de valores constitucional e/ou consuetudinariamente consagrados. Autorizada doutrina aponta como fontes de legitimidade da jurisdição: (i) o caráter tendencialmente cognitivo da jurisdição, que provém do princípio da legalidade; (ii) o papel de garantia dos direitos; e (iii) o garantismo²⁴⁹⁶.

Na moldura do Estado Constitucional Democrático de Direito, a justiça material da decisão judicial, como fator inarredável de sua legitimidade, está imperativamente conectada a um processo justo (*fair hearing*)²⁴⁹⁷, como aquele composto das garantias fundamentais de justiça. Por outras palavras, que se tenha desenvolvido sob a égide das garantias constitucionais do procedimento, tais como: igualdade, imparcialidade do juiz, direito de defesa, contraditório como dever, para o juiz, de descortinar, no teatro do processo,

²⁴⁹⁴ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional, op. cit., p. 66: “A representação argumentativa dá certo quando o tribunal constitucional é aceito como instância de reflexão do processo político. Isso é o caso, quando os argumentos do tribunal encontram um eco na coletividade e nas instituições políticas, conduzem a reflexões e discussões que resultam em convencimentos examinados. Se um processo de reflexão entre coletividade, legislador e tribunal constitucional se estabiliza duradouramente pode ser falado de uma institucionalização que deu certo dos direitos do homem no estado constitucional democrático. Direitos fundamentais e democracia estão então reconciliados”.

²⁴⁹⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 3. ed. revista e atualizada de acordo com a EC nº 45/2004 (“Reforma do Judiciário”). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 146: “Por fim, é bastante compreensível essa relação entre os fundamentos das decisões judiciais e a legitimação do poder do Estado, se considerado o fato de que, além de simplesmente decidir conflitos, os juízes perseguem, a todo momento, algum tipo de respaldo social às suas teses e uma plena aceitação de suas decisões.” Assim também, PEREIRA, Hugo Filardi. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**, op. cit., p. 70: “Indubitavelmente, a motivação deve ter por escopo uma tentativa de aceitabilidade das decisões judiciais pela sociedade civil, tornando a compreensão do julgamento um norte que deve servir como diretriz absoluta para técnica de aplicação de normas jurídicas às situações fáticas submetidas ao Poder Judiciário.”

²⁴⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción, op. cit., p. 6-14.

²⁴⁹⁷ MELO, Gustavo de Medeiros, op. cit., p. 704: “1. O justo processo, como substrato essencial do Estado Democrático de Direito, é a fonte que proporciona legitimidade às decisões do Estado pelo cumprimento dos direitos fundamentais assegurados em nível constitucional e internacional.”

verdadeiro diálogo judicial e, para as partes, como exigência de colaboração, de cooperação²⁴⁹⁸, de *standard* de conduta orientado pelo ordenamento ético, boa-fé e lealdade processual. A concepção de justiça substancial toca, finalisticamente, a uma decisão justa. Meios e fins justos, por assim dizer, se justificam reciprocamente.

O traço característico do Estado Constitucional Democrático de Direito é ser o Estado que se justifica²⁴⁹⁹, reverencia a publicidade²⁵⁰⁰ e a transparência²⁵⁰¹ em seu conjunto de atividades, mediante contínuo fluxo de exteriorização de motivos argumentativamente corretos da atuação estatal, atenta a um arquétipo de legitimação racional e objetivamente aferível. Procura-se, diuturnamente, a adesão e o consenso sociais²⁵⁰² como ponte de ouro

²⁴⁹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-23, jul. 2006, esp. p. 17: “a visão cooperativa do processo, única capaz de conduzir a uma efetividade virtuosa e não simplesmente pernicioso, preocupada esta somente com a performance, com a estatística, mas não com os valores fundamentais do processo. Seria importante uma reflexão a respeito do assunto, em prol inclusive da necessária legitimação do Poder Judiciário perante a sociedade civil, de fundamental importância no Estado democrático de direito.”

²⁴⁹⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; 16). p. 323: “O Estado de direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que *se justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*. Sob este enfoque, a justificação se faz necessária tanto em relação às decisões impugnáveis quanto com respeito àquelas que são a última palavra acerca do litígio.” (Grifos no original).

²⁵⁰⁰ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.p. 247-248: “A colectividade só pode cumprir, porém, de forma materialmente adequada, uma função de direção e controlo na medida em que dispuser dos devidos fundamentos de apreciação. (...) Só na medida em que se dêem a conhecer os motivos, fins e consequências presumíveis das actividades e dos planos políticos, pode, no fundo, verificar-se um controlo e uma participação democráticos. Se se pretende concretizar o máximo de democracia possível, então é necessário conferir aos acontecimentos políticos a maior transparência possível (...) A mera publicidade, o mero facto de uma acção ocorrer à luz da opinião pública, obriga já os representantes a actuar de modo como se todos os observassem. (...) A exposição ao público da acção estatal insere, portanto, pelo menos o convite a cada um de se certificar de que tudo ocorreu de forma justa e racional.”

²⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 390 e 391: “Estes deveres de fundamentação não só facilitam às instâncias de controlo fiscalizar uma decisão no sentido de saber se ela se fundamenta em considerações lógicas e inteligíveis, mas também obrigam logo as instâncias de decisão a um autocontrolo. Estas, ao decidirem e ao ponderarem conflitos de interesses e de opiniões segundo critérios racionais, retiram-lhe a carga emocional, incrementado a capacidade de consenso da decisão e facilitando assim também a sua aceitação pelas pessoas afectadas (cfr. Zippelius RPh, § 21 I 2). Os deveres de fundamentação encontram-se, portanto, não só ao serviço do Estado de Direito mas também da legitimidade democrática, especialmente da aceitação e transparência das decisões do Estado (§ 23 II 6).”

²⁵⁰² TOMÁS-RAMÓN, Fernández, op. cit., p. 132-133: “*Hoy más que nunca es insuficiente mandar; es necesario esforzarse en convencer y eso sólo puede lograrse con razones extraídas de una contradicción efectiva y no sólo puramente formal o aparente, dirigida por un juez neutral, por equidistante y atento por igual a las razones contrapuestas esgrimidas por las partes, e independiente, esto es, comprometido con su deber de aplicar el Derecho movido sólo por las razones que el Derecho le suministra y que le obliga también a hacer explícitas. (...) El deber de independencia exige algo más que el deber de sinceridad y ese algo más es la “justificación” de las decisiones, una justificación que en el plano individual es la*

para a legitimidade do poder público. Nessa visão, a revelação pelo juiz das razões que influíram na formação intelectual de sua convicção é necessária, mas não é suficiente. É imperativo, um passo à frente, que o discurso judicial justificador, lançando mão de critérios de julgamento objetivos, revele-se como espaço de consenso convincente para comunidade política.

No plano argumentativo, a linguagem utilizada pelo juiz contribui, sobremodo, para o fortalecimento da ideia de legitimação das decisões judiciais. Muitas vezes um bom e correto argumento, mas exteriorizado em linguagem inadequada, através de narrativa consubstanciada em parágrafos quilométricos, resta comprometido pela ininteligibilidade proporcionada por tal apresentação gráfica. Ora, conforme consagrado em vários ordenamentos jurídicos, se a sentença é pronunciada em nome do povo²⁵⁰³, nada mais curial que o povo esteja em plenas condições de compreendê-la, seja para efeito de cumprimento, seja para fins puramente pedagógicos²⁵⁰⁴.

Em semelhante contexto, o sentido propositivo do presente trabalho é o de fomentar a reflexão jusfilosófica e a análise crítica em torno do novel discurso justificativo no qual se concretiza a motivação da sentença civil. Nesse escopo, é indispensável resgatar a dimensão do amor à sabedoria (*philosophia*), no campo filosófico, renovando-se, qual marcha perene, numa incessante paixão pelas verdades essenciais, com insatisfação dos resultados e procura de fundamentos, as perguntas formuladas, num estado de inquietação e com olhar de

obligación correlativa al derecho fundamental del justiciable de obtener una resolución fundada en Derecho y no simplemente en la convicción subjetiva de quien ostenta el poder de adoptarla y que en el plano colectivo es inexcusable porque sólo una justificación suficiente apoyada en sólidas razones puede contribuir a reproducir el consenso social que sostiene al Derecho y asegurar que éste cumpla su función de bisagra entre el sistema y el mundo de la vida, de “transformador” capaz de garantizar que la red de comunicación social no se rompa. El poder por sí solo, sin el auxilio de la razón, nunca llegaría a conseguirlo.” Em posição contrária, vide FERRAJOLI, Luigi. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción, op. cit., p. 4: “El consenso no es, por tanto, suficiente para legitimar cualquier decisión, ni siquiera de los poderes políticos de gobierno cuyo ejercicio encuentra límites y vínculos establecidos por los derechos fundamentales. El fundamento axiológico de tales derechos, por otro lado, no reside de hecho en el consenso mayoritario, que es una condición de su efectividad pero no de su legitimidad.”

²⁵⁰³ Constituição italiana de 1947, art. 01, § 1º, da Constituição: “*La giustizia è amministrata in nome del popolo.*”; ZPO alemã, § 311: “*Form der Urteilsverkündung* (1) *Das Urteil ergeht im Namen des Volkes*”

²⁵⁰⁴ BENETI, Sidnei Agostinho, op. cit., “A linguagem judicial integra o processo de legitimação das decisões judiciais, contribuindo para a efetividade do Direito. (...) A boa redação, ponderada, coerente, clara, incisiva, caprichada, evidencia a força da decisão judicial e desempenha papel de extraordinária importância no sentido da própria execução das decisões decorrentes do processo judicial. Nesse contexto, nunca se esqueça que a boa linguagem judicial é, a todo tempo, fator importante na afirmação do próprio Judiciário como Poder no Estado. A legitimidade do Poder começa no Povo e, passando por todas as formas de processo político, social, jurídico, termina no escrito judicial que concretiza a vontade da sociedade proclamada na lei.”

perplexidade (atitude de assombro em um crescente de dúvidas, na concepção aristotélica e na esteira de ensinamento platônico)²⁵⁰⁵. Em outras palavras: esquadrinhando-se as linhas essenciais da motivação, menos no árido terreno da dogmática jurídica (despertar kantiano do “sonho dogmático”) e mais no campo da interdisciplinaridade, poder-se-á reconstruir, teoricamente, a motivação da sentença civil e, por conseguinte, com atitude filosófica, singularizar seu significado (*rectius*, delinear os seus variegados significados) tendente a oferecer respostas ao que consistiria a Justiça, nos diversos ciclos histórico-culturais. Tudo a ensejar a multiplicação de sistemas filosóficos, culminando, não raro, em conclusões díspares, dando azo a novas dúvidas, renovação de perguntas²⁵⁰⁶, captação, em suas raízes, de novos problemas da realidade jurídica, como experiência histórica e social do direito e realidade fenomênica universal, concernente à progressiva (re)construção da teoria da motivação da sentença civil.

Nessa moldura, afloram, na reflexão crítica patrocinada pela Filosofia do Direito²⁵⁰⁷, algumas perguntas cruciais: Por que, em sede de motivação, o juiz deve alicerçar sua decisão na lei? Quais as razões lógicas e morais que levam o juiz a se resignar com a lei e, em consequência, a abdicar da possibilidade de construir a “sua” solução, que repute mais justa e equitativa, fora das fronteiras dos textos legais, para o caso concreto submetido à cognição jurisdicional, como quando convencido da improficuidade ou da injustiça da lei vigente? Por que e como a lei obriga? Onde está o fundamento de tal obrigatoriedade? Quais são os seus limites racionais? Adeus ao jusnaturalismo? Ante as assim chamadas “lacunas

²⁵⁰⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 6.

²⁵⁰⁶ Ibidem, p. 7: “A filosofia não existiria se todos os filósofos culminassem em conclusões uniformes, idênticas. A filosofia é, ao contrário, uma atividade perene do espírito ditada pelo desejo de renovar-se sempre a universalidade de certos problemas, embora, é claro, as diversas situações de lugar e de tempo possam condicionar a formulação diversa de antigas perguntas: o que distingue, porém, a Filosofia é que as perguntas formuladas por Platão ou Aristóteles, Descartes ou Kant, não perdem a sua atualidade, visto possuírem um significado universal, que ultrapassa os horizontes dos ciclos históricos. A universalidade da Filosofia está de certa forma mais nos problemas do que nas soluções, o que não deve causar estranheza se lembrarmos, com Jorge Simmel, que a Filosofia mesma é, por assim dizer, o primeiro de seus problemas, revertendo o seu problematicismo sobre a sua essência. A pesquisa das razões últimas das coisas e dos primeiros princípios implica a possibilidade de soluções diversas e de teorias contrastantes, sem que isto signifique o desconhecimento de verdades universais que se imponham ao espírito com a força irrefragável da evidência”.

²⁵⁰⁷ FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1991. p. 18: “De los textos de K. Popper e I. Berlín se deduce que la Filosofía es discusión, reflexión, crítica, “salida de la duda metódica” y “eterna puesta en cuestión”, como ha escrito M. Villey; “continua provocación”, “que exige permanente vigilancia crítica”, como ha señalado Arthur Kaufmann. Así, la principal característica de la Filosofía y su núcleo básico es la reflexión crítica sobre los problemas del conocimiento y de la acción humana, en permanente contacto con los métodos y resultados de las distintas ciencias”.

ideológicas”²⁵⁰⁸, como o juiz haverá de proceder? A Filosofia do Direito, em considerável medida, exhibe como ministério a crítica da experiência jurídica, na acepção de cravar suas balizas transcendentais, vale dizer, as condições que toam de supedâneo àquela experiência.

Sob outro prisma, a problematização da justificação (indagação crítica de pressupostos) do dever de motivar (v. g., significação técnica e/ou de garantia), no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito, convida, um passo à frente, a nova justificação radicada na condição essencial de transcendentalidade da igualdade moral e jurídica²⁵⁰⁹. Explica-se: a igualdade é, a um só tempo, não apenas a base de sistema de Justiça que aspire à seriedade, senão também está acima de todos os demais valores que o informam. A igualdade é o bem supremo (e estruturante) da Justiça, cuja parte natural tem a mesma força em todos os lugares e existe independentemente da vertente de pensamento dos indivíduos²⁵¹⁰. A igualdade das partes no processo judicial, ou seu imprescindível tratamento isonômico, erige-se, aqui e alhures, em evidência universalmente válida, a qual se põe (não se pressupõe) na motivação da decisão jurisdicional.

Numa linha: a exigência fundamental de igualdade que plasma a concepção de Justiça equitativa ou - o que é o mesmo - a condição essencial de igualdade no tratamento das partes no processo dialético é a justificação da motivação da sentença. Assim como não há democracia sem povo, também a Justiça somente poderá vicejar, numa visão linear, à luz da

²⁵⁰⁸ Na perspectiva das assim denominadas “lacunas ideológicas”, vide BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011. p. 136-137: “Anteriormente, procuramos esclarecer em que sentido é possível falar de lacunas no ordenamento jurídico, ou de incompletude do ordenamento jurídico: não no sentido, repetimos, de ausência de uma norma a ser aplicada, mas da ausência de critérios válidos para decidir qual norma aplicar. Mas existe um outro sentido de lacuna, mais óbvio, quero dizer, menos controverso, de lacuna, que merece breve ilustração. Entende-se por “lacuna” também a ausência não de uma solução, qualquer que seja, mas de uma solução *satisfatória*, ou, em outras palavras, não a ausência de uma norma, mas a ausência de uma *norma justa*, isto é, daquela norma que gostaríamos que existisse, mas não existe. Como essas lacunas derivam não da consideração do ordenamento jurídico como ele é, mas do confronto entre o ordenamento jurídico como ele é e como deveria ser, foram chamadas “ideológicas”, para distingui-las daquelas que fossem eventualmente encontradas no ordenamento jurídico como é, e que podem ser chamadas de “reais”. Podemos também enunciar a diferença do seguinte modo: as lacunas ideológicas são lacunas *de iure condendo*; as lacunas reais são *de iure condito*.” (Grifos no original).

²⁵⁰⁹ FERNANDEZ, Eusebio, op. cit., p. 38: “pienso que es posible partir de unos criterios mínimos de racionalidad práctica en torno a la idea de justicia. También es posible utilizar esos criterios de racionalidad práctica para, a partir de ellos, llevar a cabo una comparación y análisis crítico de los distintos sistemas jurídicos. Esos criterios mínimos a que me refiero responden a la satisfacción de necesidades humanas consideradas justas, necesidades humanas expresadas en las ideas de seguridad personal, *igualdad moral y jurídica*, libertad igual y bien común. En el concepto contemporáneo de los derechos humanos fundamentales nos encontramos la plasmación teórica y práctica de esse conjunto de necesidades, exigencias, derechos y deberes, que pueden valer como criterios mínimos de fundamentación de los principios básicos de una sociedad y un orden jurídico justo.” (Reforços gráficos nossos).

²⁵¹⁰ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012, Livro V. p. 25.

transcendentalidade da igualdade moral e jurídica, em cujo domínio mergulha raízes a motivação. Não seria despropositado dizer que a motivação, à sua vez e ante seu discurso argumentativo-racional-naturalista, também embasado na equidade²⁵¹¹, é elemento que concorre para a legitimação do exercício da jurisdição e contribui para a racionalização e boa administração da Justiça.

Parece bem sublinhar, nesse passo, a recorrente distinção entre legitimidade e legitimação. Em apertada síntese, aquela (a legitimidade), como problema essencialmente ético, está conectada aos fundamentos de validade das camadas de domínio/obediência, vale dizer, à justificação normativa do aparato jurídico-político. Os destinatários da autoridade dos titulares do poder político formulam juízos valorativos (axiológicos), de aceitação²⁵¹² ou de repulsa, sobre tal autoridade, tendo como parâmetros as ideias e os ideais predominantes do bom e do justo/equitativo, em determinada quadra histórica e sociocultural. Avulta, aqui, o livre consenso²⁵¹³ em relação a valores fundamentais, notadamente morais, emergentes da experiência comunitária. Noutra giro, com feição instrumental, a legitimação denota os meios e os processos de que lança mão o poder constituído (ou que se visa constituir) com o fito de despertar e de agricultar a aceitação, o consenso e o reconhecimento em seu território. A

²⁵¹¹ Além das técnicas apuradas da interpretação extensiva e da analogia e da atividade mais sutil dos princípios gerais de direito, têm-se as chamadas normas de equidade, as quais, mediante juízos de equidade, fazem justiça à luz das especificações do caso concreto posto à decisão judicial. Sobre o ponto, vide REALE. Miguel. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 301: “Os romanos advertiam, com razão, que muitas vezes a estrita aplicação do Direito traz consequências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*. Não raro, pratica injustiça o magistrado que, com insensibilidade formalística, segue rigorosamente o mandamento do texto legal. Há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real.”

²⁵¹² MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1346: “a legitimidade democrática do poder judiciário baseia-se na aceitação e respeito de suas decisões pelos demais poderes por ele fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos.”

²⁵¹³ Sobre a incandescente problemática da legitimação pelo consenso, consulte-se ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série IDP – Linha direito comparado). p. 129-131, esp. p. 131: “Também a simples consulta à opinião da maioria não garante de imediato que todos decidam segundo a sua consciência. A consulta deixa a cada um a possibilidade de agir como simples interessado. Além disso, há o perigo de a opinião da maioria ser uma superficial “opinião simpatizante” que pode ser manipulada por interessados. Para corrigir estes defeitos das decisões superficiais da maioria, tem de ser “clarificada” a capacidade consensual. Para esse efeito, precisamos de regras do jogo e de instituições que nos permitam chegar a decisões cujo resultado se possa justificar face à consciência orientada pela razão do maior número possível de cidadãos – e especialmente face ao sentido de justiça nas questões de justiça. Esta clarificação de decisões susceptíveis de consenso é uma das funções essenciais do sistema representativo. Na democracia representativa, coincidem a legitimação por procedimentos e a legitimação pelo consenso: aqui está, declaradamente, uma combinação de actuação dos órgãos do Estado e de opinião pública, que globalmente visa produzir, em processos de ponderação racional e distanciada, normas vinculativas e decisões concretas sensatas e “aceitáveis” para a maioria do povo.”

aceitação se transmuda em crença, certa ou não, de que o sistema vigente é o mais apropriado²⁵¹⁴.

De parte isto, não é fadiga inútil reafirmar que a justiça material vivente na sentença e sua legitimidade não podem ser eclipsadas pela legitimação do procedimento (v. g., mediante a participação das partes em contraditório). A legitimação do procedimento é necessária²⁵¹⁵, mas não se revela suficiente. A legitimação do procedimento, conquanto crie condições processuais suscetíveis de, com maior probabilidade, produzir uma decisão jurisdicional materialmente justa, não tem o condão de absorver sua legitimidade. A não ser assim, estar-se-á diante de uma teoria de “justiça sem justiça”²⁵¹⁶. Com efeito, a legitimidade conglomerada também componentes materiais²⁵¹⁷; a justeza do conteúdo da decisão pressupõe, cumulativamente, a par da correta escolha, interpretação e aplicação da regra jurídica (ou consuetudinária), o aceitável acerto da verdade dos fatos relevantes para o julgamento da causa.

Na vida do Estado Constitucional Democrático de Direito, a obrigatoriedade de motivação pública, mediante discurso justificativo jurídico e racionalmente válido, a par de representar o traço característico da jurisdição de nossa contemporaneidade e de exprimir a maior conquista civilizatória do processo equo e justo, é um grito de guerra contra a

²⁵¹⁴ No tocante às linhas essenciais da legitimação e sua diferenciação da legitimidade, vide DINIZ, Antonio Carlos, op. cit., p. 517: “A legitimação constitui, por assim dizer, um termômetro da disposição para a obediência e aceitação de uma ordem jurídico-política, ou, parafraseando Renan, a legitimação é um plebiscito diário. Em suma, a legitimidade implica num juízo de valor acerca da validade de uma dada ordem jurídico-política; a legitimação, a seu turno, constitui o procedimento de avaliação empírica da aceitação e reconhecimento reais da autoridade (consenso fático ou aceitação sociológica). No caso da legitimidade, o acento se localiza nos aspectos normativos dos critérios de justificação; na legitimação, a ênfase se põe na descrição fática dos elementos disposicionais para a obediência a um sistema político e jurídico. No que respeita aos domínios investigativos, a legitimidade integra o universo de pesquisa da filosofia política e do direito, ao passo que a legitimação é objeto de estudos da sociologia jurídica e da ciência política”.

²⁵¹⁵ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de et al. **Teoria geral do processo**, op. cit., p. 305-306: “Investigações sociológicas e sócio-políticas sobre o processo levaram a doutrina a afirmar que a observância do procedimento constitui fator de legitimação do ato imperativo proferido a final pelo juiz (provimento jurisdicional, esp. sentença de mérito).”

²⁵¹⁶ HÖFFE, Otfried. **Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. (Justiça e direito). p. 158.

²⁵¹⁷ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**, op. cit., p. 156.

deslegitimação, o autoritarismo e a arbitrariedade do modelo de injustiça atemporal vivificado pelo juiz Crono²⁵¹⁸.

²⁵¹⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de, op. cit., p. 18: “E o discurso jurídico só obriga até onde conduza a sua força de intrínseca persuasão, força vinculante que há de assentar no sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), nas valorações e princípios dele emanantes, e nas valorações sociais e culturais dominantes no seio da coletividade, enfim no direito como totalidade, para que tudo não redunde a final em puro arbítrio. Nesse difícil, mas necessário equilíbrio, em que exerce papel fundamental o dever de motivação adequada do ato judicial, habita a força e a legitimação da justiça perante a sociedade civil.”

CONCLUSÃO

Cumprido, ao fim e ao cabo da exposição, explicitar, em forma de enunciados objetivos, as conclusões revestidas de maior essencialidade:

1. O presente trabalho se situa numa quarta fase metodológica do processo, que se poderia denominar de instrumentalismo valorativo ou constitucionalizado, pois centrado na realização dos direitos fundamentais e atento à sua intensa permeabilidade moral num sistema aberto, plural e dialético.
2. A obrigatoriedade de motivação pública das decisões judiciais é elemento de organização e de funcionamento do Estado Constitucional Democrático de Direito.
3. Historicamente, há paralelismo entre os institutos da motivação e da impugnação da decisão judicial, pois não se afigura praticamente possível impugnar sem conhecer as razões sobre as quais o ato se funda e se justifica.
4. No Direito romano, o período da *cognitio extra ordinem* (de 209 d. C. até o fim do Império Romano) indica um novo modelo de processo, mediante julgamento escrito e, sobretudo, com hierarquização do sistema de administração da justiça, especificamente com a criação do Tribunal Imperial. A sentença injusta passara a ser recorrível através da *appellatio* e, portanto, suscetível de revisão. Esse dado histórico, apesar da lacunosidade das fontes, consente enxergar, a partir da possibilidade de impugnação, a exigência de motivação da decisão judicial.
5. A doutrina filosófico-política do Iluminismo, seja a de raiz germânica (ideologia de reforma política dos soberanos esclarecidos ou ditos iluminados), seja a de matriz francesa (ideologia de cunho revolucionário, conformada por pensadores distantes do poder vigente), influenciou intensamente diplomas normativos na enunciação da obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais.
6. O dever de explicitar as razões da decisão, até então, era concebido como vertente de controle hierárquico-burocrático do órgão superior sobre a atuação do juiz, adstrito, no entanto, às fronteiras internas do processo judicial.
7. Frederico II da Prússia, com a promulgação do *Codex Fridericianus Marchicus*, de 1748, operou significativa alteração desse perfil da motivação, que, deixando de ser sigilosa, passou a ter como endereço também as partes, não mais alijadas do conhecimento de seu conteúdo.

8. Nada obstante o evidente avanço, o instituto da motivação restava ainda confinado a uma concepção estritamente endoprocessual, despojada de publicidade externa, devendo as partes pleitear a informação sobre os motivos, a fim de que pudessem ofertar impugnação. A motivação, consonante com sua percepção endoprocessual, mantém-se como fator de racionalização da atividade decisória e da administração da justiça.

9. Na Itália, permeável às influências da doutrina jurídico-política do Iluminismo, a superação do jaez limitativo endoprocessual da motivação ocorrera apenas na famosa *Prammatica* de 1774, promulgada pelo rei Ferdinando IV, reorganizadora da administração da justiça no Reino de Nápoles, com a obrigatoriedade geral de indicação, em todas as sentenças, dos motivos que as sustentassem, incluindo a referência aos dispositivos legais (despachos reformistas do grande ministro Bernardo Tanucci).

10. Semelhante *Prammatica* oferece conotação política, original e inovadora, à impositação generalizada de um dever de motivar e à idônea publicidade das sentenças motivadas, através da imprensa, com formidável superação da concepção restritiva anterior, circunscrita ao aspecto endoprocessual.

11. O juiz foi, em evidente ineditismo, instado, mediante a explicitação de razões justificativas, a prestar contas à sociedade em sede extraprocessual, democraticamente, da justiça de suas decisões.

12. Estavam delineados todos os traços característicos da concepção moderna da motivação, os quais, poucos anos mais tarde, seriam consagrados pelo legislador revolucionário, em França, no *Code de Organisation Judiciaire*, de 1790, e, em Prússia, mediante a *Allgemeine Gerichtsordnung*, de 1793.

13. A obrigatoriedade de motivação pública das decisões judiciais é da tradição do direito luso-brasileiro. Previam-na, expressamente, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

14. As Ordenações Filipinas foram chanceladas, em 1643, por D. João VI, e vigoraram, no Brasil, até o advento do Regulamento n. 737, de 25.11.1850, o qual contemplava, também, a exigência de motivação (art. 232). A Consolidação Ribas das Leis do Processo Civil, de 1876, acolheu, igualmente, o preceito da motivação das decisões judiciais (art. 487).

15. Proclamada a República e com o advento da Constituição brasileira de 1891 estabelecendo a forma federativa de Estado, a obrigatoriedade de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais fora “recepcionada” e, por conseguinte, adotada pelos principais códigos de processo civil estaduais.

16. O Código de Processo Civil brasileiro unitário de 1939, de âmbito nacional, consagrou o dever de motivação dos pronunciamentos jurisdicionais (arts. 118, parágrafo único, e 280, inciso II).

17. A obrigatoriedade de motivação pública foi corroborada pelo Código de Processo Civil de 1973 (arts. 131, 165 e 458, inciso II).

18. A partir do marco histórico do segundo pós-guerra, floresceu na Europa, como reação enérgica aos regimes totalitários derrotados, extenso catálogo de direitos fundamentais concernentes ao processo justo. Na esteira do Estado Constitucional Democrático de Direito, a era do pós-positivismo jurídico patrocinou a supremacia de aspectos valorativos do Direito - tendo como epicentro axiológico a reafirmação da dignidade da pessoa humana - sobre o conteúdo da lei, ante a complexidade da vida social, consentindo a observância de outros critérios e a concretização de valores (v. g., soberania popular, transcendentalidade da igualdade, justiça), bem ainda favorecendo a reaproximação entre Direito e Ética, traduzida em fértil principiologia.

19. No contexto da experiência histórica do segundo pós-guerra, o exemplo mais frisante de inserção do dever de motivar as decisões judiciais no constitucionalismo contemporâneo, conexionado com um conjunto de garantias fundamentais do processo justo, é ofertado pela Constituição italiana de 1947, art. 111, § 1º (atual § 6º), e em âmbito infraconstitucional no art. 132, § 2º, n. IV, do *Codice di Procedura Civile* de 1940.

20. Conquanto não haja preceito expresso atinente à motivação das decisões judiciais na Lei Fundamental alemã de 1949 (*Grundgesetz*), que tem como centro de gravidade axiológico a dignidade da pessoa humana, prevalece a posição de sua obrigatoriedade, extraída da interpretação sistemática do texto “constitucional” germânico, por estar fortemente integrada a princípios fundamentais do processo, como expressão essencial da garantia do direito de ser ouvido em Juízo, mediante audiência justa, e da subordinação do juiz à lei e ao direito (arts. 103, 1, e 20, 3, respectivamente).

21. Outras Constituições europeias consagram, expressamente, o dever de motivação das decisões judiciárias, como a Constituição espanhola de 1978, em seu art. 120, 3. Já a Constituição portuguesa, de 1976, em sua dicção original, não proclamava expressamente a exigência de motivação das decisões judiciais, mas, por força da reforma de 1982, foi inserida pelo art. 205, n. 1.

22. No Brasil de hodierno, o dever de motivação das decisões jurisdicionais exhibe, também, natureza constitucional: Constituição Federal de 1988, art. 93, inciso IX, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004.

23. O Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, consubstanciado no PLS n. 166/2010 do Senado Federal e, posteriormente, na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei n. 8.046/2010, em seus arts. 11, 499, inciso II e § 1º, incisos I, II, III, IV, V e VI, e § 2º, consagra a mais avançada disciplina normativa sobre o dever de motivação da sentença civil.

24. Semelhante conjunto normativo, porventura aprovado, conferirá singularíssima dimensão ao dever de motivação das decisões judiciais, e, sobre determinar um novo modelo de motivação, definirá o “conteúdo mínimo essencial” necessário para que se considere uma sentença adequada e racionalmente motivada.

25. O juiz, enquanto ser humano (“demasiadamente humano”), adquire, ao longo da vida, multifárias noções decorrentes do meio sociocultural, de sua educação, de suas convicções religiosas e filosóficas, de injunções históricas, de fatores ideológicos. O “ser juiz” não é uma espécie de Robson Crusoe, ilhado dos influxos de suas experiências pessoais e profissionais, a par de se submeter a imperativos morais e éticos.

26. Não se pode isolar o juiz de suas vivências pessoais, de sua biografia, de sua tradição histórica, de seus valores existenciais, de seu espaço-tempo humano.

27. Não se pode incidir no equívoco crasso de confundir o conceito de imparcialidade com aqueloutro de neutralidade do juiz. A rigor, tais conceitos são irreconciliáveis entre si.

28. A transcendentalidade da igualdade ilumina a garantia de imparcialidade do juiz e, pelo tanto, não lhe é lícito preferir a vitória do autor ou a do réu, tampouco operar de modo a patrociná-la, por razões atinentes a traços e circunstâncias pessoais de um ou de outro. Com efeito, o Estado-juiz não está autorizado, por exemplo, a nutrir simpatia ou antipatia por um ou outro litigante, nem, menos ainda, a esfalfar-se, inspirado tão somente na condição pessoal de cada qual, no sentido da vitória ou da derrota do autor ou do réu, sob pena de quebra de seu dever de imparcialidade.

29. É de se repelir, em perspectiva crítica, o mito da neutralidade axiológica absoluta do juiz, pois todo ato humano se reporta sempre a valor. Ademais, a visão de administração da justiça como função neutra é refutada por sua própria concepção como uma instância de natureza política, orientada pelo texto constitucional e compromissada com a dignidade da pessoa humana, a concretização dos direitos fundamentais, a efetividade das normas constitucionais e a realidade social. Tais são os traços característicos do constitucionalismo contemporâneo. O

poder do juiz não é nulo nem neutro, pois não se pode desconhecer o papel dos valores na atividade jurisdicional.

30. As linhas essenciais da justificação racional podem ser assim definidas: (i) estrutura lógica, pela qual a validade dos enunciados fáticos e jurídicos do discurso justificativo há de ser suscetível, à luz de critérios lógicos, de reconhecibilidade e de controlabilidade; (ii) retórica não como persuasão, mas representada pelo emprego de argumentos racionais. A função primária do juiz não é a de persuadir retoricamente as partes ou a sociedade, embora reflexamente seja bom que tal ocorra. O seu papel é o de justificar (convalidar, racionalizar, tornar aceitável) sua decisão mediante o uso de argumentos válidos, identificáveis e racionais, atentando-se para a diversidade entre lógica do juízo (*v. g.*, eleição do valor, sua avaliação para formulação do juízo, inserção do juízo de valor no complexo do raciocínio decisório) e lógica da motivação (*v. g.*, justificação do critério de escolha do valor, justificação do juízo de valor, justificação das consequências extraídas do juízo de valor); (iii) dialeticidade na dinâmica do procedimento, traduzida em duas dimensões, como o constante diálogo entre partes, em simétrica paridade, em contraditório, entre partes e juiz e entre juiz e partes, bem como a possibilidade de influir concreta e eficazmente na formação intelectual da convicção do juiz, especialmente sobre a relação fato-norma; (iv) o juiz deve demonstrar, no contexto da motivação, que levou em consideração toda a atividade argumentativa e probatória, bem como o material fático-jurídico produzido pelas partes na oficina do contraditório; (v) a argumentação justificativa há de ser coerente; (vi) a estrutura do raciocínio deve considerar os fatos que tenham sido devidamente provados; (vii) levar em conta todos os fatores juridicamente relevantes; (viii) não introduzir no processo de elaboração qualquer outro fator que não o seja; (ix) atribuir a cada um dos fatores a considerar o peso, o valor que efetivamente lhe confira o ordenamento jurídico; (x) na condição de que todos tenham o mesmo valor, ao juiz cumpre expressar as razões de sua escolha em prol de um deles, sem incorrer em erros lógicos.

31. Como a finalidade da motivação é justificar jurídica e racionalmente a decisão, deve possuir um conteúdo mínimo essencial que abranja: (i) a explicitação das escolhas feitas para a identificação das normas aplicáveis; (ii) a enunciação das eleições tendentes à interpretação de tais normas; (iii) o correto acertamento da verdade dos fatos relevantes; (iv) a atribuição de qualificação jurídica aos fatos e, a partir daí, a extração das consequências jurídicas; (v) o feixe de nexos de implicação e de coesão entre os enunciados fático-jurídicos e entre estes e a

conclusão final; (vi) a fundamentação dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz, de sorte que desponham como racionalmente corretos.

32. A justificação não prescinde (ela própria) de ser justificada, configurando uma espécie de justificação abissal: toda justificação, antes de justificar, deve ser justificada.

33. O raciocínio decisório difere do raciocínio justificativo não apenas sob a ótica estrutural, senão também fenomenológica: aquele implica atividade; este configura um discurso. Tais raciocínios são estrutural e qualitativamente diversos e têm funções diferentes: a ossatura do raciocínio decisório serve à formação do *decisum* em si, enquanto a estrutura da motivação tem por fito ministrar razões que justifiquem o decisório.

34. Nada obstante, pode haver íntima aproximação entre juízo e motivação: pontos de contato entre raciocínio decisório e justificação (v. g., ao elaborar a motivação o juiz pode discernir critérios e inferências racionais utilizados no procedimento de formação da decisão).

35. As principais teorias do juízo e da motivação (silogismo judicial, tópica, retórica) apresentam suas virtudes e vicissitudes.

36. A fórmula de matriz juspositivista que representa o juízo e a motivação como um silogismo (premissa maior: formulação da norma aplicável ao caso particular; premissa menor: fixação dos fatos acertados como verdadeiros; e conclusão) empobrece as virtualidades do raciocínio judicial.

37. O modelo silogístico deixa de fora justamente a atividade essencial de fixação das premissas de fato e de direito.

38. Não se pode reduzir o juízo decisório a uma concatenação lógico-dedutiva, como se a decisão traduzisse uma mera operação aritmética. No plano do raciocínio justificativo, não se consente espaço algum para a construção de juízos de valor e de processos de apreçamento, seja na fixação das premissas de direito, seja no assentamento das premissas de fato. Em sede da teoria da motivação, a doutrina do silogismo judicial afigura-se incompleta, haja vista que a estrutura silogística é apenas uma peça da engrenagem da motivação, mas não é a única.

39. Sob o prisma da estrutura da decisão, o raciocínio judicial, em seu último momento, pode refletir um silogismo jurídico, pois não se pode ignorar a existência de atividade dedutiva ou de subsunção na aplicação da norma geral ao fato particular.

40. Na contramão da doutrina do silogismo judicial desponta a teoria do raciocínio tópico, que refuta a possibilidade de o raciocínio jurídico fluir de fontes rigorosamente dedutivas e de um sistema fechado de conceitos jurídicos (jurisprudência dos conceitos). A teoria tópica, lançando mão de noções de senso comum, de princípios gerais, axiomas e conceitos jurídicos

comumente aceitos, com a prevalência de fatores de razoabilidade e de equidade, em um ininterrupto fluxo de diálogo semântico, cultural e valorativo com a ambiência social, convida o juiz a atuar em consonância com o quadro cultural da sociedade em que opera.

41. Pelo menos quatro considerações críticas podem ser feitas relativamente à teoria tópica do juízo e da motivação: (i) a aceitabilidade da justificação da decisão judiciária está jungida a um consenso difuso e geral no meio social, por vezes, reafirme-se, fluido, ambíguo e até infenso à individualização, máxime em sociedades marcadas pelo multiculturalismo, pela pluralidade de ideias e de ideais e pelo dissenso democrático; (ii) a justificação escapa de controle lógico-jurídico, posto que se deve resignar ao senso comum sedimentado; (iii) o *topos* retrata uma formulação reducionista e meramente aproximativa de uma regra de juízo, daí descendendo que, na motivação, semelhante simplificação resulta no emprego de fórmulas padronizadas, de argumentos de autoridade, de aforismos clássicos, de noções de senso comum, que, não raro, arrastam o discurso justificativo para uma praia distante das exigências de justiça, de juridicidade, de correção lógica; (iv) a tópica não configura, de si, um método argumentativo dotado de autonomia, que possa ser abraçado como arquétipo geral pela motivação, dès que desconforme à estrutura racional do discurso justificativo judicial, conquanto valorize elementos metajurídicos (*v. g.*, ideológicos, sociológicos) que povoam o discurso prático da motivação, permitindo controlabilidade extraprocessual, política, democrática e difusa sobre a “obra” do juiz.

42. A teoria retórica do juízo e da motivação preconiza, em substância, que o raciocínio do juiz não tem índole lógico-demonstrativa típica das ciências exatas, mas natureza retórico-argumentativa ou persuasiva. A nova retórica perelmaniana advoga que o raciocínio jurídico é dialético-prático, referenciado a juízos de valor e a eleições de caráter axiológico, cuja racionalidade é sindicada mediante sua capacidade para alcançar aprovação no âmbito de um auditório (universal ou particular).

43. Contudo, a teoria retórica referenciada à formação do juízo e à elaboração do discurso justificativo é permeável a inúmeras observações críticas, reproduzindo-se, nesse passo, apenas oito: (i) o raciocínio jurídico demonstrativo, no contexto do discurso prático, não exhibe a cogência do discurso lógico-matemático, donde a demasia da análise que lhe é feita pela retórica de útero perelmaniano ao afirmar a carência de logicidade ao raciocínio jurídico despido de rigorosa dedução demonstrativa; (ii) o elemento valorativo é apenas um dos componentes do raciocínio jurídico, mas não tem o condão de exauri-lo: este não se reduz àquele; (iii) não se delinea uma unidade interna do raciocínio jurídico que a argumentação

retórica pressupõe; (iv) despreza-se a distinção entre juízos de valor, conectados à justificação retórica, e juízos de validade, suscetíveis de demonstração racional; (v) há tendência de generalização do raciocínio, desfavorecendo as peculiaridades reinantes nos contextos de deliberação e de justificação, os quais são caracterizados por tipos diversos de raciocínio; (vi) é frágil a concepção de auditório universal como vetor de verificação da racionalidade da argumentação, com base em preconceitos e lugares comuns, haja vista o elevadíssimo risco de manipulação de consensos/dissensos nas sociedades de massa contemporâneas, transmudando-se a irracionalidade difusa em “racionalidade”; (vii) despreza-se a validade objetiva da justificação do decisório; (viii) verifica-se a pretensão de, através do destaque de componentes retórico-persuasivos, espantar o cânone da indispensabilidade de uma estrutura racional da motivação e da estrutura lógica do discurso justificativo judicial.

44. No campo da semiologia e como instrumento de comunicação, a motivação, como discurso (sinal linguístico complexo), desempenha o papel de significar algo, ao passo que a motivação como significado de semelhante discurso (contexto de argumentação) exerce a função lógica de justificar a solidez e a coerência dos critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz para formular sua decisão, com base em um raciocínio jurídico e racionalmente válido. A função essencial da linguagem das decisões jurisdicionais é a de servir como um veículo de comunicação eficaz endereçado às partes e aos cidadãos em geral. Para alcançar tais escopos, um “bom juiz”, em acepção técnica, há de possuir uma redação clara, precisa, concisa, objetiva e coerente.

45. A semiótica da motivação da decisão ocupa-se da análise, da decodificação, da interpretação, da compreensão e da transmissão dos signos empregados na linguagem do discurso justificativo judicial, o qual deverá ser dotado, tanto quanto possível, de objetividade jurídica, em contraposição a um subjetivismo exacerbado. É dizer: a semiótica da motivação, neste peculiar signo linguístico, busca conciliar razão e sentimento, fornecendo instrumento de verificação da correção dos critérios de escolha ou de valoração empregados nos enunciados e no discurso jurídico acolhidos em sua decisão.

46. A motivação pode ser suposta como signo linguístico próprio ou indício. A motivação pode ser visualizada como conjunto de símbolos linguísticos que exibem significado próprio. Já na motivação como manancial de indícios, tem-se que, na interpretação do discurso justificativo, o observador pode haurir outros fatores e extrair aqueles outros aspectos fático-jurídicos que condicionaram a formulação da solução, embora sob um véu que os conserva ocultos: ambiciona-se tornar visível o invisível. A motivação é visualizada não como conjunto

de símbolos linguísticos que exibem significado próprio, mas entendida como um fato, derivado da atividade do juiz, tendente a levar, por exemplo, o observador a prospectar outros fatos ou circunstâncias atinentes ao juiz, ao *iter* seguido para alcançar a decisão, aos fatores que a condicionaram.

47. Constituem elementos da motivação: a integralidade, a força dialética, a correlação.

48. A motivação deve exibir plenitude justificativa, em relação a todas as escolhas (v. g., cognitivas, valorativas, interpretativas) adotadas pelo juiz em sua decisão. A inteireza da motivação (*completezza*) - atinente aos critérios jurídicos, hermenêuticos, cognitivos, valorativos - somente poderá ser sindicada à luz das especificações de cada caso concreto. As exigências de justificação material ou quantidade mínima de fundamentos são diretamente proporcionais às peculiaridades do caso particular submetido à cognição judicial, com reflexos na decisão.

49. Firme no princípio político da participação democrática, a dialeticidade significa que os litigantes produzirão a matéria-prima que necessariamente haverá de ser valorada e justificada, na formulação da solução das questões fático-jurídicas suscitadas pelas partes, em contraditório, colocadas na base da conclusão final, em condições de igualdade, perante juiz independente e imparcial. O amplo e contínuo diálogo judicial (entre partes, entre partes e juiz e entre juiz e partes), nas estruturas dialéticas do processo, a par de fortalecer o ideário de sua humanização, representa inestimável fator de legitimação do concreto exercício da função jurisdicional.

50. A motivação tem implicação material e não meramente formal. Daí descende que se faz mister não apenas a justificação formal, na qual o juiz ministre as razões que determinaram sua decisão, mas também, e sobretudo, a justificação material assente nos fundamentos depositados à base de tal deliberação e em suas correspondências com os dados realmente existentes nos autos do processo. Por conseguinte, o órgão julgador deve analisar (e evidenciar que levou em consideração) o material produzido pela atividade das partes, em contraditório, e efetivamente contido nos autos do processo.

51. No raciocínio judicial, há evidentíssima relação entre decisão e motivação, posto que a função da segunda é precisamente explicitar razões que possam validamente justificar a primeira. A conexão fica mais evidente quando se considera que o juiz deve aportar argumentos jurídicos e racionais que justifiquem a hipótese fático-jurídica por ele acolhida e também deve, sob o influxo da completude justificativa, ministrar as razões de refutação da

hipótese de decisão derrotada, no escopo primordial de incluir a atividade defensiva das partes no julgamento.

52. O direito fundamental à tutela jurisdicional qualitativamente efetiva e justa não prescinde de motivação cônica. Significa a correspondência entre o texto da motivação e os elementos considerados como fundamentos da decisão com os dados e perfis efetivamente existentes nos autos do processo. As razões justificativas hão de guardar, intrinsecamente, pertinência temática com a controvérsia submetida à cognição judicial e com o material encartado nos autos do processo e submetido ao filtro purificador do contraditório das partes, em cuja dimensão o juiz também se insere.

53. A motivação tem a natureza de um discurso justificativo, que não se reduz à simplória indicação de motivos (antecedentes causais) para explicar a decisão; antes, ao contrário, deve - atento aos parâmetros do material fático e jurídico carreado para os autos do processo pela atividade das partes e por iniciativa *ex officio* do órgão julgador, em contraditório - ministrar razões válidas que, em um contexto intersubjetivo, justifiquem jurídica e racionalmente não apenas a hipótese de julgamento placitada pelo juiz, senão também aquela por ele refutada.

54. A argumentação justificativa do *decisum* há de conformar-se aos valores preponderantes e aos cânones racionais comumente reconhecidos e aceitos no ambiente sociocultural e histórico no qual o juiz opera.

55. A racionalidade, para além de seu cunho instrumental (adequação dos meios aos fins) ou axiológico (fundamento dos fins ou dos princípios fundamentais informadores de um sistema ético), singulariza, de um lado, um discurso justificativo judicial despido de contradições e que a decisão seja objeto de inferências corretas dos próprios enunciados normativos e factuais (racionalidade interna); e, de outro, marca a congruidade contextual entre motivação e decisão ou a correção da forma pela qual foram objetivamente assentadas as premissas (racionalidade externa), a par do sentido harmonioso dos enunciados fático-jurídicos articulados no raciocínio judicial.

56. O raciocínio judicial apresenta dupla feição: interna (ou contexto decisório) e externa (ou contexto justificativo). Na primeira, a justificação consiste na estrutura lógica da decisão, com a utilização de técnica lógico-dedutiva, dizendo respeito à validade entre as premissas fático-normativas e a conclusão. No tocante às decisões, tal raciocínio é a relação entre as premissas, normas e a decisão final, as regras de inferência aceitáveis pelo juiz. A segunda (externa), principalmente nos chamados “casos difíceis”, sem o emprego da lógica dedutiva, mas com argumentação racional, consiste na justificação clara, congruente (congruência normativa e

narrativa) e coerente das hipóteses, da plausibilidade das premissas que fundamentam o raciocínio judicial, utilizadas na justificação interna, a justificação deregras aceitas, bem como na validação do raciocínio decisório.

57. No tocante à sua natureza, a motivação não visa (ou não tem que visar) reproduzir, com fidelidade, o *iter* lógico-psicológico, genético, percorrido pelo juiz para alcançar sua decisão. Não exhibe, pois, natureza descritivística do juízo; antes, ao revés, tem o caráter de fornecer razões escorreitas e válidas, em prol da justificação seletiva, jurídica e racional do julgado, tornando-o racionalmente controlável.

58. Reafirme-se que a justificação interna não tem a pretensão de espelhar o itinerário mental das deliberações efetuadas realmente pelo órgão julgador. Donde a distinção entre o processo de descobrimento (*process of discovery*) e o processo de justificação (*process of justification*).

59. A nova gramática da motivação exhibe três funções medulares. A primeira, de feição técnico-instrumental (endoprocessual), desempenha o papel de ponte entre decisão e sua impugnação. Consente, racionalmente: (i) apreçar a conveniência de a parte lançar mão de impugnação e estimar as respectivas chances de êxito, mediante o confronto das razões da decisão e aquelas comumente utilizadas, em casos análogos, pela instância superior; (ii) melhor estruturação dos argumentos de eventuais recursos, permitindo à parte recorrente identificar as impressões digitais dos vícios das decisões judiciais impugnadas, máxime nos recursos assinalados como de fundamentação vinculada, nos quais é de rigor a indicação de um erro-hipótese suscetível de acoplamento ao figurino desenhado pelo ordenamento jurídico-constitucional, inclusive com a exigência de prequestionamento explícito, vale dizer, de motivação expressa atinente ao ponto suscetível de ensejar interposição, no sistema processual brasileiro, de recurso extraordinário, de recurso especial, de recurso de revista, este último em âmbito trabalhista; (iii) controle sobre a concreta administração da justiça; (iv) supressão do cunho voluntarístico e subjetivo do exercício da jurisdição: não à mera vontade de comando do juiz (*Sic volo, sic iubeo*), pois que, à luz da racionalização da função jurisdicional, a sua vontade não pode desvaler a razão ou a inteligência; (v) acesso à racionalidade e à coerência argumentativa do juiz; (vi) facilitação da tarefa do juiz revisor (da impugnação), pela chave de acesso ao raciocínio utilizado pelo juiz da instância inferior para alcançar suas conclusões parciais e final, haja vista que a motivação oferece o cardinal parâmetro a ser meditado quando da análise das razões articuladas na peça de impugnação; (vii) maior racionalização e efetividade da atividade jurisdicional e eficiência de controle sobre a “obra” do juiz, pois, pelo menos, seis olhos (no juízo do recurso) veem provavelmente

mais do que dois (no juízo da causa); (viii) aprimoramento qualitativo das decisões judiciais e maior nível de justiça e de efetividade da própria tutela jurisdicional, também sob o aspecto de otimização dos resultados do processo, no que toca ao direito subjetivo material vulnerado ou ameaçado de vulneração.

60. A segunda função da motivação, já agora no plano extraprocessual, de cariz político e garantístico, democrático e difuso, descortina a possibilidade de aferição pela sociedade, expressada na opinião pública, entendida seja no seu complexo, seja como opinião do *quisquis de populo*, sobre a validade dos critérios de escolha ou de valoração empregados pelo juiz em sua decisão. A motivação desempenha, neste aspecto, o significativo papel de imposição de limites e de justificação do *quomodo* do exercício do poder pelo juiz, para além da juridicidade e da razoabilidade de sua decisão. O discurso justificativo judicial há de ser racional, coerente e, antes e acima de tudo, consonar com os valores preponderantes e aceitos em certa comunidade e determinada quadra histórica.

61. A motivação, enquanto fundamental garantia política, possibilita a democrática participação popular na concreta administração da justiça, de sorte que o discurso justificativo judicial há de estar incondicionalmente submetido aos direitos fundamentais proclamados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

62. Nessa perspectiva, o argumento irretorquível de que, valorativamente, a motivação transcende o seu aspecto exclusivamente técnico-processual descansa no problema das decisões insuscetíveis de revisão (e, portanto, de impugnação) proferidas em última ou única instância por Cortes Supremas. O *plus* é justamente sua dimensão de garantia política fundamental, objetiva e estrutural, no quadro do Estado Constitucional Democrático de Direito. Daí se segue que a inexistência de oportunidade de impugnação é desinfluyente para subtrair a decisão judicial da irrefreável necessidade de justificação jurídica e racionalmente válida.

63. A terceira função da motivação: as razões justificativas da decisão, ministradas pelo órgão julgador, permitem aferir, em cada caso concreto, o coeficiente de efetividade de todas as demais garantias constitucionais do processo justo. Consente, pois, tornar efetivo aquilo que, no plano abstrato, carece de efetividade prática. É dizer: a motivação obrigatória e pública tem por escopo tornar efetivas as garantias fundamentais do processo justo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade, direito de defesa, contraditório, independência e imparcialidade do juiz e sua sujeição à dimensão de juridicidade, duplo grau de jurisdição, publicidade, em suas vertentes interna e externa, devido processo legal). A motivação é o

único meio para que se possa verificar *in concreto* se tais garantias foram, de verdade, observadas no caso particular.

64. Consectariamente, no presente trabalho, a motivação é alçada ao patamar teórico de garantia do garantismo processual, por se constituir em condição essencial de efetividade, em cada caso concreto, de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo justo, no campo da concreta administração da justiça.

65. A motivação, em sua acepção técnica, reveste-se de singular importância para a correta interpretação do julgado e precisa definição do seu conteúdo, levando, por exemplo, à individualização do âmbito da coisa julgada material.

66. A motivação é condição essencial de jurisdicionalidade: sem motivação não há exercício legítimo da função jurisdicional.

67. Remarque-se que a motivação da decisão judicial, como amostra de garantia *in concreto*, permite: (i) a verificação da atuação equilibrada e imparcial do órgão julgador; (ii) o controle da juridicidade das decisões judiciais; (iii) a aferição sobre se o juiz levou em consideração as alegações formuladas pelas partes e se procedeu à valoração da prova em contraditório, assegurando-se aos litigantes efetiva e equânime participação no procedimento, de modo a influir no resultado final da atividade jurisdicional.

68. A motivação jurídica e racionalmente válida deve abranger tanto o juízo de direito quanto o juízo de fato. Na motivação *in iure*, no contexto de um procedimento válido, equo e justo, o juiz deverá justificar a fixação da premissa normativa, mediante a correção da escolha da regra jurídica aplicável e sua aceitável interpretação, ao passo que, na motivação *in facto*, o órgão julgador há de justificar com argumentos jurídicos e racionalmente válidos e controláveis (i) a seleção do material probatório (admissibilidade, pertinência e relevância), e (ii) a idoneidade dos critérios de inferência e de valoração tendentes a justificar a probabilidade de veracidade/falsidade dos enunciados fáticos empregados no julgamento da causa.

69. A motivação *in facto*, através de argumentação justificativa, permite aferir a eficácia que o juiz atribuiu a cada meio de prova, na qual se embasa a escolha da hipótese de fato vencedora, dotada de coeficiente maior de confirmação lógica no conjunto de provas adquiridas nos autos do processo.

70. Na atividade tendente a fixar o sentido da regra jurídica, a utilização de métodos hermenêuticos tradicionais (literal, lógico, histórico, sistemático) revela-se, já agora, insuficiente à concreção do Direito. No âmbito de uma nova interpretação criativa despontam

o eixo axiológico constitucionalmente consagrado, as opções valorativas, os direitos fundamentais, o papel criativo do intérprete, o princípio da máxima efetividade do texto constitucional, o protagonismo judicial.

71. Na motivação o juiz deverá ministrar, expressamente, as razões justificativas da qualificação jurídica dos fatos relevantes acertados na atividade de instrução da causa.

72. Há entrelaçamento entre a motivação e as demais garantias fundamentais do processo justo (v. g., acesso à tutela jurisdicional efetiva, igualdade, independência e imparcialidade, contraditório e ampla defesa, duplo grau de jurisdição, publicidade, devido processo legal).

73. A garantia da motivação representa a derradeira manifestação do contraditório, por possibilitar que as partes se certifiquem de que foram efetivamente ouvidas e que puderam, afinal de contas, influir na formação intelectual da convicção do juiz e, *ipso facto*, no conteúdo de sua decisão.

74. Há recíproca implicação entre dois fenômenos: fatos e motivação. Neste quadrante, raia o modelo racional de acertamento dos fatos, exprimido em um procedimento lógico-cognoscitivo de várias fases, cada qual composta de sequências ordenadas de inferências factuais (inclusive de formulação ou de verificação de hipóteses intermediárias) válidas, na medida em que são logicamente corretas. É certo que a livre convicção do juiz vincula-se ao dever de motivação pública de suas diretivas de escolha, a envolver opções valorativas de cariz ideológico, no contexto social, cultural, econômico, religioso e político em que o juiz opera. Daí descende que, à luz de suas vivências e noções, a neutralidade axiológica do juiz é um mito. O “ser juiz” nulo ou neutro, como preconizava a concepção montesquiana, é, hodiernamente, um argumento falacioso, logicamente inconsistente e inválido.

75. Pode-se dizer, esquematicamente, que há duas concepções principais da prova, como instrumento processual de: (i) persuasão, avultando sua função retórica, a influenciar a criação de estados mentais, distantes da latitude da racionalidade; e (ii) conhecimento, com ampliação do conceito de demonstração objetiva, a decorrer sua função essencialmente epistêmica, próxima da razão. Em obséquio ao critério racionalístico de perscrutação fática, assente na concepção racional da prova, ao juiz cumpre ministrar os motivos - apoiados em normas jurídicas, lógica probatória, razão prática, regras de experiência, presunções - que, sob o influxo da livre apreciação ou da persuasão racional, mas atrelados aos fatos da causa representados (transição do reino da prova para o reino dos fatos) nos autos do processo, contribuíram à formação intelectual de sua convicção, cuja cognição abrange fonte de prova, meio de prova e seu resultado.

76. As chamadas provas científicas, alicerçadas em métodos científicos como tecnologias probatórias no drama do processo, operam a redução do espectro de incidência do senso comum. Muito ao contrário do que se poderia imaginar, e apesar de robustecerem o grau de certeza e de controlabilidade das informações postas à disposição do juiz, não o dispensam de oferecer as razões justificativas logicamente estruturadas que condicionaram a decisão, principalmente no tocante ao controle de validade do conhecimento e dos instrumentos científicos utilizados para o accertamento da verdade dos fatos controvertidos.

77. A motivação, além de seu tradicional caráter técnico-instrumental, desempenha, no plano extraprocessual, acentuada função política e garantística, ao permitir, conjuntamente com a publicidade, controle racional e difuso sobre o binômio verdade/falsidade dos enunciados de fato formulados pelo juiz, os quais, em espaços culturais diversos, conformam sua decisão. Semelhante controlabilidade somente se afigura possível e eficaz no quadro de uma ideologia democrática de exercício do poder judiciário e da administração da justiça, conexas à concepção racional da decisão, notadamente no tocante ao juízo de fato.

78. No programa de motivação das decisões judiciais, vicejam os principais arquétipos de justificação: dedutivo, indutivo e retórico. No modelo dedutivo de raciocínio judicial, a justificação diz com o silogismo jurídico, em que, logicamente, a conclusão resulta da subsunção do fato (premissa menor) à norma abstrata (premissa maior). No modelo indutivo, busca-se valorizar a realidade, no sentido de que, com base nas especificações do caso concreto e sopesando os correspondentes valores sociais em jogo, o juiz adote uma solução para a lide e, ao depois, encontre (ou estabeleça) a norma jurídica que possa suportá-la. A atividade decisória, nesse modelo de raciocínio jurídico, é concebida como uma inferência indutiva: do caso particular para o estabelecimento da regra ou da norma geral. No modelo retórico de justificação, o discurso judicial não pode ficar à mingua de argumentação racional, sólida, válida e controlável, dos critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz em sua decisão.

79. No modelo retórico, a estrutura do procedimento justificativo, com oscilações terminológicas, distingue-se em dois planos, níveis ou graus: interno-primário e externo-secundário. O primeiro (interno-primário) consiste na atividade do juiz de subsunção dos fatos, objeto de accertamento esperável, à regra jurídica corretamente escolhida e aceitavelmente interpretada. O segundo (externo-secundário) traduz a justificativa apresentada para os critérios de escolha ou de valoração usados pelo juiz no decisório.

80. É importante que, mediante processo de decodificação dos signos linguísticos veiculados nos enunciados contidos na fundamentação, os três planos da Semiótica Jurídica (sintática, semântica e pragmática) atuem de modo sucessivo e interdependente, de sorte que um complemente o outro, confirmando ou infirmando o raciocínio judicial ou a conclusão final do juízo. Ademais, a Semiótica Jurídica pode contribuir para que se obtenha coerência, interna e externa, na decisão jurídica.

81. A justificação interna, reafirme-se, consistente na estrutura lógica da decisão com a utilização de princípios lógico-dedutivos, concerne à validade das inferências entre as premissas normativas e fáticas (encadeamento de proposições) e a conclusão final; é a relação entre as premissas da decisão-proposição, normas, e a decisão final, as regras de inferência aceitáveis pelo juiz, das quais os dados cognoscitivos resultam como implicação logicamente válida. A justificação interna confere à decisão maior nível de clareza, coerência e racionalidade. Sem abdicar da justificação interna, a justificação externa, máxime nos chamados “casos difíceis”, distante do método dedutivo, mas com argumentação racional, aparelhada de razões suplementares e de fatores jurídicos, consiste na justificação clara, congruente e coerente das hipóteses e das premissas utilizadas na justificação interna. A justificação externa, é útil remarcar, tem por finalidade justificar premissas, regras e a validade do raciocínio judicial.

82. O pensamento jurídico não desfruta de autossuficiência. O declínio do direito como disciplina autônoma reclama a experiência de formular um conceito mais abrangente de justiça, no afã de explicar a tomada de decisões judiciais e de subsidiar objetivamente a formulação das razões justificativas. Abre-se uma janela para um novo metamodelo teórico e prático da motivação, referenciado à interdisciplinaridade, com humildade para dialogar, necessariamente, com as demais áreas do conhecimento humano. Significa dizer que, na motivação, o juiz deverá aportar conhecimentos do direito objetivo e das regras clássicas de hermenêutica que orientam sua interpretação-aplicação, mas com aspectos multifacetados, oxigenados e iluminados pelas luzes da psicologia, da sociologia, da antropologia, da história, da economia, da política.

83. Não se afigura juridicamente admissível a técnica das chamadas motivações *per relationem*, *aliunde* e implícita. Tais perfis, na realidade, configuram apenas uma aparência de motivação (ou melhor: uma não motivação), a frustrar o controle racional, endo e extraprocessual, sobre os critérios de julgamento empregados pelo juiz.

84. Há conexão necessária entre motivação e decisão. Aquela não é apenas um discurso elaborado *a posteriori* para justificar esta, senão que constitui elemento essencial, estruturante, do próprio julgamento. Não se pode ignorar, quando nada, uma interconexão plausível: é o imperativo de o juiz exhibir uma argumentação justificativa sólida e racional que o impele a decidir de acordo com parâmetros de racionalidade, conquanto ontologicamente diversos sejam os contextos de deliberação e de justificação.

85. Metodologicamente, cumpre diferenciar as múltiplas deformações e vícios da motivação e na motivação, conforme o grau de gravidade de cada qual. De um lado, (i) omissão total de motivação gráfica; (ii) falta de motivação ideológica, equiparada à hipótese de ausência de motivação gráfica; (iii) incompatibilidade lógica radical entre as premissas ou entre as premissas e a ilação final, que também equivale à ausência total de motivação; e, de outro, (iv) omissão (salvo ausência de conteúdo mínimo essencial ou total falta de motivação gráfica ou ideológica); (v) insuficiências; (vi) contraditoriedade (ressalvadas as hipóteses caracterizadoras de contraste lógico visceral entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo), a importar consequências jurídicas diversas: ante a ausência de elemento vital de constituição, inexistência jurídica da decisão (nas hipóteses i, ii e iii) ou, inversamente, sua nulidade (nas hipóteses iv, v e vi).

86. Para os fins da posição teórica e prática sufragada no trabalho é útil remarcar que há dois regimes distintos e autônomos: a deformidade consistente na completa ausência de motivação da decisão judicial (gráfica ou ideológica, bem como a contraditoriedade absoluta entre as premissas ou entre as premissas e o dispositivo), com contaminação em grau máximo, provoca a inexistência jurídica da decisão (*tamquam non esset*), quer se tenha como parâmetro a função endoprocessual (técnico-instrumental), quer se tenha como referência a função extraprocessual (político-garantística) da motivação, indistintamente. Conducente dizer que, para a configuração da consequência de inexistência jurídica da decisão, é desinfluyente a condição de a motivação impossibilitar, ou não, o êxito do controle político-garantístico, democrático e difuso, jurídico e racional, em sede externa, pela sociedade ou pelos cidadãos, sobre o *quomodo* do exercício do poder pelo juiz.

87. Nessa moldura, a tese da decisão juridicamente inexistente, placitada no presente trabalho, está ancorada, em meio a muitos outros argumentos jurídicos e metajurídicos, em três eixos teóricos: (i) a formação do suporte fáctico da sentença afigura-se insuficiente e, ante a falta de motivação como elemento essencial/estrutural do ato, a sua formação não chega a se constituir; (ii) a motivação é *conditio sine qua non* de jurisdicionalidade, no exato sentido de

que, sem fundamentação, não há legítimo exercício da função jurisdicional; e (iii) a motivação, como garantia do garantismo processual, se erige em condição de efetividade de todos os demais princípios e garantias fundamentais do processo equo e justo, no campo da concreta administração da justiça. Sufraga-se a posição (iii) de que o garantismo processual necessita, ele próprio, ser garantido por meio da motivação.

88. Semelhante diferenciação, na experiência do processo judicial, tem inegável utilidade prática, por critério assente na consequência, porquanto, *v. g.*, a sentença materialmente existente, mas juridicamente inexistente, é refratária à coisa julgada. A *res iudicata*, no entanto, exibe o condão de promover a sanatória geral de todas as invalidades contidas no processo que não foram pronunciadas pelo órgão julgador.

89. Na contingência de produção de algum efeito prático, no mundo fático (uma coisa é existir faticamente, outra, completamente diversa, é existir juridicamente), a parte poderá defender-se por qualquer meio idôneo, desde simples petição, passando pela interposição de recursos cabíveis e, com plena coerência à tese ora abonada, até a propositura de ação declaratória de inexistência jurídica da decisão, por força da garantia fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário. Portanto, não há incompatibilidade entre inexistência do ato impugnado e sua impugnação, pois que, embora a sentença seja juridicamente inexistente, é um ato materialmente existente suscetível de produzir eventual consequência no mundo de carne e osso.

90. A segunda situação, já superado o plano da existência do ato jurídico processual, diz com outros vícios substanciais de motivação, de menor monta (mas igualmente graves), como, em regra, omissão, insuficiências e contraditoriedade, que podem determinar hipóteses de nulidade da decisão, com a possibilidade de o juiz decretá-la de ofício, e suscetível de impugnação através de recursos cabíveis (*v. g.*, embargos de declaração, apelação, recurso ordinário constitucional, recurso extraordinário, recurso especial, recurso de revista), dentro da mesma relação jurídico-processual, ou rescindível através de ação autônoma de impugnação, como a ação rescisória, mediante instauração de outra relação jurídico-processual. O trânsito em julgado exibe o condão de operar a sanatória geral de semelhantes vícios do processo, de sorte que, em sede de ação rescisória, a rescindibilidade não se confunde com o vício de invalidade do julgado.

91. Em âmbito de ação rescisória, confirmando-se o invocado vício de motivação, o pedido haverá de ser julgado procedente no *iudicium rescindens*, esgotando-se aí a atividade do

Tribunal, vale dizer, os autos serão enviados ao juízo prolator da decisão desfeita, a fim de que, em substituição, outra seja proferida, preservando-se, assim, o duplo grau de jurisdição.

92. O controle jurisdicional da sentença juridicamente inexistente ou da nulidade da decisão pode ser, primeiramente, implementado através do recurso de embargos de declaração, nos casos de motivação obscura, contraditória ou omissa, inclusive, por economia processual, com efeitos modificativos, exigindo, neste caso, a energização do contraditório. Para tanto, sustenta-se a necessária redenção dos embargos declaratórios no cotidiano forense. Ademais, pode ser interposto recurso de apelação e, ao depois, concomitantemente, recurso especial e recurso extraordinário (ou recurso de revista, em âmbito trabalhista).

93. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 emprestou sua adesão ao sistema restritivo puro, excluindo, expressamente, da abrangência da coisa julgada as questões resolvidas na motivação, até mesmo as de natureza prejudicial (art. 469: “Não fazem coisa julgada: I: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; III: a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.”). Neste diploma legal, o que, em linha de princípio, está sob os auspícios da coisa julgada material é apenas a resposta jurisdicional, enunciada no dispositivo, não sua justificação (motivação).

94. As portas da coisa julgada poderão excepcionalmente se abrir à solução abonada à questão prejudicial, se e quando objeto de ação declaratória incidental ou de requerimento específico das partes perante juiz competente, e se constituir pressuposto imprescindível para o julgamento da lide (CPC, arts. 5º, 325 e 470).

95. Todavia, o Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, em posição diametralmente oposta, consagra radical inovação, ao estabelecer, em seu art. 514, § 1º, a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais, independentemente de qualquer pedido das partes, mitigando o princípio dispositivo.

96. O legislador brasileiro, em tema de prejudicialidade, sob o perfil prático, parece criar mais estabilidade, com a finalidade de redução da litigiosidade, através da frustração de processos futuros e a eliminação do grave risco de decisões discrepantes. Porém, é o contrário que acontece: cria-se formidável instabilidade para as partes acerca da abrangência da demanda, com a perda do controle do processo, máxime por força da diferente natureza das questões prejudiciais, exigindo-lhes maiores esforços processuais. As questões intermediárias, suscitadas no *iter* do procedimento, são imprevisíveis, a par de não concretizarem o ideário de economia e de efetividade processual, por insemnarem o litígio de complexidade, ingurgitando sua tramitação, tornando-a mais morosa, na contramão da garantia fundamental

da duração razoável do processo. Nesta perspectiva, não são desprezíveis as dificuldades práticas, bem como o custo de tempo, dinheiro e energia. Cada processo transformar-se-á em um poço apocalíptico, sem fundo.

97. A solução sobre a questão prejudicial, com a cobertura da *res iudicata*, dar-se-á no espaço físico destinado à motivação (fundamentação) da sentença, a conformar, lógica e juridicamente, a solução da questão principal ou de mérito em sua parte dispositiva. Por assim ser, o dispositivo do art. 514, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil brasileiro, que expande os limites objetivos da coisa julgada de molde a compreender as questões prejudiciais, parece estar em forte rota de colisão com o dispositivo do art. 515, inciso I, do mesmo Projeto, que expressamente exclui daqueles limites “os motivos ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença”, pois as questões prejudiciais ganham solução justamente na motivação da sentença.

98. A motivação das decisões judiciais é o grito mais estridente contra a deslegitimação do exercício da função jurisdicional, além de caracterizar um dique de contenção do autoritarismo e da arbitrariedade do modelo de injustiça representado pelo juiz Crono.

99. A obrigatoriedade de motivação pública, na qual descansa o discurso justificativo judicial, jurídico e racionalmente válido, a par de consagrar o traço característico da jurisdição de nossa contemporaneidade, representa a maior conquista civilizatória do processo equo e justo.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable**: Un tratado sobre justificación jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. 313 p.
- ACCATINO SCAGLIOTTI, Daniela. La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal: un diagnóstico. **Revista de Derecho**, Universidad Austral de Chile, Valdivia, v. 19, n. 2, p. 9-26, dic. 2006. ISSN 0716-9132.
- _____. La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna? **Revista de Derecho**, Universidad Austral de Chile, Valdivia, v. 15, p. 9-35, dic. 2003.
- _____. **La motivación de las sentencias**: genealogía y teoría. 2005. 316f. Tesis (doctorado en filosofía del derecho) – Facultad de Derecho, Universidad de Granada, Granada, 2005. I.
- ACIERNO, Maria. La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 66, n. 2, p. 437-473, 2012.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 496 p.
- ADORNO JUNIOR, Helcio Luiz; SILVA, Luiz Pereira da. A linguagem jurídica como importante instrumento de efetivação da justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 72, p. 83-96, jul./set. 2010.
- AINIS, Michele. La “motivazione in fatto” della sentenza costituzionale. In: RUGGERI, Antonio (a cura di). **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1994. p. 167-192. ISBN 88-348-4109.
- ALCALÁ, Humberto Nogueira. El derecho a la igualdad en la jurisprudencia constitucional. **Ius et Praxis**: Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Talca, año 2, n. 2, p. 235-267, 1997.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Sentencia aparente y mayoría ficticia. **Derecho procesal mexicano**. 2. ed. México: Porrúa, 1985. 637 p. tomo 2.
- ALEXANDER, Larry. Tudo ou nada?: as intenções das autoridades e a autoridade das intenções. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito (Law and interpretation). São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 537-608. (Série Justiça e direito). ISBN 85-336-1317-2.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999. ISSN 0034-8007.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica .3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 350 p. ISBN 978-85-309-3242-8.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p. ISBN 978-85-7420-872-5.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. São Paulo: Círculo do Livro, [19--?]. 344 p.

ALISTE SANTOS, Tomás-Javier. **La motivación de las resoluciones judiciales**. Madrid: Marcial Pons, 2011. 478 p. ISBN 978-84-9768-864-2.

_____. La motivación judicial en el derecho romano y su proyección respecto a la nulidad de sentencias por falta de motivación en el derecho procesal moderno, con noticia particular del enjuiciamiento criminal. **Pensamiento Jurídico**, Bogotá, n. 21, p. 13-52, 2008. ISSN: 0122-1108.

ALLORIO, Enrico. Osservazioni sul fatto notorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 11, Parte 2, p. 3-17, 1934.

ALMEIDA, Bruno Rotta; ALBRECHT, Diego Alan Schöfer; BAGATINI, Júlia. O juiz e as motivações no ato de julgar: para além das legais. **Revista Direito em Debate**, v. 20, n. 35-36, p. 75-99, 2011. ISSN 2176-6622.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. Da fundamentação das decisões judiciais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 67, p. 194-213, jul./set. 1992. ISSN 0100-1981.

ALMEIDA, Vítor Luís de. A fundamentação das decisões judiciais no sistema do livre convencimento motivado. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 2497-2536, 2012. ISSN 2182-7567.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 1. 497 p.

ALVIM, Arruda. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 5. 353 p.

_____. **Manual de direito processual civil**: parte geral. 11. ed. rev., ampl. e atual. com a reforma processual de 2006/2007. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 1. 608 p. ISBN 978-85-203-3038-8.

_____. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. ISBN 978-85-203-3050-0.

ALVIM PINTO, Teresa Celina de Arruda. A sentença e a coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 41, p. 177-184, jan./mar. 1986. ISSN 0100-1981.

AMARAL, Jasson Hibner. Considerações acerca do dever de fundamentação das decisões: legitimidade democrática argumentativa do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo**, Vitória, v. 10, n. 2, p. 317-338, 2010.

AMERICANO, Jorge. **Estudo theorico e pratico da acção rescisoria dos julgados no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1936. 307 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1. 456 p.

AMODIO, Ennio. Motivazione della sentenza penale. In: **Enciclopedia del diritto**, v. 27. Milano: Giuffrè, 1977. p. 181-257.

AMORIM, Letícia Balsamão. Motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado democrático de direito. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 38, p. 69-79, maio 2006. ISSN 1678-3778

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**: corso di lezioni. Torino: Giappicchelli, 1990. 231 p. ISBN 88-348-0441-4

ANDREANI, Antonio. La motivazione della sentenza amministrativa. In: **La sentenza in europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 439-453. ISBN 88-13-16202-2

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Justificación de las decisiones judiciales: una aproximación teórico-práctica. In: REDONDO, María Cristina (Org.). **Estado de Derecho y decisiones judiciales**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009. p. 101-129. ISBN: 978-846-1368-92-1.

ANDRIOLI, Virgilio. **Commento al codice di procedura civile**: disposizioni generali. 3. edizione riveduta. Napoli: Jovene, 1957, v. 1. 425 p.

_____. **Commento al codice di procedura civile**: del processo di cognizione. Ristampa anastatica della terza edizione riveduta con appendice. Napoli: Jovene, 1960, v. 2. 752 p.

_____. Inesistenza della sentenza e difetto della motivazione. **Foro Italiano**, Roma, v. 1, p. 552-556, 1949.

_____. Inesistenza di sentenza e difetto di giurisdizione. **Foro Italiano**, Roma, v. 1, p. 342-348, 1949.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1973, v. 1. 586 p.

_____. Motivazione di sentenze o opinione personale dei giudici? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, volume 5 (1), p. 266-269, 1950.

ANSANELLI, Vincenzo. La consulenza tecnica. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 993-1099. ISBN 88-14-15758-8

ARAGÃO, Paulo Cezar. Reflexões sobre as sentenças terminativas. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 159-168, abr./jun. 1976. ISSN 0100-1981

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 4. 434 p. ISBN 978-85-309-2461-4

_____ et al. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 384 p. ISBN 978-85-7420-931-9

ARENAS LÓPEZ, Mailín; RAMÍREZ BEJERANO, Egil Emilio. La argumentación jurídica en la sentencia. **Contribuciones a las Ciencias Sociales**, Málaga, octubre 2009. ISSN: 1988-7833. Disponível em: <www.eumed.net/rev/cccss/06/alrb.htm>. Acesso em: 15 abr. 2014.

ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Edipro, 2011. 272 p. ISBN 978-85-7283-746-0

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2012. 230 p.

_____. **Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985. 317 p. ISBN: 85-230-0011-9.

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do juiz**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1996. 79 p. ISBN9788588278847

ARRUDA, Geraldo Amaral. Notas sobre a linguagem do juiz. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 658, p. 242-253, ago. 1990. ISSN 0034-9275.

ASCARELLI, Tullio. Inesistenza e nullità. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, Padova, v. 11, parte I, p. 61-65, 1956.

ASCHERI, Mario. Firenze dalla república al principato: la motivazione della sentenza e l'edizione delle pandette. In: **Tribunali, giuristi e Istituzioni**. Dal medioevo all'età moderna. Bolonha: Il Mulino, 1995. 282 p.

ASENSI, Felipe Dutra. **Curso prático de argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 132 p. ISBN 978-85-352-3736-8

ASÍ ROIG, Rafael de. Imparcialidad, igualdad y obediencia en la actividad judicial. **DOXA**, Alicante, n. 15-16, p. 913-928, 1994. ISSN 0214-8676.

ASSIS, Araken de. Sobre o método em processo civil. **Ajuris**, Porto Alegre, n. 14(39), p. 153-172, 1987.

ATIENZA, Manuel Rodriguez. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. 238 p. ISBN 9788587731999

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. O postulado da imparcialidade e a independência do magistrado no civil law. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 27, jul./ago./set. 2011. ISSN 1981-187X

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 190 p. ISBN 978-85-7420-937-1

AVILÉS MELLADO, Luis. Hechos y su fundamentación en la sentencia, una garantía constitucional. **Revista de Estudios de la Justicia**, Santiago, n. 4, 2004. ISSN: 0718-4735.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Vícios de motivação da sentença penal: ausência de motivação, motivação contraditória, motivação implícita e motivação per relationem. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 38, p. 122-141, abr./jun. 2002. ISSN 1415-5400.

BÁEZ SILVA, Carlos. Las decisiones judiciales: entre la motivación y la argumentación. In: BÁEZ SILVA, Carlos; SALGADO, David Cienfuegos; OLVERA, Sergio Arturo Guerrero (Coords.) **Estudios sobre Interpretación y Argumentación Jurídicas**. 2. ed. Mexico: Editora Laguna, 2010. p. 11-33. ISBN: 978-607-7679-10-3.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. atual. 17. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2010. 48 p. ISBN 85-7420-047-6

BANKE, Sara Rodrigues. **Motivação aliunde sob a perspectiva da dimensão estrutural do precedente**: critérios de escolha. 2010. 90 f. Monografia (Especialidade em Direito Público) - Escola de Magistratura Federal do Paraná - ESMAFE/PR, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/78846170/BANCKE-Sara-Motivacao-aliunde-sob-a-perspectiva-estrutural-do-precedente>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Lei nº 5.869, 11 de Janeiro de 1973. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. 484 p. ISBN 9788530926656

BARBOSA, Ana Paula Costa. **A legitimação dos princípios constitucionais fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 184 p. ISBN 85-7147-734-5

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A constituição e as provas ilicitamente adquiridas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 205, p. 11-22, 1996. ISSN 0034-8007

_____. A linguagem forense. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 241-249. ISBN 85-02-03197-X

_____. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 83-95.

_____. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 416, p. 9-17. jun. 1979.

_____. Coisa julgada e declaração. **Temas de direito processual**: primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 81-90.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 476 a 565. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5. 777 p. ISBN 978-85-309-2899-5

_____. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 101, v. 377, p. 43-61, jan./fev. 2005. ISSN 0102-8413.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 40, p. 7-12, out./dez. 1985. ISSN 0100-1981

_____. Efetividade do processo e técnica processual. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 17-29. ISBN 9788502023826

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 34, p. 273-284, abr./jun. 1984. ISSN 0100-1981

_____. Estrutura da sentença arbitral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 27, n. 107, p. 9-17, jul./set. 2002. ISSN 0100-1981

_____. Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 241-252.

_____. Julgamento e ônus da prova. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p.73-82.

_____. La publicité des actes de procédure comme garantie constitutionnelle en droit brésilien. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 69-76. ISBN 85-02-04527-X.

_____. Le raisonnement juridique dans les décisions de cours d'appel. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 109-129. ISBN 85-02-01367-X.

_____. O futuro da Justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 102, p. 1-13, abr./jun. 2001. ISSN 0100-1981

_____. O juiz e a prova. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 178-184, abr./jun. 1984. ISSN 0100-1981

_____. O neoprivatismo no processo civil. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 87-101. ISBN 978-85-020-5981-8

_____. **O novo processo civil brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 356 p. ISBN 978-85-309-3137-7

_____. O processo civil brasileiro: Uma apresentação. **Temas de direito processual**: quinta série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25-37. ISBN 85-02-01367-X

_____. O que deve e o que não deve figurar na sentença. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 117-124, ISBN 85-02-04527-X.

_____. Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39-52. ISBN 85-02-03197-X

_____. Por um processo socialmente efetivo. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 15-27. ISBN 85-02-04527-X.

_____. Privatização do processo. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 7-18. ISBN 85-02-03197-X

_____. Prueba y motivación de la sentencia. **Temas de direito processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 107-115. ISBN 85-02-04527-X.

_____. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. 1967. 132 p. Tese (livre docência) - Universidade Federal do Rio de Janeiro (Faculdade de Direito), Rio de Janeiro, 1967.

_____. Questões técnicas de julgamento nos tribunais. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 283-297. ISBN 978-85-020-5981-8

_____. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19-30. ISBN 85-02-03197-X

_____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. **Temas de direito processual**: segunda série. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61-72.

_____. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-66. ISBN 85-02-00525-1

_____. Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 27, p. 49-58, jun. 2005. ISSN 1678-3778

BARGIS, Marta. Note in tema di prova scientifica nel processo penale. **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 66, 2. serie, p. 47-66, 2011. ISBN 0035-6182

BARRAGÁN, Julia. La respuesta correcta única y la justificación de la decisión jurídica. **DOXA**, Alicante, n. 8, p. 63-74, 1990.

BARRETO, Ricardo de Oliveira Paes. **Curso de direito processual civil** – conforme a jurisprudência 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 1030 p. ISBN 9788571475885

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 372 p. ISBN 978-85-375-0814-5.

BARROS, Flaviane de Magalhães; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Os direitos fundamentais em Ferrajoli - limites e possibilidades no Estado Democrático de Direito. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coords.). **Garantismo penal no Brasil**: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 76-83. ISBN 978-85-7700-663-2

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 452 p.

BARROSO, Marcelo Lopes. Contraditório e motivação das decisões judiciais. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará**, Fortaleza, ano 2, n. 2, ago./dez. 2010. ISSN: 2176-7939.

BASSI, Franco. Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica). **Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico**, Milano, 15, (1), p. 17-113, 1965.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: arts. 92 a 126. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 4, t. 3. 526 p. ISBN 85-02-00518-9.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 605 p. ISBN 978-85-7420-828-2

_____. Nulidades processuais e apelação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et al (Coords.) **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 403-429 ISBN 978-85-309-2503-1

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 190 p. ISBN: 978-85-203-4422-4

BELLINETTI, Luiz Fernando. O conceito de sentença no código de processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, p. 218-229, abr./jun. 1984. ISNN 0100-1981

BENETI, Sidnei Agostinho. **Da conduta do juiz**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. 268 p. ISBN 85-02-04418-4

_____. Doutrina de precedentes e organização judiciária. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 473-487. ISBN 85-203-2891-1

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 1. 403 p.

_____. **Tratado de las pruebas judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1971, v. 2. 426 p.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito). 464 p. ISBN 85-336-2176-0

BERMUDES, Sergio. **Curso de direito processual civil**: recursos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. 223 p.

_____. **Iniciação ao estudo do direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1973. 130 p.

BERIZONCE, Roberto Omar. Control judicial de la pericia científica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 963-969. ISBN 85-203-2891-1

BESSO, Chiara. **La sentenza civile inesistente**. Torino: Giappichelli, 1997. 408 p. ISBN 9788834871270.

BETTI, Emilio. **Diritto processuale civile italiano**. Seconda edizione, corredata della recente giurisprudenza. Roma: Società Editrice del "Foro Italiano", 1936. 752 p.

_____. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici**: teoria generale e dogmatica. Milano: Giuffrè, 1949. 367 p.

_____. Processo civile (Diritto romano). In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1957, v. 13. p. 1.099-1.120.

_____. **Teoria generale della interpretazione**. Milano: Giuffrè, 1955. 982 p.

BILE, Franco. Sui metodi di lavoro della Corte di cassazione. **Il Foro Italiano**, Roma, v. 110, n. 4, Parte Quinta: Monografie e Varietà, p. 223-228, 1987.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Linguagem jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 408 p. ISBN 978-85-02-07323-4

BITTENCOURT, Frederico. **Do depoimento pessoal e da confissão**. Rio de Janeiro: S. ed. 1965. 188 p.

BIX, Brian. Questões na interpretação jurídica. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 205-232. ISBN 85-336-1317-2

BLANC, Emmanuel. **La preuve judiciaire**. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1974. 182 p.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p. ISBN 85-274-0328-5

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: EDIPRO, 2011. 175 p. ISBN 978-85-7283-751-4

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. rev. e atual. 11. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. 464 p. ISBN 85-7420-023-9

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. 859 p. ISBN 85-7420-473-0

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**: a garantia constitucional da proporcionalidade, a legitimação do processo civil e o controle das decisões judiciais. São Paulo: Atlas, 2006. 228 p. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). ISBN 85-224-4497-8

BORGES, Jorge Luis; GUERRERO, Margarita. **Manual de Zoología Fantástica**. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1966. 160 p. ISBN: 9789681604042

BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 29-44, 1996. ISSN 9788599992456

BORGES, Marcos Afonso. Da Audiência, da sentença e da coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 2, p. 263-270, abr./jun. 1976.

BOSCHI, Marco. Controllo di legittimità sui vizi di motivazioni. **Il Foro Italiano**, Roma, 113(111), p.474-494, 1988.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold J. **Stare decisis**: the alteration of precedent on the supreme court. New York: Cambridge University Press, 1995. 151 p. ISBN 0-521-45188-4

BROWNLIE, Ian. Le sentenze della corte europea dei diritti dell'uomo. **La sentenza in europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 586-594. ISBN 88-13-16202-2

BRUGI, Biagio. Motiva della sentenza e argomenti delle parti in causa. **Rivista del Diritto Commerciale**, Milano, 15 (2), p. 377-380, 1917. ISSN: 0035-5887.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. I. 580 p. ISBN 978-85-02-07835-2.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil** - procedimento comum: ordinário e sumário. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, t. 1. 563 p. ISBN 978-85-02-07757-7.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010. ISSN 0034-835X.

BUFULIN, Augusto Passamani. Limites sobre a atividade judicial na aplicação das normas abertas do Código Civil: critérios para análise de sentenças determinativas. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 37, p. 27-40, jan./mar. 2009. ISSN 1517-6290

BUZAID, Alfredo. A influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 12-26, jul./set. 1982.

_____. Do ônus da prova. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1973, v. 1. 285 p.

CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di diritto processuale**, Milano, anno 60, n. 2, p. 449-463, 2005. ISSN 0035-6182

CAHIN, Gérard. La motivation des decisions de la cour internationale de justice. In: FABRI, Helène Ruiz; SOREL, Jean-Mare (Dir.). **La motivation des décisions des juridictions internationales**. Paris: Editions A. Pedone, 2008. p. 9-90. ISBN 978-2-233-00537-3

CALAMANDREI, Piero. Anche i giudici sono uomini. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 2. p. 478-481.

_____. Appunti sulla sentenza come fatto giuridici. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 270-278.

_____. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 4. edizione. Firenze: Le Monnier, 1959. 406 p.

_____. Estensione del concetto di nullità alle sentenze “contra ius constitutionis”. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 35-62.

_____. Giustizia e politica: sentenza e sentimento In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 637-650.

_____. Il coefficiente storico ed il coefficiente dottrinario nella creazione dell'istituto. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 377-394.

_____. Il giudice e lo storico. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 393-414

_____. Il processo come giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 537-562.

_____. Il ricorso in cassazione per vizi di attività (errores in procedendo). In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 7. p. 235-264.

_____. Il ricorso in cassazione per vizi di giudizio (errores in iudicando). In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 7. p. 265-306.

_____. Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi per impugnare le sentenze. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 7. p. 201-233.

_____. Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 3. p. 3-51.

_____. **Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice**. Padova: CEDAM, 1943, v. 1. 305 p.

_____. **La cassazione civile**: disegno generale dell'istituto. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 2. 454 p.

_____. **La cassazione civile**: storia e legislazioni. Milano: Fratelli Bocca Editori, 1920, v. 1. 784 p.

_____. La cassazione in Italia fino alla restaurazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 631-646.

_____. La cassazione nel regno d'Italia. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 669-691.

_____. La combinazione dello scopo di nomofilachia collo scopo di unificazione giurisprudenziale. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 7. p. 91-106.

_____. La crisi della giustizia. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 579-636.

_____. La crisi della motivazione. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 664-677.

_____. La dialetticità del processo. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 678-690.

_____. La genesi logica della sentenza civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 11-54

_____. La sentenza civile come mezzo di prova. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 5. p. 559-578.

_____. La sentenza soggettivamente complessa. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 106-144.

_____. Lo strumento processuale per il raggiungimento dello scopo della cassazione. I vizi della sentenza e i mezzi per farli valere. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 7. p. 163-195.

_____. Motivi di nullità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 147-164.

_____. Nozione di “illegittimità costituzionale”. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 3. p. 354-369.

_____. Per la definizione del fatto notorio. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 5. p. 425-451.

_____. **Processo e democrazia**. Conferenze tenute alla Facoltà di diritto dell'Università Nazionale del Messico. Padova: CEDAM, 1954. 172 p.

_____. Relazioni di buon vicinato tra giudice e difensori. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 2. p. 403-411.

_____. Sentenze sintomatiche. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 1. p. 484-489.

_____. Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 6, parte I, p. 112-128, 1951.

_____. Sulla funzione politica della querela di nullità. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 6. p. 193-210.

_____. Verità e verosimiglianza nel processo civile. In: CAPPELLETTI, Mauro (a cura di). **Opere giuridiche**. Napoli: Morano, 1965, v. 5. p. 615-640.

CALMON DE PASSOS, J. J. Esboço de uma teoria das nulidades. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 7-20, 1989. ISSN 0100-1981

_____. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 168 p. ISBN 85-309-0918-6

CALOGERO, Guido. **La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione**. 2. ed. Padova: CEDAM, 1964. 298 p.

CALVINO, Italo. **O cavaleiro inexistente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. 120 p. ISBN 85-359-0679-7

_____. **Seis propostas para o próximo milênio: lições americanas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. 144 p. ISBN 85-7164-125-0

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, v. I. 528 p. ISBN 978-85-375-1163-3.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A motivação dos julgamentos dos Tribunais de 2º grau na visão do Superior Tribunal de Justiça: acórdão completo ou fundamentado? **Revista de Processo**, São Paulo, n. 162, p. 197-227, ago. 2008. ISSN 0100-1981.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 294 p. ISBN 97885-7147-392-8.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. Prefácio Michele Taruffo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 479 p. ISBN 85-203-2888-1

_____. Súmulas vinculantes. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 143-169, fev. 2009. ISSN 0100-1981.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1974. 192 p.

CANABARRO, Americo. **Estrutura e dinâmica do processo judiciário**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1971. 165 p. ISBN: 9788571470477.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 4. reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p. ISBN 978-972-40-2106-5.

_____. Estado de Direito. Lisboa: Gradiva, 1999. 84p. (Coleção Fundação Mário Soares: Cadernos Democráticos, n. 7) ISBN: 972-662-656-0

CANZIO, Giovanni. Le due riforme processuali del 2006 a confronto: vizio di motivazione, autosufficienza del ricorso e accesso agli atti nei giudizi civili e penali di legittimità. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale** /Continuacão de/ RIDA, Milano, v. 50, n. 1, p. 135-157, 2007. ISSN 0557-1391

CAPOGRASSI, Giuseppe. Giudizio, processo, scienza, verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 5(1):5, p. 1-22, 1950. ISSN 0035-6182.

CAPONE, Arturo. **Iura novit curia** (Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale). Milano: CEDAM, 2010. 162 p. ISBN 978-88-13299521

CAPONI, Remo. Controversie transnazionali ed elementi di giusto processo. **Relazione generali al XIV convegno mondiale dell'Associazione internazionale di diritto processuale**, Heidelberg, 26-30 luglio 2011. p. 1-67.

CAPOTORTI, Francesco. Le sentenze della corte di giustizia delle comunità europee. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 230-247, ISBN 88-13-16202-2

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988. Ano de edição: 2002. 168 p. ISBN: 978-8-58-827829-5

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. 96 p. ISBN: 8588278278.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999. 134 p. ISBN: 978-85-88278286.

_____. **La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità**. Milano: Giuffrè, 1962, v. 1. 411 p.

_____. **Proceso, ideologias, sociedad**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1974. 638 p.

CARACIOLA, Andrea Boari. Atributos linguísticos das decisões judiciais. **Portal Mackenzie**. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/artigos_2009/linguisticos_andrea.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. A motivação das sentenças de improcedência inicial de pedidos repetidos: harmonização do art. 285-A do CPC com o art. 93, IX, da Constituição. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, São Paulo, n. 116, p. 94-104. nov. 2012. ISSN 1678-3778.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**: palestras proferidas na Universidade de Yale. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 133 p. (Coleção justiça e direito). ISBN 85-336-1979-0

CARLOS BAYÓN, Juan. Epistemología, moral y prueba de los hechos: hacia un enfoque no benthamiano. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Ricardo (a cura di). **Análisi e Diritto**, año 2008. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 15-34. ISSN: 1126-5779.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: **Studio in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2. p. 693-772

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 65/5, p. 5-12, 1996. ISSN: 0100-1981.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça** - juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 252 p. ISBN 85-309-0961-5

_____. A ética e os personagens do processo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 358, p. 347-353, nov./dez. 2001. ISSN 0102-8413

_____. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 384, p. 229-241, mar./abr. 2006. ISSN 0102-8413

CARNELLI, Lorenzo. **O fato notório**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1957. p. 276.

CARNELUTTI, Francesco. Appunti sulla motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 6, parte 2, p. 88-90, 1951. ISSN 0035-6182.

_____. **Diritto e processo**. Napoli: Morano Editore, 1958. 440 p.

_____. Inesistenza dell'atto giuridico? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 10, Parte I, p. 208-211, 1955.

_____. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: EJE, 1973, v. 2. 346 p.

_____. **Istituzioni del processo civile italiano**. Quinta edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1956, v. 1. 557 p.

_____. **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, 1933, v. 4. 493 p.

_____. Lineamenti della riforma del processo civile di cognizione. **Rivista di Diritto Processuale civile**, Padova, v. 4, Parte 1, p. 335-429, 1939.

_____. **Progetto del Codice di Procedura Civile**: Parte Prima - Del processo di cognizione. Padova: CEDAM, 1926. 132p. (In cop: Supplemento alla Rivista di diritto processuale civile. A. 3., n. 1)

_____. Nullità della sentenza derivata da processo fraudolento. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 11, Parte 2, p. 46-48, 1934. ISSN: 0035-6182.

_____. **Sistema del diritto processuale civile**: funzione e composizione del processo. Padova: CEDAM, 1936, v. 1. 984 p.

_____. **Teoria generale del diritto**. Terza edizione emendata e ampliata. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951. 431 p.

_____. Torniamo al "giudizio". **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 4, Parte 1, p. 165-174, 1949. ISSN 0035-6182

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y language**. 3. edición aumentada. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986. 327 p. ISBN 950-20-0309-8

CARRION, Valentin Rosique. As sentenças incompletas. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 4, p. 106-142, out./dez. 1976. ISSN 0100-1981.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009. 748 p. ISBN 978-85-99349-28

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. In: PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO; Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Orgs.). **Decisão judicial: a cultura jurídica brasileira na transição para a democracia**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 87-137. ISBN 978-84-87827-32-7

CARVALHO SANTOS, J. M. de. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 2. 468 p.

_____. **Código de Processo Civil Interpretado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1946, v. 4. 522 p.

CAVALCANTI, Arthur José Faveret. **A estrutura lógica do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 333 p. ISBN 85-7147-027-8

CAVALLONE, Bruno. **La divulgazione della sentenza civile**. Milano, Giuffrè, 1964. 122 p.

_____. Crisi delle “maximen” e disciplina dell’istruzione probatoria. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 31, 2. serie, p. 708-728, 1976. ISBN 0035-6182

CAYMMI, Pedro Leonardo Summers. O papel da fundamentação das decisões judiciais na legitimação do sistema Jurídico. **Revista Dalética de Direito Processual**, São Paulo, n. 17, p. 115-133, ago. 2004. ISSN 1678-3778

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2009. 1323 p. ISBN 978.85.7468.439-0

_____. **Nuovi saggi di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1912. 250 p.

_____. **Principii di diritto processuale civile**. Milano: Jovene, 1965. 1.328 p.

_____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1. 436 p. ISBN 9788814042010

_____. **Saggi di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1993, v. 2. 486 p. ISBN 88-14-04201-2

CINTRA, Geraldo de Ulhoa. **História da Organização Judiciária e do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1970. 233 p.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Saggi. Volume 16 da Biblioteca di diritto processuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006. 271 p. ISBN 9788849512359.

CIVININI, Maria Giuliana. Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo ufficioso delle questioni e contraddittorio. **Il Foro Italiano**, Roma, Parte Quinta (Monografie e varietà), anno 124, v. 122, p. 1-10, gennaio 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: parte geral**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. 395 p. ISBN 978-85-02-06313-6

_____. **Roteiro de lógica jurídica**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. 115 p. ISBN 978-85-02-13900-8.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 303-418. (Justiça e direito). ISBN 85-336-1317-2

COLESANTI, Vittorio. Principio del contraddittorio e procedimenti speciali. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 30(2), p. 556-619, 1975.

_____. Sentenza inesistente... o inesistenza di logica interpretativa? **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, seconda serie, n. 2, p. 299-311, gennaio/marzo 1977. ISSN 0035-6182.

_____. Variazioni (in “re minore”) in tema de revocazione e sentenza giuridicamente inesistente. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 67, seconda serie, n. 2, p. 275-287, marzo/aprile 2012. ISBN 0035-6182

COLOMER, José Francisco Castelló. El doble grado de jurisdicción y la doble sentencia conforme. **Revista Española de Derecho Canónico**, Salamanca, v. 62, n. 159, p. 459-500, 2005. ISSN: 0034-9372.

COMANDUCCI, Paolo. Alcuni problemi concettuali relativi alla applicazione del diritto. **Diritto e questioni pubbliche**, Palermo, n. 10, p. 121-134, 2010. ISSN: 1825-0173.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Direzione del processo e responsabilità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 32, 2. serie, n. 1, p. 14-56, 1977. ISBN 0035-6182

_____. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 90, p. 95-150, abr./jun. 1998. ISSN 0100-1981

_____. Garanzie minime del “giusto processo” civile negli ordinamenti latinoamericani. Roma e America Diritto Romano Comune. **Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina**, Roma, v. 17, p. 213-227, 2004. ISSN 0716-5455.

_____. Il “giusto processo” civile in Italia e in Europa. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 116, p. 97-158, jul./ago. 2004. ISSN 0100-1981

_____. Il “giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 108, p. 133-183, out./dez. 2002. ISSN 0100-1981

_____. **La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile**. Padova: CEDAM, 1970. 368 p.

_____. L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali". **Rivista di Diritto Processuale**, Milano, v. 66, 2. serie, p. 30-46, 2011. ISBN 0035-6182

CONEGLIAN, Olivar Augusto Roberti. Princípio do juiz natural. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 155-172. ISBN 978-85-352-2916-5

CONTE, Philippe; LARGUIER, Jean. **Procédure civile** – Droit judiciaire prive. 17. ed. Paris: Dalloz, 2000. 182 p. ISBN 978-2247063178.

CORDERO, Franco. L'"inesistenza" della decisione giudiziaria (rilievi in merito ad un recenti contributo giurisprudenziale all'inquadramento del problema). **Rivista Italiana di Diritto Penale**, Milano, anno 10, p. 602-614, 1957.

_____. Riflessione in tema di nullità assolute. **Rivista Italiana di Diritto Penale**, Milano, buona serie, anno 1, p. 238-256, 1958.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 254 p. ISBN 978-85-203-3360-0

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da. **Direito processual civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3. 488 p.

_____. **Manual elementar de Direito Processual Civil**. 3. ed. atual. por Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1982. 503 p.

COSTA, Sergio. **Manuale di diritto processuale civile**. Terza edizione riveduta e aggiornata. Torino: Editrice Torinese, 1966. 628 p. ISBN: 8802034796.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. Reimpresión inalterada. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977. 524 p.

_____. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951. 116 p.

CRETELLA JÚNIOR, J. A prova no "desvio de poder". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 197-216, out./dez. 2002. ISSN 0034-8007

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 391 p. ISBN 85-309-1752-9

CREVANI, Riccardo. La prova testimoniale. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile**. (Trattato di Diritto Civile e Commerciale) Milano: Giuffrè, 2012. p. 273-383. ISBN 88-14-15758-8

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A tópică neoaristotélica de Theodor Viehweg - uma análise crítica de Manuel Atienza. **Revista da ESMESE** (Escola Superior da Magistratura de Sergipe), Aracaju, n. 07, p. 159-179, 2004. ISSN 1679-785X

CRUZ JR., Ademar Seabra da. **Justiça como equidade**: Liberais, comunitaristas e a autocrítica de John Rawls. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. 351 p. ISBN 85-738-7443.

CUCATTO, Mariana. El lenguaje jurídico y su “desconexión” con el lector especialista. El caso de ‘a mayor abundamiento’. **Letras de Hoje**, Porto Alegre, v. 48, n. 1, p. 127-138, jan./mar. 2013. ISSN 0101-3335

CUENCA, Horacio. **Proceso civil romano**. Buenos Aires, EJE, 1957. 413 p.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. 830 p. ISBN 978-85-7500-223-0

CUNHA, Paulo Ferreira da et al. **História do direito**: do direito romano à constituição europeia. Reimp. Coimbra: Almedina, 2010. 648 p. ISBN 978-972-40-2643-51

DALL’AGNOL, Antonio. **Comentários ao código de processo civil**: do processo de conhecimento - arts. 102 a 242 [coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 2. 662 p. ISBN 85-203-1884-3.

_____. Embargos de declaração. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 48, n. 275, p. 75-89, set. 2000. ISSN: 0103-3379.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and State authority**. Yale: Yale University Press, 1986. 247 p. ISBN 0-300-03567-5

DAN-COHEN, Meir. Interpretando o discurso oficial. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 651-674. (Justiça e direito). ISBN 85-336-1317-2

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 3. ed. 2. Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 556 p. (Ensino Superior). ISBN 85-336-0498-X

DELFINO, Lúcio. **Direito processual civil**: artigos e pareceres. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 399 p. ISBN 978-85-7700-483-6

DELGADO, Emiliano Sandoval. La libre valoración de la prueba en los juicios orales: su significado actual. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 13, p. 1-23, otoño 2011. ISSN: 1870-2155

DELGADO, José Augusto. A sentença judicial e a Constituição de 1998. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 61, p. 57-62, jan./mar. 1991. ISSN 0100-1981

_____. Princípio da instrumentalidade, do contraditório, da ampla defesa e modernização do processo civil. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 285, p. 31-60, jun. 2001. ISSN 0103-3379

DELLA ROCCA, Fernando. **Appunti sul processo canonico**. Milano: Giuffrè, 1960. 161 p.

_____. **Istituzioni di diritto processuale canonico**. Torino: Torinese, 1946. 461 p.

DELLORE, Luiz. Da ampliação dos limites objetivos da coisa julgada no novo Código de Processo Civil: *Quieta non movere*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 48, n. 190, p. 35-43, abr./jun. 2011.

DEMARCHI, Juliana. Ato processual juridicamente inexistente – mecanismos predispostos pelo sistema para declaração da inexistência jurídica. **Revista dialética de direito processual**, São Paulo, n. 13, p. 43-59, abr. 2004. ISSN 1678-3778

DEMARCHI, Paolo Giovanni. **Il nuovo processo civile**. Il processo di cognizione e di esecuzione. Il nuovo rito cautelare. Il nuovo procedimento sommario. Milano: Giuffrè, 2009. 573 p. ISBN 88-14-14979-8

DENTI, Vittorio. Inesistenza degli atti processuali civili. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1962, v. 8. p. 635-638.

_____. Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, n. 2, p. 217-231. 1968. ISSN 0035-6182

_____. Scientificità della prova e libera valutazione del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 27(3), p. 414-437, 1972. ISSN 0035-6182

_____. **Sistemi e riformi**: Studi sulla giustizia civile. Bologna: Mulino, 1999. 370 p. ISBN 8815071040.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Teoria general de la prueba judicial**. 2. edición. Buenos Aires: Victor P de Zavalía Editor, 1972, t. 1. 780 p.

_____. **Teoria general de la prueba judicial**. 2. Edición. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1972, t. 2. 743 p.

DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, p. 86-96, jul./set. 2002. ISSN 0100-1981

DIAS, Jefferson Aparecido. Princípio do devido processo legal. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 25-46. ISBN 978-85-352-2916-5

DIAS, Luciana Drimel. Motivação sentencial como garantia constitucional em um Estado Democrático de Direitos. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira; ROVER, Aires José. **Processo e Jurisdição**. Organização: CONPED/UFF. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 295-312. ISBN: 978-85-7840-092-7.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado democrático de direito. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 567-576. ISBN 85-203-2891-1

DÍAZ GARCÍA, Elías. Estado de derecho y democracia. **Anuario de la Facultad de Derecho** (Universidad de Extremadura), Extremadura, n. 19-20, p. 201-217, 2001-2002. ISSN 0213-988X.

DIAS NETA, Vellêda Bivar Soares. A interpretação dos direitos fundamentais: argumentação jurídica e hermenêutica na motivação das decisões judiciais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 5805-5822, 2010. ISBN 978-85-7840-036-1

DÍAZ SAMPEDRO, Braulio. La motivación de las sentencias: una doble equivalencia de garantía jurídica. **Foro**, Nueva época, Madrid, n. 5, p. 59-85, 2007. ISSN:1698-5583.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA; Paula Sarno, OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação de tutela. 8. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, v. II. 640 p. ISBN 978-85-7761-712-8.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 400 p. ISBN 978-85-7420-841-1

_____. **Fundamentos do Processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 1. 695 p. ISBN 85-7420- 314-9

_____. **Fundamentos do Processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, v. 2. p. 719-1490 ISBN 85-7420- 314-9

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1. 724 p. ISBN 978-85-7420-939-5

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 3. 847 p. ISBN 978-85-7420-941-8

DINIZ, Antonio Carlos. Legitimidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 515-516. ISBN 85-7431-266-5.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria geral do direito civil. 26. ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. 594 p. ISBN 978-85-02-07363-0

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. A decisão judicial. **Revista de Direito Renovar**, Rio de Janeiro, n. 1, p. 37-52, set./dez. 1995. ISSN 8571470154

DOSSETTI, Giuseppe. La Costituzione italiana: Il valore di un patrimonio. **Aggiornamenti sociali**, n. 11, p. 697-710, nov. 1994. ISSN 0002-094X

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 421 p. (Biblioteca Jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-091-9

_____. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. 669 p. (Biblioteca jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-402-3

_____. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 568 p. (Biblioteca Jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-251-7

_____. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p. (Justiça e direito). ISBN 978-85-336-2389-7

_____. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2005. 593 p. (Biblioteca Jurídica WMF). ISBN 85-336-2111-6

ESPINOSA CUEVA, Carla. **Teoría de la motivación de las resoluciones judiciales y jurisprudencia de casación y electoral**. Quito: TCE, 2010. 147 p. ISBN: 978-9978-92-806-6.

ESSER, Josef. Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 137-159.

EVANGELISTA, Stefano. Motivazione della sentenza civile. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano, v. 27, p. 154-180, 1977.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ação declaratória incidental**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 214 p.

_____. Embargos de declaração: Importância e necessidade de sua reabilitação. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado et al (Coords.) **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 47-95 ISBN 978-85-309-2503-1

_____. Fatos notórios e máximas de experiência. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 376, p. 3-10, nov./dez. 2004. ISSN 0102-8413

FADEL, Sergio Sahione. **Código de Processo Civil Comentado: Arts. 1º a 443**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 1. 756 p.

_____. **Código de Processo Civil Comentado: Arts. 444 a 889**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 2. 867 p.

FAGUNDES FILHO, Henrique. A equidade e o processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 707-723. ISBN 85-203-2891-1

FALZEA, Angelo. Gli standards valutativi e la loro applicazione. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 101-126, ISBN 88-13-16202-2

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. 140 p. (Justiça e direito). ISBN 85-60156-05-4

FAZZALARI, Elio. **Il giudizio civile di Cassazione**. Milano: Giuffrè, 1960. 215 p.

- _____. **Istituzioni di diritto processuale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1986. 622 p.
- _____. La imparzialità del giudice. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 27(2), p. 193-203, 1972.
- FERNANDES, José Henrique Lara. **A fundamentação das decisões judiciais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 196 p. ISBN 85-309-1922-X
- FERNANDEZ, Eusebio. **Teoria de la justicia y derechos humanos**. Madrid: Editorial Debate, 1991. 244 p. ISBN 9788474441512.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del garantismo penal**. 10. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. 1019 p. ISBN 978-84-9879-046-7
- _____. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 3. ed. Madrid: Trotta, 2002. 180 p.
- _____. Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción. **Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia**, México-DF, n. 15-16, p. 3-18, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. 111 p. ISBN 85-224-1692-3
- _____. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 205 p. ISBN 8502023713.
- FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. O garantismo penal, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. **Justiç@** (Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal), Brasília, n. 16, ano 2, out. 2010. ISSN: 1984-6878.
- FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 4. 556 p. ISBN 85-02-00964-8.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons, 2005. 111 p. ISBN 84-9768-240-8
- FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 837-840. ISBN 85-7431-266-5.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de direito e devido processo legal. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 15, p. 35-44, 1996. ISBN: 9788599992135
- FIKENTSCHER, Wolfgang. L'applicazione giurisprudenziale dell'analogia e dei principi generali del diritto. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 529-542, ISBN 88-13-16202-2
- FILARDI, Hugo. **Motivação das decisões judiciais e o estado constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. 148 p. ISBN 978-85-375-2121-2

FILIBERTO, Marisa. **La motivazione della sentenza civile**. 2012. 378f. Tesi (Dottorato di ricerca in Diritto Processuale Generale ed Internazionale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Catania, Catania, 2012.

FLORES GARCIA, Fernando. Comentarios acerca del “conocimiento privado del juez” en el derecho procesal mexicano. **Revista de la Facultad de Derecho de Mexico**, Mexico-DF, v. 61, n. 255, p. 161-198, 2011. ISSN 0185-1810

FRANCO, Mariulza. Máximas de experiência: legitimação pela fundamentação. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 389-403. 893 p. ISBN 978-85-2032-796-8.

FREITAS, Frederico L. de Carvalho. O dever de motivação das decisões judiciais: uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito - RE 540995/RJ. **Direitos Fundamentais & Justiça**: Revista do Programa de Pós-Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS, Porto Alegre, n. 12, p. 272-283, jul./set. 2010. ISSN 1982-1921.

FURNO, Carlo. **Teoría de la prueba legal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954. 222 p.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 1. 995 p. ISBN 978-85-309-2560-4

_____. (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 594 p. ISBN 978-85-309-3315-9

_____. Processo e Constituição. In: _____ (Org.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 3-44. ISBN 978-85-309-4848-1

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y método I**. 13. ed. Tradujeron Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito del original alemán Wahrheit und Methode. Salamanca: Sígueme, 2012. 697 p. ISBN 978-84-301-0463-5

GAMBA, Cinzia. L'integrazione dell'art. 101 c.p.c., il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio e la “scommessa aperta” dell'ordinamento processuale. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **Il processo civile riformato**. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p. 65-179. ISBN 97888080652162010.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar** – Ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. 345 p. ISBN 972-771-158-8

GARBOSSA, Daniella D'Arco. Princípio da Publicidade no Direito Processual. **Revista FMU Direito** (Faculdades Metropolitanas Unidas), São Paulo, ano 25, n. 36, p. 29-45, 2011. ISSN: 2316-1515.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **Teorias de la topica juridica**. Madrid: Civitas, 1988. 388 p. ISBN 9788473986359.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Concepciones de la prueba: Observación a propósito de Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad, de Michele Taruffo. **Discusiones**, Alicante, n. 3, p. 43-54, 2003. ISSN 1515-7326.

_____. La prueba judicial: valoración racional y motivación. In: CARBONELL, Miguel; FIXFIERRO, Héctor; VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). **Jueces y Derecho**. Problemas Contemporáneos. México: Editorial Porrúa, 2004. 417 p. ISBN: 978-97-007-4288-5.

_____. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010. 220 p. ISBN 978-84-9768-720-1

GIACOMOLLI, Nereu José; DUARTE, Liza Bastos. O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos. **AJURIS**, Porto Alegre, n. 102, p. 287-303, 2006. ISBN 1679-1363

GIANNATTASIO, Carlo. La magistratura. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (direto da) **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 169-197.

GIANNINI, Massimo Severo. Motivazione dell'atto amministrativo. In: **Enciclopedia del diritto**, Milano, v. 27, 1977. p. 257-268.

GIDI, Antonio; TESHEINER, José Maria Rosa; PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil: reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 194, p. 101-140, abr. 2011.

GIL CREMADES, Juan José. **La motivación de las decisiones jurídicas**. Derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Angel Duque Barragués, 1983, p. 415-433. ISBN 84-00-05467-9

GIORDANI, Mario Curtis. **História de Roma**: antiguidade clássica. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2002, v. 2. 395 p. ISBN 85-326-0352-1

GIORDANO, João Batista Arruda. Do arbítrio judicial na elaboração da sentença. **Ajuris**, Porto Alegre, 8(21), p. 221-225, 1981. ISSN 1679-1363

GODDING, Philippe. Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 37-67.

GOMES, Danilo Heber. **Ato processual (in)existente**. Curitiba: Juruá, 2013. 166 p. ISBN 978-85-362-4220-0

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 19. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 489 p. ISBN 978-85-309-2582-6

GOMES, Mario Soares Caymmi. O direito como linguagem e discurso: a retórica judicial. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 39, p. 259-284, 2009.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. 272 p. ISBN 85-203-2108-9

GÓMEZ, María Isabel Garrido. El valor de los precedentes judiciales em materia de igualdad. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Alcalá, n. 4, p. 27-48, 2011. ISSN: 1134-9492.

GONZALEZ ALEGRÍA, Marco Antonio Gabriel. La motivación como derecho fundamental. **Sufragio**, México, 3. época, v. 1, n. 1, p. 45-49, año 2008. ISSN 2007-0888.

GONZÁLEZ CASTILLO, Joel. La fundamentación de las sentencias y la sana crítica. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 33, n. 1, p. 93-107, 2006. ISSN: 0718-3437.

GORLA, Gino. Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole. **Il Foro italiano**, Roma, v. 103, Parte Quinta: monografie e varietà, p. 201-223, 1980.

GORPHE, François. **Les décisions de justice: Étude psychologique et judiciaire**. Paris: Presses universitaires de France, 1952. 199 p.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso en la actualidad. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México, n. 2, p. 57-70, 2004. ISSN 1870-8390.

GRADI, Marco. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza dela "terza via". **Rivista di diritto processuale**, Padova, anno 65, n. 4, p. 826-848, luglio/agosto, 2010.

GRAÇA, António Pires Henriques da. Aspectos metodológicos do discurso judiciário. In: **Estudos jurídicos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**. Lisboa, 2008. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/apiresgraca_discursojudiciario.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.

GRANGE, Adolfo Klitsche de la. Essere e non essere delle sentenza. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, v. 6, p. 1234-1249, 1952. ISSN 0391-1896

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, Padova, 21, p. 580-609, 1965. ISSN: 0035-6182

_____. **La pronuncia d'ufficio**. Milano: Giuffrè, 1967. 347 p.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 327 p. ISBN 978-85-7420-935-7

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1. 480 p. ISBN 978-85-309-3466-8

_____. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 2. 397 p. ISBN 978-85-309-3566-5

_____. A prova no processo civil: do código de 1973 ao novo código civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 374, p. 183-199, jul./ago. 2004. ISSN 0102-8413

_____. O princípio do contraditório. In: **Dicionário de filosofia do direito**. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 154-159. ISBN 85-7431-266-5

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 273-308. ISBN 978-85-224-7461-5

_____. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 16 ago. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro: teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. 274 p. ISBN 978-85-02-07736-2.

GRIMAL, Pierre. **Dicionário de mitologia grega e romana**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 560 p. ISBN 85-286-0148-X

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As nulidades no processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 388 p. ISBN 85-203-2610-2

_____. O controle do raciocínio judicial pelos tribunais superiores brasileiros. **Ajuris**, Porto Alegre, 17(50), p. 5-20, 1990. ISNN 1679-1363

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2. reimpressão de la tercera edición, 1968. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1977, t. 1. 606 p. ISBN 9788447020553.

GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 517-541 ISBN 85-203-2891-1

GUIMARÃES, Filipe. Processo, prova e verdade. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1.160-1.164. ISBN 978-85-309-4848-1

GUIMARÃES, Luiz Machado. A revisão do código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 114, n. 533, p. 5-13, nov. 1947. ISSN 0102-8413.

_____. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: **Estudos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Jurídica e Universitária, 1969. p. 9-32.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. 445 p.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy Editora, 2004. 423 p. ISBN 8576290251.

GUSMÃO, Manoel Aureliano de. **Processo civil e commercial: explanação de um programma**. 2. ed. São Paulo: Livraria Academica Saraiva & C., 1926, v. 1. 528 p.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 459 p.

HABERMAS, Jürgen. El Estado democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios? **Anuario de derechos humanos**, Nueva Época, Madrid, v. 2, p. 435-458, 2001. ISSN 0212-0364.

HERNÁNDEZ, Susana González. La racionalidad y la razonabilidad en las resoluciones judiciales (distinguir para comprender). **Praxis de la justicia fiscal y administrativa**, México-DF, año 5, n. 12, 2013. ISSN 2007-3755

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael. **Las obligaciones básicas de los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2005. 338 p. ISBN 84-9768-251-3

HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. 449 p. ISBN 978-85-7827-005-6

_____. **O que é o direito?** A moderna resposta do realismo jurídico: uma introdução ao direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. 176 p. (Justiça e direito). ISBN 85-60156-08-9

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 454 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2175-2

HUSSON, León. Les trois dimensions de la motivation judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 69-109.

IACCARINO, Carlo Maria. **Studi sulla motivazione**. Roma: Foro Italiano, 1933. 264 p.

IACOBELLIS, Marcello; PELLECCIA, Roberto; SCOGNAMIGLIO, Paolo; SENSALE, Giorgio. **Codice di procedura civile**: annotato con la giurisprudenza. 19. ed. Napoli: Simone, 2013. 2202 p.

IBÁÑEZ FROCHAM, Manuel. **Tratado de los recursos en el proceso civil**: doctrina, jurisprudencia y legislación comparada. 4. ed. Buenos Aires: La Ley, 1969. 601 p.

IGARTUA SALAVERRIA, Juan. **La motivación de las sentencias, imperativo constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. 239 p. ISBN 84-259-1235-0

IMPERIALI, Stefano. La riforma della procedura civile (legge n. 69 del 2009) e il giudizio davanti alla Corte dei conti. In: GARRI, Francesco (a cura di). **La Corte dei conti**. Controllo e giurisdizione. Contabilità pubblica. Milano: Giuffrè Editore, 2012. p. 1059-1083. ISBN 978-8814163258

ISRAËL, Nicolas. **Genealogia do direito moderno**: o estado de necessidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF). 192 p. ISBN 978-85-7827-133-6

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, José J. La legitimidad del juez constitucional. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, Granada, n. 36, p. 303-328, 2002. ISSN: 0008-7750.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. 238 p. ISBN 978-85-7348-854-8

JOLOWICZ, John Anthony. Justiça substantiva e processual no processo civil: uma avaliação do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, p. 161-178, maio 2006. ISSN 0100-1981.

JORGE JUNIOR, Nelson. O princípio da motivação das decisões judiciais. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 1, 2008. ISSN: 1984-1094. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/735/518>>. Acesso em: 13 ago. 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. 410 p. ISBN 978-85-309-3563-4

_____. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone, 1993. 224 p. (Fundamentos de direito). ISBN 978-85-274-1235-3.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Discurso editorial e Barcarolla, 2009. 501 p. (Coleções philofopia). ISBN 978-85-86590-88-7 (Discurso Editorial) e 978-85-98233-43-7 (Barcarolla)

_____. **Lógica**. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2009. 141 p. ISBN 978-989-8285-00-3

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 618 p. (Biblioteca jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-128-2

KELSEN, Hans, 1881-1973. **A justiça e o direito natural**. Reimpr. Coimbra: Almedina, 2009. 156 p. ISBN 978-972-40-1536-1

_____. **Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito**. 6. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. (RT – textos fundamentais; 5). 205 p. ISBN 978-85-203-3576-5

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. **Revista de Direito Público**, n. 92, p. 17-33, out./dez. 1989.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a probatio diabolica. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 942-951. ISBN 85-203-2891-1

_____. Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível convencimento. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 353, p. 15-52, jan./fev. 2001.

KOMATSU, Roque. **Da invalidade no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. 295 p. ISBN 85-203-0929-1

LANCELLOTTI, Franco. Sentenza civile. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1969, v. 16. p. 1.109-1.161.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica jurídica. Madrid: Civitas, 2001. 202 p. ISBN 84-7398-364-5.

_____. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 722 p. ISBN 972-31-0770-8

LEGROS, Robert. Considérations sur les motifs. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 7-22.

LEMOS, Jonatan Lovane. Garantia à motivação das decisões judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro)**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62832>>. Acesso em: 9 jun. 2014.

LESSONA, Carlo. **Manuale di procedura civile**. 2. ed. Milano: Società Editrice Libreria, 1902. 621 p.

LESSONA, Silvio. **Il vizio di eccesso di potere nelle sentenze delle giurisdizioni speciali**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1919. 72 p.

_____. La funzione giurisdizionale. In: CALAMANDREI, Piero; LEVI, Alessandro (direto da) **Commentario sistematico alla costituzione italiana**. Firenze: G. Barbera, 1950. p. 199-224.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 166 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2095-0

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 79-81, jan./mar. 1983.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 322 p. ISBN 853091173

_____. **Estudos sôbre o processo civil brasileiro**. Limites objetivos da coisa julgada. São Paulo: Saraiva & Cia., 1947. 212 p.

_____. La nullità della domanda e il giudice d'appello. In: _____. **Problemi del processo civile**. Napoli: Morano Editore, 1962. 521 p.

_____. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano, Giuffrè, 1973, v. 2. 237 p.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2006, v. 78. 666 p.

LOPES, João Batista. Princípio da ampla defesa. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 119-136. ISBN 978-85-352-2916-5

LOPES, João Batista; LOPES, Maria Elisabeth de Castro. Princípio da efetividade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 241-254. ISBN 978-85-352-2916-5

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. **Compendio di filosofia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1955. 265 p.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 395 p. ISBN 978-85-203-3779-0

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura do direito: o Século XX**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, v. 2. 373 p. ISBN 978-85-7827-064-3

LUGO, Andrea. **Manuale di diritto processuale civile**. 13. ed. Milano: Giuffrè, 1999. 531 p. ISBN 8814062447

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. 202 p.

LUISO, Francesco P. **Diritto processuale civile: principi generali**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2000, v. 1. 439 p. ISBN 8814171807

LUMIA, Giuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 187 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-1761-5

_____. L'equità tra la giustizia e la legge. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 31, 2 serie, p. 708-728, 1976. ISSN 0035-6182.

LUTHER, Jörg. La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania. In: RUGGERI, Antonio (a cura di) **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli editore, 1994. p. 94-106. ISBN 88-348-4109-3.

LYONS, David. Justification and judicial responsibility. **California Law Review**, Berkeley, 72, p. 178-199, 1984. ISSN 0088-1221

MACCORMICK, D. N. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 391 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2251-1

_____. **H. L. A. Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. 266 p. (Teoria e filosofia do direito). ISBN 978-85-352-3004-8

_____. The motivation of judgement in the common law. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 167-194.

MACEDO, Elaine Harzheim. O juiz e o poder judiciário do século XXI: considerações sobre a legitimação das decisões. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132-155. 466p. ISBN 978-85-224-7461-5

MACHADO, Felipe. Entre Ferrajoli e Schmitt do decisionismo ao garantismo. In: VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe (Coords.). **Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111-151. ISBN 978-85-7700-663-2.

MADEIRA, Daniela Pereira. A força da jurisprudência. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 526-578 525-578. ISBN 978-85-309-3315-9

MAIA, Antônio Cavalcanti. Argumentação In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 60-64. ISBN 85-7431-266-5.

_____. Argumentação jurídica, Teoria da. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 64-68. ISBN 85-7431-266-5.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. As regras de experiência comum na formação da convicção do juiz. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, Brasília, n.17, p. 59-75, ago. 2004. ISSN 1678-3778.

MALEN SEÑA, Jorge F. El lenguaje de las sentencias. **Reforma judicial: Revista Mexicana de Justiça**, México-DF, n. 7, p. 47-63, 2006. ISSN 1870-0586

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 542 p. ISBN 978-85-203-3620-5

MANDRIOLI, Crisanto. **Diritto processuale civile: nozioni introduttive e disposizioni generali**. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. 1. 462 p. ISBN 88-348-0101-6

_____. **Diritto processuale civile: Il processo di cognizione**. 13. ed. Torino: Giappichelli, 2000, v. 2. 524 p. ISBN 88-348-0102-4

MARÍA CÁRCOVA, Carlos. La dimensión política de la función judicial. In: _____ (Org.). **Derecho, política y magistratura**. Buenos Aires: Editorial Biblos, 2006. p. 97-111. ISBN: 9789507861154

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, Brasília, ano 1, n. 1, p. 68-81, 2006.

_____. **Curso de processo civil: processo de conhecimento.** 6. ed. rev., atual. e ampl. da obra *Manual do processo de conhecimento* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 2. 814 p. ISBN 978-85-203-3032-6

_____. **El doble grado de jurisdicción.** Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://www.marinoni.adv.br/artigos.php>>. Acesso em: 18 jun. 2013.

_____. Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 862, p. 11-19, ago. 2007.

_____. **Novas linhas do processo civil.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 284 p. ISBN 8574202177

_____. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 542 p. ISBN 978-85-203-4041-7

_____. **Prova.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 848 p. ISBN 978-85-203-4016-4

_____. Regras de experiência. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 56, n. 364, p. 11-20, fev. 2008. ISSN 0103-3379

_____. **Teoria Geral do Processo.** 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 523 p. ISBN 978-85-203-3113-2

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil.** 1. ed. Campinas: Millennium, 1. ed., 1999, v. I. 512 p. ISBN 85-86833-09-6

_____. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 1999, v. 2. 506. ISBN 85-86833-10-x

_____. **Instituições de direito processual civil.** Campinas: Millennium, 1999, v. 3. 533 p. ISBN 85-86833-11-8

_____. **Manual de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1997, v. 1. 501 p. ISBN 85-86310-17-4

_____. **Manual de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1997, v. 2. 277 p. ISBN 85-86310-18-2

_____. **Manual de direito processual civil.** Campinas: Bookseller, 1997, v. 3. 330 p. ISBN 85-86310-19-0

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional: a decisão judicial “entre” o sentido da estrutura e a estrutura do sentido.** Florianópolis: Habitus Editora, 2008. 199 p. ISBN 978-85-882-8326-8

MARTINEZ, Maria Cristina da Rosa. Efeitos dos embargos de declaração. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 266-280, jul. 2006. ISSN 0100-1981

MARTINEZ LINARES, M^a Antonia. Sobre la coordinación y la ambigüedad estructural en las sentencias. **Estudios de Lingüística**, Alicante, n. 20, p. 259-286, 2006. ISSN 0212-7636.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade**: comentários a lei n. 9.868, de 10.11.1999. São Paulo: Saraiva, 2001. 357 p.

MARTINS, Pedro Batista. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização de José Frederico Marques. Rio de Janeiro: Forense, 1960, v. 2. 433 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Atualização de José Frederico Marques. Rio - São Paulo: Forense, 1960, v. 3, tomo 2. 455 p.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**: the brazilian lessons. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 235 p. ISBN: 978-85-375-1106-0

MARTINS, Samir José Caetano. Neoconstitucionalismo e seus reflexos no dever de fundamentação das decisões judiciais no Brasil. **Revista Dialética de Direito Processual**, Brasília, n. 44, p. 101-120, nov. 2006. ISSN 1678-3778

MARTINS, Sandro Gilbert. Princípio da inafastabilidade (CF/1988, art. 5º, XXXV) e a classificação das sentenças. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 577-586 ISBN 85-203-2891-1

MATEOS, Antonio César Barreiro; COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 30, p. 61-100, jul./set. 2011. ISSN 1679-6462.

MATTIROLO, Luigi. **Istituzioni di diritto giudiziario civile**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1888. 502 p.

_____. **Trattato di diritto giudiziario civile**. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1902, v. 3. 1.103 p.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 342 p. ISBN 978-85-309-1031-0

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. **A revelia sob o aspecto da instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 189 p. (Coleção estudos de direito e processo Enrico Tullio Liebman; v. 54). ISBN 85-203-2431-2

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. A prova das intenções no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 115, ano 29, p. 74-85, maio/jun. 2004. ISSN 0100-1981

_____. Os valores celeridade processual e segurança jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 48, n. 190, t. 2, p. 169-177, abr./jun. 2011. ISSN: 0034-835x.

MEDRONI, Marcelo Batlouni. Linhas gerais do processo canônico. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, p. 71-74, maio 2006. ISSN 0100-1981

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 288 p.

MELLO, Rogerio Licastro Torres de. Ponderações sobre a motivação das decisões judiciais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 172-183, mar./abr. 2006. ISSN 0102-8413

MELO, Gustavo de Medeiros. O acesso adequado à justiça na perspectiva do processo justo. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 684-706 ISBN 85-203-2891-1

MELO, Luiz Pereira de. Requisitos essenciais da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 11-12, p. 37-44, jul./dez. 1978. ISSN 0100-1981.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 3. ed. rev. e atual. de acordo com a EC nº 45/2004 (“Reforma do Judiciário”). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 180 p. ISBN 9788571476219

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. 803 p. (Série EDB). ISBN 978-85-02-13426-3

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. 1.424 p. ISBN: 978-85-02-18986-7

MENDES, João de Castro. **Limites objectivos do caso julgado em processo civil**. Lisboa: Ática, 1968. 373 p.

MENESTRINA, Francesco. **La pregiudiciale nel processo civile**. Milano: Giuffrè, 1963. 256 p.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **A autoridade da coisa julgada e a imutabilidade da motivação da sentença**. São Paulo: [s.n.], 1963. 79 p.

MEZZAROBBA, Orides. **Manual de metodologia da pesquisa do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 343p. ISBN 978-85-02-08440-7

MICHELON JUNIOR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 179 p. ISBN 85-203-2306-5

MILIONE, Ciro. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico. **XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España**: La tutela de los derechos fundamentales, Barcelona, 2013. Disponível em: <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-Ciro_Milione.pdf>. Acesso em 15 abr. 2014.

MILOVIC, Miroslav. KANT, Emmanuel, 1724-1804. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 498-501. ISBN 85-7431-266-5.

MIMIN, Pierre. **Le style des jugements** (vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques). 3. ed. Paris: Librairies Techniques, 1951. 392 p. ISBN. 2-7111-0123-1.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Índícios e presunções como meio de prova. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 52-67, jan./mar. 1985. ISSN: 0100-1981

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 546 p. ISBN 978-85-309-1679-4

MIRENDA, Andrea. Brevi appunti sulla motivazione della sentenza. In: **Incontro di studi “La motivazione della sentenza civile tra garanzie ed efficienza”** organizzato dal Università degli studi di Torino in collaborazione con Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Torino. Torino, 2008. Disponível em: <<http://www.osservatorino.it/attivita/convegni/mirenda1.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 204 p. (Coleção temas atuais de direito processual civil; v. 14). ISBN 978-85-203-3907-7

_____. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 36, v. 194, p. 55-65, abr. 2011. ISSN: 0100-1981

_____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 85-99. ISBN 978-85-224-7461-5

MOLÉ, M. “Sentenza (Diritto romano)”. In: **Novissimo digesto italiano**. Torino: Editrice Torinese, 1969, v. 16. p. 1.081-1.103.

MONACI, Stefano. L’esperienza della motivazione delle sentenze civili. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 53, n. 10, p. 253-278, 1999.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: arts. 154 a 269**. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 2. 527 p. ISBN 85.309.1886-X

_____. Embargos de declaração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 633, p. 11-23, jul. 1998. ISSN 0034-9275.

_____. **Sentença e coisa julgada: exegese do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. 382 p. ISBN 978-8-53-210061-0

MONROY GÁLVEZ, Juan. Poder Judicial vs. Tribunal Constitucional. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional**, México, DF, n. 10, p. 157-216, jul./dic. 2008. ISSN 1870-8390 10.

MONTEIRO, João. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Atualizado por J M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, t. 1. 459 p.

_____. **Teoria do Processo Civil**. 6. ed. Atualizado por J M de Carvalho Santos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1956, t. 2. 444 p.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito Civil**; parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. 384 p. ISBN 978-85-02-07146-9

MONTELEONE, Girolamo. Introduzione: Il codice di procedura civile italiano del 1865. **Testi e documenti per la storia del processo**: Codice di procedura civile del regno d'Italia 1865; PICARDI, Nicola e Giuliani, Alessandro. Milano: Giuffrè, 2004. p. IX-XXVII. ISBN 88-14-10584-7.

_____. Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (Motivazione e certezza del diritto). **Il giusto processo civile**, Bari, anno 8, n. 1, p. 3-19. 2013. ISBN 1828-311X

MONTERO AROCA, Juan. **La prueba en el proceso civil**. 3. ed. Madrid: Civitas, 2002. 577 p. ISBN 84-470-1737-0

MONTESANO, Luigi; Controlli esterni sull'amministrazione della giustizia e funzioni garantistiche della motivazione. In: **La sentenza in europa**: metodo, tecnica e stile. Padova: CEDAM, 1988. p. 435-438. ISBN 88-13-16202-2

_____. ARIETA, Giovanni. **Diritto processuale civile**: Le disposizioni generali. 3. ed. Torino: Giappichelli, 1999, v. I. 403 p. ISBN 88-348-9241-0

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O espírito das leis**. Trad. de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995. ISBN 85-230-0393-2

MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 3-46. ISBN 85-336-1317-2

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. atualizada até a EC nº 55/07. São Paulo: Atlas, 2007. 2976 p. ISBN: 978-85-224-4877-7

_____. **Direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p. ISBN 978-85-224-6256-8

MORAES, Denise Maria Rodríguez. O Supremo Tribunal Federal e a eficácia vinculante de suas decisões. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 303-352. ISBN 978-85-309-4848-1

MORALES MOLINA, Hernando. **Curso de derecho procesal civil**: parte general. 6. ed. Bogota: Editorial ABC, 1973, v. 1. 670 p.

MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto costituzionale italiano e comparato**. Seconda edizione accresciuta e integrata. Bologna: Monduzzi Editore, 1997. 971 p. ISBN 9788832346664

MOREIRA PINTO, Junior Alexandre. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 185 p.

MORLINI, Gianluigi. La valutazione delle prove nel processo civile. In: **Federazione Nazionale Magistrati Onorali di Tribunale**. Roma, setembro, 2012. Disponível em: <http://www.federmot.it/public/news/files/Incontro%20d%20studio%202012%20La%20valutazione%20delle%20prove%20nel%20processo%20civile_dr.%20Morlini.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2013.

MORTARA, Lodovico. **Commentario del codice e delle leggi di procedura civile**. Milano: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1908, v. 2. 866 p.

_____. **Per il nuovo codice della procedura civile: riflessioni e proposte**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1923. 183 p.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis: como condição de possibilidade para resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. 166 p. ISBN 978-85-7348-772-5

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa julgada**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 481 p. ISBN 978-85-7700-107-1

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 272 p. ISBN 978-85-203-4560-3

MURILLO VILLAR, Alfonso. La motivación de la sentencia en el proceso civil romano. **Cuadernos de Historia del Derecho**, Madrid, n. 2, p. 11-46, 1995. ISSN 1133-7613

_____. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. **Teoria e Storia del Diritto Privato** (Rivista internazionale on line – TSDP), n. 5, 2012. Disponível em: <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2012/contributi/2012_Contributi_Murillo_Obligacion.pdf>. Acesso em: 24 maio 2013. ISSN: 2036-2528.

MUSATTI, Alberto. Diritto e ricerca della verità. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 5, Parte 1, p. 215-222, 1950. ISSN 0035-6182

NAGEL, Heinrich. Introdução ao direito processual civil internacional alemão. Trad. José Camurça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 54, p. 61-122, abr./jun. 1989. ISSN 0100-1981.

NARDO, Giulio. Controllo della motivazione della sentenza in cassazione e ricorso ex art. 111 cost. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 50, 1, p. 375-402, 1996. ISSN 0391-1896

NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto F. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 2.282 p. ISBN 978-85-02-06599-4

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 10. ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 1.823 p. ISBN 978-85-203-3133-0

_____. Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 375, ano 100, p. 141-159, set./out. 2004. ISSN 0102-8413

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev. ampl. e atual. com novas súmula do STF e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 303 p. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 21). ISBN 85-203-2518-1

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1971. 514 p.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2010. 374 p. ISBN 978-84-9768-757-7

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Stare decisis et non quieta movere**: a vinculação aos precedentes no direito comparado e brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 257 p. ISBN 978-85-375-0900-5

NOGUEIRA, José Maurício. Duplo grau de jurisdição: aspectos constitucionais e reflexos processuais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 542-552 ISBN 85-203-2891-1

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. 141 p. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v. 39). ISBN 85-203-1907-6

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 4, ano 3, p. 223-249, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf>. Acesso em: 02 ago. 2013. ISSN: 1982-7636.

OBERTO, Giacomo. **La motivazione delle sentenze civili in Europa**: spunti storici e comparatistici. Milano, 2008. Disponível em: <<http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm>>. Acesso em: 02.04.2013.

OLIVEIRA, Adriane Stoll de. A codificação do Direito. **Revista Jus Vigilantibus**, jul. 2004. ISSN: 1983-4640. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/1894>>. Acesso em 12 mar. 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 31, n. 137, p. 7-31, jul. 2006. ISSN 0100-1981

_____. Poderes do Juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, 44:194, p. 55-84. 2003.

OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 321 p. ISBN 9788537500514.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. Princípio do acesso à justiça. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79-100. ISBN 978-85-352-2916-5

OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora, v. 2, n. 15, p. 130-150, dez. 2012. ISSN 1414-3917

_____. Jurisdição criativa e motivação das decisões judiciais como seu aspecto legitimador. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 561-632. ISBN 978-85-309-4848-1

OLIVEIRA NETO, Olavo. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 193-214. ISBN 978-85-352-2916-5

ORTELLS RAMOS, Manuel. Origen histórico del deber de motivar las sentencias. **Revista de Derecho Procesal Iberoamericana**, 4, p. 899-932, 1977.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. **Academia** (Revista sobre enseñanza del Derecho) Buenos Aires, año 4, n. 8, p. 101-130, 2007. ISSN 1667-4154

PACHECO, Antonio Marcelo Pacheco; MELO, Rafael Corte. Da decisão judicial: conflito entre o ato de fundamentar e a ação de motivação como uma crise de legitimidade do Poder Judiciário no Brasil. **XV Encontro Preparatório do CONPEDI/UNICAP**, Recife, 2006. ISBN: 85-87995-74-X. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/recife/hermeneutica_antonio_pacheco_e_rafael_melo.pdf>. Acesso: 15 dez. 2013.

PALLARES, Eduardo. Motivación implícita. In: **Diccionario de derecho procesal civil**. México-DF: Porrúa, 1960. 820 p.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 387 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2093-4

PASCUA, José Antonio Ramos. Derechos humanos y proceso justo. **Dikaiosyne** (Revista semestral de filosofía práctica), Bogotá, n. 19, p. 79-91, jul./dec. 2007. ISSN-e 1316-7939

PASTORE, Baldassare. **Decisioni e controlli tra potere e ragione**: materiali per un corso di filosofia del diritto. Torino: G. Giappichelli, 2013. 138 p. ISBN 978-88-348-3768-9

PAULA CONCA, Javier Prieto de. **La equidad y los juicios de equidad**. Madrid: Difusión Jurídica, 2010. 168 p. ISBN 978-84-92656-78-3

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2012. 337 p. (Estudos 46 / dirigida por J. Guinsburg). ISBN 978-85-273-0194-7

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. As sentenças aditivas na jurisdição constitucional. In: FUX, Luiz. **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 169-222. ISBN 978-85-309-4848-1

PELLINGRA, Benedetto. La sentenza nei suoi aspetti della metodologia e della tecnica. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova : CEDAM, 1988. p. 417- 422. ISBN 88-13-16202-2

PERAZZOLI, Fernando David. Justificação interna e justificação externa da decisão judicial: um aporte garantista. **Revista da ESMESC** (Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina), Florianópolis, v. 14, n. 20, p. 175-191, 2007. ISSN 1519-8731

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Da sentença e seus efeitos no novo código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 49-53, jul.-set. 1975. ISSN 0102-8413

_____. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 718 p. ISBN 85.309.1962-9

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da fazenda pública em juízo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 665 p. ISBN 85-7147-546-6

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 722 p. (Justiça e direito). ISBN 978-85-336-2223-4

_____. La motivation des décisions de justice, essai de synthèse. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 415-426.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 259 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2065-9

_____. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 417 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2017-9

_____. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 653 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-2207-4

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001. 207 p. ISBN 85-02-03078-7

PESCATORE, Pierre. L'influence de l'ordinateur sur le style des jugements. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 413-416. ISBN 88-13-16202-2

PESERICO, Annalisa Lorenzetto. Inesistenza della sentenza e rimessione al giudice di primo grado. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 32, 2 serie, n. 1, p. 517-530, 1977. ISBN 0035-6182

PESSOA, Fernando. **Obra poética**. Rio de Janeiro: Cia José de Aguiar, 1972. 786 p. ISBN 85-21-00005-7.

PETIT, Philip. Consequencialismo. Trad. de Paulo Neves. In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). **Dicionário de ética e filosofia moral** (Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale). São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2007, v. 1. p. 327-334. ISBN 2-13-047729-1

PETRONIO, Emanuele; SANTINI, Giorgio. **L'obbligo di motivazione della sentenza: Profilo storico dal medioevo ad oggi**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/14656025/Motivazione-Della-Sentenza-Dal-Medioevo-Ad-Oggi>> Acesso em: 02.04.2013.

PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro. **Testi e documenti per la storia del processo: Codice di procedura civile del regno d'Italia 1865; introduzione di Girolamo Monteleone**. Milano: Giuffrè, 2004. p. IX-XXVII. ISBN 88-14-10584-7.

_____. Torniamo al giudizio? In: **La giurisdizione all'alba del terzo millennio**. Milano: Giuffrè, 2007. p. 233-249.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El juez y la prueba**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2007. 304 p. ISBN 978-84-7698-798-8

_____. **La modificación de la demanda en el proceso civil**. (Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. 172 p.

_____. Los principios del nuevo proceso civil español. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 59-94, jul./set. 2001. ISSN 0100-1981

PIMENTEL, Wellington Moreira. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1975, v. 3. 623 p.

_____. Os limites objetivos da coisa julgada no Brasil e em Portugal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 333-347.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1. 967 p. ISBN 978-85-02-14885-7

PINTO, Nelson Luiz. **Manual dos recursos cíveis**. 3. ed. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.385/2001, 10.444/2002. São Paulo: Malheiros, 2002. 334 p. ISBN: 85-742-0277-0.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades da sentença**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. 222 p. ISBN 85-203-0557-1

PINTORE, Anna. Stato di diritto. **Diritto & questione pubbliche** (Rivista di Filosofia del Diritto e Cultura Giuridica), Palermo, n. 11, p. 873-884, 2011. ISSN 1825-0173.

PIRAS, Aldo. Le massime d'esperienza e la motivazione insufficiente. **Jus – Rivista di Scienze Giuridiche**, Milano, 4(1), p. 79-121, 1955. ISSN 0022-6955

PISANI, Andrea Proto. Controlli su'll esercizio della giurisdizione e ricorso per cassazione. **Il Foro Italiano**, v. 110, n. 4, p. 234-238, apr. 1987.

_____. Novità nel giudizio civile di cassazione. **Il Foro Italiano**, v. 128, n. 12, p. 252-256, dic. 2005.

_____. Su alcuni problemi organizzativi della Corte di cassazione: contrasti di giurisprudenza e tecniche di redazione della motivazione. **Il Foro Italiano**, v. 111, Parte Quinta: Monografie e varietà, p. 26-36, 1988.

PIZZORUSSO, Alessandro. Partecipazione popolare e funzione Giurisdizionale. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 24-36. ISBN 9788520306901

PLÁCIDO E SILVA, De. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1. 434 p.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 2. 464 p.

PLATÃO. **As Leis**. São Paulo: Edipro, 1999. 544 p. ISBN 85-7283-225-4

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v. 1. 564 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). Rio de Janeiro: Revista Forense, 1947, v. 2. 497 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, t. 2. 497 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1939). 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1979, t. 4. 732 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1974, t. 2 e 4. 487 p. 524 p., respectivamente.

_____. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1974, t. 3. 550 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 5. 487 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 6. 542 p.

_____. **Comentários ao código de processo civil** (de 1973). 3. ed. Atualização de Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1996 e 1997, t. 2 e 5. 504 p. 365 p., respectivamente. ISBN 8530903730 (2) e 8530904702 (5)

_____. **Tratado da ação rescisória**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003. 716 p. ISBN 85-7468-222-5

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013. 454 p. ISBN: 978-8531-612-50-3

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 4. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 168 p. ISBN 85-7348-143-9

PORTO, Sérgio Gilberto. **Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento**. Arts. 444 a 495 [coordenação Ovidio A. Baptista da Silva]. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, v. 6. 431 p. ISBN 85-203-1889-4

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 647 p. (Coleção justiça e direito). ISBN 978-85-336-2317-0

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. 605 p. (Biblioteca jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-320-0.

POSTIGO, Víctor Ticona. La motivación como sustento de la sentencia objetiva y materialmente justa. **Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia**, Lima, año 3, n. 9, ago./oct. 2005. Disponível em: <http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/9_4_DiscursoSanchezPalacios_220208.pdf>. Acesso em: 21 nov. 2013.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 3. ed. Campinas: Millenium, 2005. 181 p. ISBN 978-85-7625-205-4

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 302 p. (Biblioteca jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-290-6

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 406 p. (Justiça e direito). ISBN 85-336-1207-9.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 235-265. (Justiça e direito). ISBN 85-336-1317-2

REALE, Miguel. **A motivação, requisito essencial da sentença**. Questões de direito público São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153-163 ISBN 85-02-02047-1

_____. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p.

_____. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico**. São Paulo : Saraiva, 1994. 124 p.

_____. **Lições preliminares de direito**. 26. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. 393 p. ISBN 85-02-03661-0

RECASENS SICHÉS, Luis. **Tratado general de filosofía del derecho**. 3. ed. Mexico-DF: Porrúa, 1965. 717 p.

REDENTI, Enrico. **Diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè. 1957, v. 1. 289 p.

_____. **Diritto processuale civile**. Ristampa della seconda edizione. Milano: Giuffrè. 1957, v. 2. 531 p.

_____. Lavori preparatori per la riforma del Codice di procedura civile: schema di progetto del Libro primo. **Ministero di grazia e giustizia**. [redatto da Enrico Redenti]. Roma: Tip. delle Mantellate, 1936. p. 49-50, 154 e 313-314. 363p

_____. **Profili pratici del diritto processuale civile**. 2 ed. Milano: Giuffrè. 1939. 784 p.

REGO, Hermenegildo de Souza. Os motivos da sentença e a coisa julgada (em especial, os arts. 810 e 817 do CPC). **Revista de Processo**, São Paulo, n. 35, ano 9, p. 7-23, abr./jun. 1984. ISSN 0100-1981

RESTA, Eligio. Il diritto fraterno. Uguaglianza e differenza nel sistema del diritto. In: BESSONE, Mario (a cura di). **L'attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 3-45. ISBN 88-348-6230-9.

RIBEIRO, Rodrigo Koehler. Uma análise da coisa julgada e questões prejudiciais no projeto do novo Código de Processo Civil sob a ótica de um processo efetivo. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 55, ago. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao055/Rodrigo_Ribeiro.html>. Acesso em: 04 fev. 2014. ISSN: 1980-458X.

RICCI, Gian Franco. **La riforma del processo civile**. Torino: G. Giappichelli, 2009. 133 p. ISBN /EAN 978-88-348-9595-5

_____. La Suprema corte tra funzione nomofilattica e tutela dello ius litigatoris. Il problema alla luce del controllo della motivazione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 2, 2009. p. 571-601. ISBN 0391-1896

RIVALTA, Maria. **La motivazione degli atti amministrativi**: in relazione al pubblico e privato interesse. Milano: Giuffrè, 1960. 211 p.

ROCA GUILLAMÓN, Juan José. Codificación y crisis del derecho civil. **Anales de Derecho**, Murcia, v. 8, p. 7-32, 1985. ISSN electrónico: 1989-5992.

ROCCO, Ugo. **Trattato di Diritto Processuale Civile**: parte generale. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1966, v. 1. 387 p.

_____. **Trattato di Diritto Processuale Civile**. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1966, v. 2. 351 p.

ROCHA, José de Moura. A interpretação e as leis processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 42, p. 12-36, abr./jun. 1986. ISSN 0100-1981

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1. 354 p. ISBN 85-02-03506-1

RODRÍGUES, Víctor Gabriel. **Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. 333 p. ISBN 978-85-7827-442-9

RODRÍGUEZ BOENTE, Sonia Esperanza. **La justificación de las decisiones judiciales**. El artículo 120.3 de la Constitución Española. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela: Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2003. 649 p. ISBN 84-9750-244-2

RODRÍGUEZ SERPA, Ferney; TUIRÁN GUTIÉRREZ, Juan Pablo. La valoración racional de la prueba. **Revista Jurídicas CUC**, Barranquilla, v. 7, n. 1, p. 191-208, 2011. ISSN: 1692-3030.

ROENICK, Hermann H. de Carvalho. A sentença cível e a coisa julgada. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 251, p. 73-94 ago./set. 1975. ISSN 0102-8413

_____. Os efeitos civis da sentença penal. **Ajuris**, Porto Alegre, 3(6), p. 5-16, 1976. ISSN 1679-1363

ROMANO-TASSONE, Antonio. Sulla C.D. “funzione democratica” della motivazione degli atti dei pubblici poteri. In: RUGGERI, Antonio (a cura di) **La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale**. Torino: G. Giappichelli editore, 1994. p. 33-47. ISBN 88-348-4109-3.

RONCAGLI, Giorgio. **Il giudizio sintetico nel processo civile romano**. Milano: Giuffrè, 1955. 118 p.

ROSA, André Vicente Pires. Igualdade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar. São Leopoldo: UNISINOS, 2009. p. 456-462. ISBN 85-7431-266-5.

ROSELLI, Federico. Le clausole generali nella più recente giurisprudenza. L’esperienza del diritto del lavoro. In: BESSONE, Mario (a cura di) **L’attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 95-109. ISBN 88-348-6230-9.

ROSITO, Francisco. A prova e os modelos de constatação na formação do juízo de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 157, p. 51-71, mar. 2008. ISSN 0100-1981

ROTA, Fabio. I documenti: La scrittura privata In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 633-686. ISBN 88-14-15758-8

_____. I fatti non contestati e il nuovo art. 115. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **Il processo civile riformato**. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p. 181-221. ISBN 97888080652162010.

RUFFINI, Giuseppe. Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo". **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno 66, seconda serie, n. 6, p. 1390-1406. nov. 2011. ISBN 0035-6182

SALAS, Minor E. ¿Qué significa fundamentar una sentencia? O del arte de redactar fallos judiciales sin engañarse a sí mismo y a la comunidad jurídica. **Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho**, Valencia, n. 13, 2006. ISSN-e 1138-9877. Disponível em: <<http://www.uv.es/cefd/13/minor.pdf>>. Acesso em 21 fev. 2014.

SANTAGELI, Fabio. La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della "motivazione breve" in Itali. In: **Diritto & Diritti**. Direttore: Francesco Brugaletta. Disponível em: <<http://tagliariti.diritto.it/docs/33691-la-motivazione-della-sentenza-civile-su-richiesta-e-i-recenti-tentativi-di-introduzione-dell-istituto-della-motivazione-breve-in-italia>>. Acesso em: agost/2013. ISSN 1127-8579.

SANTANNA, Ana Carolina Squadri. Repercussão geral do recurso extraordinário. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 353-404. ISBN 978-85-309-4848-1

SANTIAGO NINO, Carlos. **Introdução à análise do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. 568 p. (Biblioteca jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-303-3.

SANTINI, Mateus Pieroni. Efeito transcendente dos motivos determinantes. **Atualidades do Direito**, mar. 2013. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/mateuspieroni/2013/03/20/efeito-transcendente-dos-motivos-determinantes/>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts. 332 a 475. Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 3. 389 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1. 387 p. ISBN 978-85-02-05902-3

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 2. 519 p. ISBN 978-85-02-06119-4

_____. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3. 483 p. ISBN 978-85-02-07723-2

_____. Prova dos fatos notórios. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, v. 776, p. 743-754, jun. 2000. ISSN 0034-9275

_____. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. correta e atualizada. São Paulo: Max Limonad, 1955, v. 5. 510p.

SANTOS, Nilton Agnaldo Moraes dos. Princípio da publicidade. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 173-192. ISBN 978-85-352-2916-5

SATTA, Salvatore. Codice di procedura civile. In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1960, v. 7. p. 279-283.

_____. **Commentario al codice di procedura civile**. Milano: Vallardi, 1959, v. 1. 564 p.

_____. Corte di cassazione (dir. proc. civ.). In: **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1962, v. 10. p. 797-829.

_____. **Diritto processuale civile**. 8. ed. Padova: CEDAM, 1973. 716 p.

_____. Il mistero del processo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, v. 4, Parte I, p. 273-288, 1949. ISSN 0035-6182

_____. Sull'inesistenza degli atti processuali. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Milano, v. 10, p. 337-342, 1956. ISSN 0391-1896

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de linguística geral**. 34. ed. São Paulo: Cultrix, 2012. 312 p. ISBN 978-85-316-0102-6.

SAUVEL, M. T. Histoire du jugement motive. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger**, Paris, v. 61, p. 5-53, 1955.

SCHMIDTZ, David. **Os elementos da justiça**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 363 p. (Biblioteca Jurídica WMF). ISBN 978-85-7827-094-0

SCHÖNKE, Adolfo. **Derecho procesal civil**. Trad. esp. da 5. ed. Barcelona: Bosch, 1950. 418 p.

SCIALOJA, Vittorio. **Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos**. Chile-Buenos Aires: EJE, 1954. 551 p.

SCOGNAMIGLIO, Giuliana. Motivazione delle decisioni e governo del gruppo. **Rivista di Diritto Civile**, Padova, v. 55, n. 6, p. 757-783, 2009. ISBN 0035-6093

SEGURA ORTEGA, Manuel. **Sentido y límites de la discrecionalidad judicial**. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006. 107 p. ISBN: 978-84-8004-734-8

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. 492 p. ISBN 978-85-359-1927-1

SENTIS MELENDO, Santiago. **Estudios de derecho procesal**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1967, v. I. 647 p.

SILANCE, Luc. La motivation des jugements et la coherence du droit. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 219-231.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. **Motivação das decisões judiciais**. São Paulo: Atlas, 2012. 289 p. (Coleção Atlas de Processo Civil / coordenação Carlos Alberto Carmona). ISBN 978-85-224-6436-4

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da; IORIO FILHO, Rafael Mario. Por uma gramática das decisões judiciais. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, p. 1856-1867, 2010. ISBN 978-85-7840-036-1

SILVA, Ivan de Oliveira. **Curso moderno de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012. 245 p. ISBN 9788522469376

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. 928 p. ISBN 978-85-7420-929-6

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Conteúdo da sentença e coisa julgada. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 270-285, jan./mar. 1985. ISSN 0100-1981

_____. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev. e atual. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 1. 579 p. ISBN 85-203.1822-3.

_____. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, n. 10, p. 5-29, jan./fev. 2006. ISSN 1807-0930

_____. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 14-15, p. 45-71 abr./set. 1979. ISSN 0100-1981

_____. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 342 p. ISBN 85-309-2090-2

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal** (due process of law). Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 301 p. ISBN 85-7308-181-3.

SMITH, Diane Vaksdal. Finality of judgment: issue preclusion, claim preclusion, and law of the case. **The Colorado Lawyer**, Denver, v. 35, n. 7, p. 43-48, July 2006.

SOLMI, Arrigo. **Codice di procedura civile: progetto preliminare e relazione**. Roma: Tipografia delle Mantellate, 1937. 382 p.

SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. Sobre el principio de la separación de poderes. **Nueva Época** (Revista de Estudios Políticos), n. 24, nov/dec 1981. p. 215-234. ISSN 0048-7694.

SORMANI, Alexandre. Princípio do duplo grau de jurisdição. In: LOPES, Maria Elisabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (Coords.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 215-240. ISBN 978-85-352-2916-5

SOUSA, Mário Jorge Uchôa. Da sentença: validade e eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 259, p. 320-325, jul./set. 1977. ISSN 0102-8413

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. 367 p. ISBN 978-85-203-3825

SOUZA, Daniel Adensohn de. Reflexões sobre o princípio da motivação das decisões judiciais no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 34, n. 167, p. 132-168, jan. 2009. ISSN 0100-1981

SOUZA, Miguel Teixeira de. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997. 677 p. ISBN 978-97-294-95557.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença civil imotivada**. Salvador: Jus Podivum, 2008. 252 p. ISBN 978-85-7761-071-6

SOUZA SANTOS, Boaventura de. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 121-139, jan./mar. 1985. ISSN 0100-1981

STEIN, Friedrich. **El conocimiento privado del juez**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1973. 188 p. ISBN 84-87191-57-6

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012. 639 p. ISBN 978-85-02-11008-3

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed., rev. e atual. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2007. 420 p. ISBN 978-85-7348-744-2

STRUCHINER, Noel. **Uma análise da textura aberta da linguagem e sua aplicação ao direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 152 p. ISBN 9788571477056

SUDRE, Frédéric. **La motivation des décisions de la cour européenne des droits de l'homme**. Collection Contentieux international, sous la direction de Helène Ruiz Fabri et Jean-Marc Sorel. Paris: Editions A. Pedone, 2008. p. 171-189. ISBN 978-2-233-00537-3

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. 283 p. (Justiça e direito). ISBN 978-85-60156-18-4

TALAMINI, Eduardo. Eficácia e autoridade da sentença canônica. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 107, ano 27, p. 24-63, jul./set. 2002. ISBN 0100-1981

TARELLO, Giovanni. **Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto**. Bolonha: Il Mulino, 1976. 644 p. ISBN 88-15-06694-2

TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 151, ano 32, p. 229-240, set. 2007. ISBN 0100-1981

_____. Considerazioni sulle massime d'esperienza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 63, n. 2, p. 551-569, 2009. ISBN 0391-1896

_____. Considerazioni sulle prove per induzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile**, Milano, anno 64, n. 4, p. 1165-1190, 2010. ISBN 0391-1896

_____. Dimensioni transculturali della giustizia civile. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 11-52 ISBN 88-15-08945-4

_____. Elementi per un'analisi del giudizio di fatto. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 235-275. ISBN 88-15-08945-4

_____. Fatti e prove. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 3-77. ISBN 88-14-15758-8

_____. Funzione della prova: la funzione dimostrativa. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 305-328 ISBN 88-15-08945-4

_____. Giudizio: processo, decisione. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. p. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 157-175. ISBN 88-15-08945-4

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 219-234. ISBN 88-15-08945-4

_____. Il controllo di razionalità della decisione fra logica, retorica e dialettica. In: BESSONE, Mario (a cura di). **L'attività del giudice, mediazione degli interessi e controllo delle attività**. Torino: G. Giappichelli, 1997. p. 139-153. ISBN 88-348-6230-9.

_____. Il giudizio prognostico del giudice tra scienza privata e prova scientifica. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 329-345. ISBN 88-15-08945-4

_____. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 37-49. ISBN 9788520306901

_____. La fisionomia della sentenza in Italia. **La sentenza in europa: metodo, tecnica e stile**. Padova: CEDAM, 1988. p. 180-214, ISBN 88-13-16202-2

_____. La giustificazione delle decisioni fondate sul standards. **Materiali per una storia della cultura giuridica**, Bologna, n. 1, p. 151-173, giugno 1989.

_____. **La giustizia civile in Italia dal' 700 a oggi**. Bologna: Il Mulino, 1980. 366 p.

_____. La motivazione della sentenza. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 166-174.

_____. La motivazione della sentenza. In: TARUFFO, Michele. **Il processo civile riformato**. 1. ed. Torino: Zanichelli Editore, 2010. 703 p. ISBN 9788808065216

_____. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: CEDAM, 1975. 610 p.

_____. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992. 497 p. ISBN 88-14-03730-2

_____. La valutazione delle prove. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 207-269. ISBN 88-14-15758-8

_____. Le funzione delle corti supreme. Cenni generali. In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 341-360. ISBN 978-85-224-7461-5

_____. Le prove per induzione. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 1101-1125. ISBN 88-14-15758-8

_____. Le ultime riforme della giustizia civile. In: TARUFFO, Michele. **Il processo civile riformato**. 1. ed. Torino: Zanichelli Editore, 2010. p. 1-19. ISBN 9788808065216

_____. L'istruzione probatoria. In: TARUFFO, Michele (a cura di). **La prova nel processo civile** (Trattato di Diritto Civile e Commerciale). Milano: Giuffrè, 2012. p. 79-168. ISBN 88-14-15758-8

_____. L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, 29 (2), p. 265-295, 1974. ISSN: 0035-6182

_____. **Páginas sobre justicia civil**. Determinación de los hechos y contradictorio en la tutela sumaria. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 269-284. ISBN 978-84-9768-685-3

_____. **Páginas sobre justicia civil**. Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción. Madrid: 2009. p. 21-30. ISBN 978-84-9768-685-3

_____. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, v. 61, n. 3, p. 709-725, sett. 2007. ISBN 0391-1896

_____. Ricostituzione parziale della sentenza e vizio di motivazione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova, anno 32, serie 1, p. 134-143. 1977.

_____. Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice. In: TARUFFO, Michele. **Sui Confini: Scritti sulla giustizia civile**. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 121-155. ISBN 88-15-08945-4

TARZIA, Giuseppe. L'art 111 Const. e le garanzie europee del processo civile. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 103, p. 156-174, jul./set. 2001. ISSN 0100-1981

_____. **Profili della sentenza civile impugnabile: l'individuazione della sentenza**. Milano: Giuffrè, 1967. 183 p.

TEIXEIRA, Patrícia Gomes. A uniformização da jurisprudência como forma de realização de valores constitucionais. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda

Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 733-745. ISBN 85-203-2891-1

TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos. Aspectos polêmicos dos embargos de declaração com enfoque na sua utilização em caso de erro de fato. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 135, ano 31, p. 7-33, maio 2006. ISSN 0100-1981

TELLES JÚNIOR, Alcides. **Discurso, Linguagem e justiça**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1986. 134 p. ISBN 8520305113

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 795, p. 21-40, jan. 2002. ISSN 0034-9275.

_____. Coisa julgada. Ação declaratória seguida de ação condenatória. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 336, p. 85-99, out./dez. 1996.

_____. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1. 783 p. ISBN 978-85-3010-3

_____. **Curso de direito processual civil** - Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 2. 777 p. ISBN 978-85-309-3011-0

_____. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 384, p. 229-241, mar./abr. 2006. ISSN 0102-8413

_____. Nulidade, inexistência e rescindibilidade da sentença. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 19, jul./set. 1980. p. 23-37. ISSN 0100-1981

_____. Princípios informativos e a técnica de julgar no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 268, p. 103-109, 1979. ISSN 0102-8413

_____. Prova - princípio da verdade real - poderes do juiz - ônus da prova e sua eventual inversão - provas ilícitas - prova e coisa julgada nas ações relativas a paternidade (DNA). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 17, p. 9-28, jan./mar. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ISSN 1517-6290

_____. Redimensionamento da coisa julgada. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 377, p. 11-33, mar. 2009. ISSN 0103-3379

TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial**. Madrid: Iustel, 2005. 134 p. ISBN 84-96440-05-2

TOMMASEO, Ferruccio. **Appunti di diritto processuale civile**: nozione introduttive. Quarta edizione. Torino: G. Giappichelli Editore, 2000. 212 p. ISBN 88-348-0129-6

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, v. 1. 479 p.

TORRENTE, Andrea. Spunti per uno studio sull'inesistenza e nullità della sentenza. In: **Studio in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento**. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2. p. 389-401.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos dos argumentos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 375 p. (Ferramentas). ISBN 85-336-2173-6

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/1995**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 861 p. ISBN 85-203-2995-0

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. Arbitraje de derecho y arbitraje de consciencia. **Ius et Veritas**, Lima, 12, 1996. Disponível em <<http://macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm>>. Acesso em 10 maio 2014.

TROCKER, Nicolò. La responsabilità del giudice. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, 36(4): 1.300, p. 1283-1322, 1982. ISSN: 0391-1896

_____. **Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano**. Milano: Giuffrè, 1974. 703 p.

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Motivação judicial sob a perspectiva ética. In: **Princípios de la ética judicial iberoamericana: Motivación judicial**. (Colección Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Série Monografías Premiadas, v. 4). México: Suprema Corte de la Justicia de la Nación; Cumbre Judicial Iberoamericana; Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, 2012. p. 5-135. ISBN 978-60-746-8417-9.

TROPER, Michel. La motivation des décisions constitutionnelles. In: PERELMAN, Chaim; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 287-302.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A motivação da sentença no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1987. 178 p.

_____. Ainda sobre a nulidade da sentença imotivada. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 56, p. 223-233, out./dez. 1989. ISSN 0100-1981

_____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de processo civil canônico: história e direito vigente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 241 p. ISBN: 978-85-203-2041-9

_____. Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial. In: MITIDIERO, Daniel e AMARAL, Guilherme Rizzo (Coords.). FEIJÓ, Maria Angélica Echer (Org.). **Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 233- 261. 466 p. ISBN 978-85-224-7461-5

_____. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 350 p. ISBN 85-203-2567-X

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. 397 p. ISBN 978-85-203-3460-7.

TUPINAMBÁ, Carolina. Novas tendências de participação processual – O amicus curiae no anteprojeto do novo CPC. In: FUX, Luiz (Coord.). **O novo processo civil brasileiro** (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 105-141 ISBN 978-85-309-3315-9

TURRONI, Davide. La motivazione della sentenza civile di primo grado: rapporto con l'istruttoria svolta, ragionamento probatorio, forme abbreviate. In: **Incontro di studi "La motivazione dei provvedimenti civili"** organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura. Roma, 2008. Disponível em: <[http://academia.edu/1426473/LA MOTIVAZIONE_DELLA_SENTENZA_CIVILE_DI_PRIMO_GRADO](http://academia.edu/1426473/LA_MOTIVAZIONE_DELLA_SENTENZA_CIVILE_DI_PRIMO_GRADO)>. Acesso em: 10 ago. 2013.

UNGER, Mark. Sesenta años de la Ley Fundamental alemana – de um provisorio con una larga vida. **Estudios Constitucionales** [online], Santiago, v. 7, n. 2, p. 301-316, 2009. ISSN: 0718-5200

VANWELKENHUYZEN, André. La motivation des revirements de jurisprudence. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice: études**. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 251-286.

VARGAS ÁVILA, Rodrigo. Concepciones de la prueba judicial. **Revista Prolegómenos**. Bogotá, v. 14, n. 28, p. 135-148, jul./dic. 2011. ISSN 0121-182X.

VÉLEZ RODRÍGUEZ, Enrique. **La motivación y racionalidad del veredicto en el derecho español y en el derecho norteamericano**. San Sebastián: DIJUSA, 2006. 220 p. ISBN 84-87108-38-5

VERDE, Giovanni. **Profili del processo civile: parte generale**. 6. ed. Napoli: Jovene, 2002. 347 p. ISBN 9788824313131

VESCOVI, Enrique. Una forma natural de participación popular en el control de la justicia: el processo por audiencia publica. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Orgs.). **Participação e Processo**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 360-379. ISBN 9788520306901

VIANNA, Jose Ricardo Alvarez. Considerações iniciais sobre semiótica jurídica. **Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal**, Brasília, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010. ISSN 1414-008X.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos** (Topik und Jurisprudenz ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung). Tradução da 5. ed. alemã, rev. e ampl. de Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. 126 p. ISBN 978-857525-438-7

VIGO, Rodolfo Luis. Razonamiento justificatorio judicial. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho. Actas del XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía Jurídica y Social (Buenos Aires, 1977), Alicante, v. 2, n. 21, p. 483-499, 1998. ISSN 0214-8876

VIGORITI, Vincenzo. **Garanzie costituzionali del processo civile**: due process of law e art. 24 cost. Milano: Giuffrè Editore, 1970. 184 p.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. São Paulo: Noeses, 2010. 300 p. ISBN 85-905082-5-1

_____. Norma jurídica – proposição jurídica (Significação semiótica). **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 61, p. 12-26, jan./mar. 1982.

VISKY, K. Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess. **Revue Internationale des Droits de L'Antiquité**, Bruxelles, t. 18, p. 735-759, 1971.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 304 p. (Coleção justiça e direito). ISBN 978-85-60156-14-6

WALD, Arnold. **Direito civil**: introdução e parte geral. Com a colaboração dos professores Álvaro Villaça Azevedo e Rogério Ferraz Donnini. 11. ed. Reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009. 322 p. ISBN 978-85-02-05851-4

WALDRON, Jeremy. As intenções dos legisladores e a legislação não-intencional. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000. (Justiça e direito). p. 495-536. ISBN 85-336-1317-2

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A influência do contraditório na convicção do juiz: fundamentação de sentença e de acórdão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 168, p. 53-65, fev. 2009. ISNN 0100-1981

_____. **Nulidades do processo e da sentença**. 5. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis 10.352/2001, 10.358/2001 e 10.444/2002. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 622 p. (Coleção estudos de direito de processos Enrico Tulio Liebman; 16). ISBN 85-203-2580-7

_____. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 437 p. ISBN 85-203-2700-1

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2. versão. 2. ed. aum. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. 120 p. ISBN 9788575250082.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Editora WMF Martin Fontes, 2008. 150 p. ISBN 978-85-7827-028-5

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Motivation de la décision judiciaire. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, Paul. **La motivation des décisions de justice**: études. Bruxelles: É. Bruylant, 1978. p. 111-135.

ZANOTTI, Bruno. A teoria da transcendência dos motivos determinantes é atualmente aceita pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade? Análise das Rcl 11479 AgR, Rcl 13300 AgR e Rcl 1147 AgR. **Penso Direito**, nov. 2013. Disponível em: <<http://pensodireito.com.br/03/index.php/component/k2/item/78-a-teoria-da-transcend%C3%Aancia-dos-motivos-determinantes-%C3%A9-atualmente-aceita-pelo-stf-no-controle-concentrado-de-constitucionalidade>>. Acesso em: 06 fev. 2014.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. **Diritto Processuale Civile**. 6. ed. aggiornata. Milano: Giuffrè, 1964, v. 1. 485 p.

_____. **Diritto Processuale Civile**. 5. ed. aggiornata. Milano: Giuffrè, 1962, v. 2. 428 p.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A fundamentação das decisões judiciais**. Campinas: Millenium Editora, 2004. 208 p. ISBN 85-7625-015-2.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. 393 p. (Série IDP – Linha direito comparado). ISBN 978-85-02-18108-3.

_____. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 599 p. ISBN 972-31-0761-9.

ZOCO ZABALA, Cristina. **Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias** (artículos 14 y 24.1 CE). Barcelona: J. M. Sosch Editor, 2003. 158 p. ISBN 84-7698-683-1.